

UNIVERSITÉ ABOU BEKR BELKAÏD - TLEMCCEN
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES
DÉPARTEMENT DE DROIT PUBLIC



**LE DÉLIT DE DISTRIBUTION
DES DIVIDENDES FICTIFS
EN DROIT ALGÉRIEN**

جريمة توزيع الأرباح الصورية في التشريع الجزائري

Thèse présentée pour l'obtention du diplôme
De Doctorat en droit public

Présentée par :
KISSI Samia

Sous la direction de :
P. BOUAZZA Diden

Membre de jury

BEMARZOUK Abdelkader	Maitre de conférence « A »	Université de Tlemcen	Président
BOUAZZA Diden	Professeur	Université de Tlemcen	Directeur de thèse
BEMOUSSAT Abdelwahab	Professeur	Université de Sidi Bel Abbes	Examineur
FILLALI Boumediene	Professeur	Université de Sidi Bel Abbes	Examineur

Année universitaire 2015-2016

Dédicaces

Je dédie ce travail :

À mes parents,

À mon conjoint,

Pour leur amour, leur soutien et leurs encouragements.

Et bien sur à mes deux petits anges, Naila et Yasmine, arrivées en cours de route.

À mes frères et sœur.

À Monsieur BOUAZZA Diden pour son soutien et sa confiance tout au long de ce travail.

Et à tous ceux que je ne nomme pas, mais qui se reconnaîtront ; ceux que ma réussite leur tient à cœur.

Remerciements

Le seul moyen de se délivrer d'une tentation, c'est d'y céder paraît-il ! Alors j'y cède en disant mon grand Merci aux personnes qui ont cru en moi et qui m'ont permis d'arriver au bout de cette thèse.

Je tiens à exprimer mes plus vifs remerciements à Monsieur BOUAZZA Diden qui fut pour moi un Directeur de thèse attentif et disponible malgré ses nombreuses charges. Sa compétence, sa rigueur scientifique et sa clairvoyance m'ont beaucoup appris. Ils ont été et resteront des moteurs de mon travail de chercheur.

J'exprime tous mes remerciements à l'ensemble des membres de mon jury qui ont consacré leur précieux temps à lire ce modeste travail.

J'adresse toute ma gratitude à tous mes ami(e)s et à toutes les personnes qui m'ont aidé dans la réalisation de ce travail.

Liste des principales abréviations

Al.....	Alinéa.
Art.....	Article.
Aj.pénal.....	Actualité juridique pénale.
Ass.plén.....	Assemblée plénière de la Cour de cassation.
Bull. c.v.....	Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation.
Bull.crim.....	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Française).
Bull.Joly.....	Bulletin Joly.
B.CNCC.....	Bulletin du conseil national des commissaires aux comptes (France).
Cf.....	Confère.
C.com.....	Code de commerce.
C.civ.....	Code civil.
C.P.P.....	Code de procédure pénale.
C.moné.fin.....	Code monétaire et financier
Chron.....	Chronique.
Cass.civ.....	Chambre civile (Cour de cassation Française).
Cass.Req.....	Chambre des requêtes (Cour de cassation Française).
Comm.....	Commentaire.
Crim.....	Chambre criminelle (Cour de cassation Française).
RD.....	Recueil Dalloz.
DH.....	Dalloz hebdomadaire.

DP.....	Dalloz périodique.
Dr.pén.....	Droit pénal.
Dr. fisc.....	Revue de droit fiscal
Dr.sociétés	Droit des sociétés.
Doctr.....	Doctrine
Ed.....	Edition.
Fasc.....	Fascicule.
GP.....	Gazette du Palais.
J-Cl. (Pén, Pro.Pén.).....	Juris-Classeur (Pénal, Procédure pénale).
JCP. G.....	La semaine juridique (édition générale).
JCP.E.....	La semaine juridique (édition entreprise et affaire)
JO.....	Journal officiel.
Juris.Data.....	Journal des sociétés.
LGDJ.....	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
Obs.....	Observations.
Op.cit.....	Opere citato (ouvrage précédemment cité).
Ord.....	Ordonnance.
P.....	Page.
Préc.....	Précité.
PUF.....	Presses Universitaires de France.
Rec.....	Recueil.
Rec.jur.Soc.....	Recueil juridique des Sociétés.
Rép.....	Répertoire.
Rev. proc . coll.....	Revue des procédures collectives

Rev.sc.crim.....	Revue de science criminelle.
Rev.soc.....	Revue des sociétés.
Rev.trim.soc.....	Revue trimestrielle du droit des sociétés et Du droit financier.
R.J.D.A.....	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
S.....	Sirey.
s.....	suivant.
Somm.....	Sommaire.
Spéc.....	Spécialement.
Supra.....	Ci-dessus.
T.....	Tome.
Tr.corr.....	Tribunal correctionnel.
Tr.com.....	Tribunal commercial.
V.....	Voir.

INTRODUCTION

INTRODUCTION

Dans toute société organisée, il y a des règles qui sont destinées à en garantir la stabilité, à faire régner l'ordre, à assurer la sécurité des affaires et à harmoniser les rapports entre les personnes, physiques et morales, membres de cette société. Toutes ces règles n'ont pas la même importance et, par suite, ne comportent pas les mêmes conséquences.

En effet, le manquement à certaines d'entre elles ne donne lieu qu'à une réparation du préjudice privé – domaine de la responsabilité civile – cette dernière implique toujours une faute. la faute tout en étant nécessaire, elle est suffisante. Spécialement, cette faute n'a pas besoin d'être dolosive ou lourde ou sanctionnée pénalement. Pour qu'il y ait responsabilité, il suffit qu'il y ait la trilogie : faute, dommage et lien de causalité.

Tandis que l'inobservation de certaines autres, qui sont considérées comme essentielles pour le maintien de l'ordre social, expose ceux qui l'ont commise à une sanction, sanction qui sera d'autant plus sévère que le trouble social sera plus grave – c'est l'objet de la responsabilité pénale- cette dernière suppose ainsi, non plus un dommage privé mais un préjudice social. La responsabilité pénale constitue donc une sanction, contrairement à la responsabilité civile qui en découle, est une réparation.

Malgré l'existence des caractères différents, ces deux responsabilités ne s'excluent pas nécessairement ; elles peuvent, au contraire, se cumuler. Il est fréquent, en effet, que le même fait engage à la fois la responsabilité pénale et civile de son auteur¹. Le législateur tente par ce fait d'assurer plus fortement le caractère obligatoire de la loi en faisant de la violation de la règle juridique un délit pénal et en aggravant la pénalité à raison de l'importance qu'il attache à l'observation de la règle. Cette tentation se manifeste avec une force toute particulière en droit commercial ou l'on trouve, sous l'influence de divers

¹ Cf, Constantin Voutsis, La distribution de dividendes fictifs conséquences pénales et civiles, LGDJ, Paris, 1965, p.9.

INTRODUCTION

facteurs parmi lesquels il faut noter le dirigisme économique et la nécessité de protéger l'épargne, des dispositions de caractère impératif et des règles obligatoires, qui tendent à enserrer de plus en plus l'activité commerciale, sont souvent assorties de sanctions pénales de sorte que l'on peut parler aujourd'hui d'un « droit pénal des affaires » ou encore d'un « droit pénal des sociétés commerciales »¹.

La pénalisation des comportements en droit des affaires a entraîné un bouleversement dans le droit pénal commun non seulement au regard de la structure de l'infraction mais aussi dans la sanction, ce qui constitue l'un des objectifs de mon travail.

Cette structure est bien particulière : l'infraction se trouve simplifiée, en ce qu'elle n'est plus constituée, que par la seule constatation de l'élément matériel, l'élément intentionnel étant simplement présumé et ce en considération de l'auteur de l'infraction (dirigeant de société).

Même si ce n'est qu'une présomption simple, elle modifie tout de même l'incrimination par rapport aux exigences légales habituelles et entraîne une conséquence procédurale majeure relative aux modalités de la preuve.

Du point de vue de la sanction : l'intensité de la sanction et sa gravité ont pu inquiéter par la pratique fâcheusement courante du cumul de qualification, à savoir le même fait est doublement qualifié (abus de confiance et abus de biens sociaux ; escroquerie et répartition de dividendes fictifs)².

Parmi tous les délits que les administrateurs ou gérants de sociétés commerciales peuvent commettre au cours de la vie sociale, l'un doit être mis au

¹ Cf, Philippe Conte et Wilfrid Jeandidier, Droit pénal des sociétés commerciales, Lexis Nexis, Litec, éd Juris-Classeur, Paris, 2004, p.1.

² Cf, Jean Larguier et Philippe Conte, Droit pénal des affaires, Armand Colin, 11^e éd, 2004, n° 400.

INTRODUCTION

premier rang parce qu'il est le plus grave et le plus fréquent à la fois : la distribution de dividendes fictifs¹.

Dans la loi française de 1966 sur les sociétés commerciales et avant la vague de dépénalisation, l'on recense pas moins de 150 infractions² et un peu moins en droit algérien dans le code des sociétés commerciales du 26 septembre 1975 modifié et complété par le décret législatif n ° 93-08 du 25 avril 1993, l'ordonnance n°96-27 du 9 décembre 1996 et la loi n° 05-02 du 06 février 2005.

La prise de conscience sur les enjeux de la gouvernance d'entreprise en Algérie a rapidement progressé, en étroite relation avec la question de la transition vers une économie de marché moderne et performante permettant de relayer, à terme, le secteur des hydrocarbures.

L'acuité de ce double déficit est davantage accrue par celle du contexte international dans lequel il se situe. La poursuite accélérée des mutations planétaires et les interpellations qui en découlent pour la destinée nationale rendent urgent le saut qualitatif du monde des affaires et de l'entreprise vers l'excellence.

Il reste que les entreprises doivent elles- même se mettre en position de garantir les conditions internes de leur performance, et se donner la visibilité et la stabilité nécessaires à leur pérennité. Toutes ces exigences passent par leur bonne gestion et leur bonne gouvernance.

Pour assurer une bonne et loyale gestion des affaires sociales et empêcher les distributions de dividendes fictifs par les administrateurs ou gérants qui sont d'autant plus poussées à cette distribution qu'il leur est facile d'y procéder au moyen d'une majoration de l'actif et d'une minoration du passif du bilan, le législateur a eu recours à des moyens répressifs contre les administrateurs et

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.193.

² Cf, A. Vitu, Regards sur le droit pénal des sociétés, in : Etudes R. Roblot, 1984, p.257.

INTRODUCTION

gérants de sociétés et aussi à des moyens préventifs, c'est donc un système de responsabilité qui sanctionne et répare , une fois les fraudes commises.

Alors qu'elles sont les conséquences pénales et civiles de la violation des règles applicables à la détermination des bénéfices et à leur distribution aux associés à titre de dividendes ? Pour cela il s'agit de mettre en valeur l'œuvre du législateur, en cette matière, et d'en montrer l'esprit grâce aux applications jurisprudentielles et aux interprétations doctrinales aussi bien algériennes que françaises. On essaiera aussi de montrer comment certains dirigeants de sociétés cherchent à échapper à l'application des règles concernant la distribution de bénéfices aux membres de la société, dans quelles conditions leur responsabilité pénale et civile est engagé et quelles sont les conséquences de cette responsabilité.

Sur ce sujet, des rappels de base s'imposent avec, en surprise, des textes de loi qui ne sont pas toujours les mieux appropriés au contexte algérien.

Ce que sont les dividendes :

Les dividendes correspondent aux sommes dues par une société à ses associés ou actionnaires au titre des bénéfices réalisés au cours de l'exercice écoulé. L'éligibilité d'un dividende à sa distribution est consacrée par un formalisme qui consiste à faire constater l'existence par l'assemblée générale ordinaire d'un bénéfice distribuable.

Pour pouvoir distribuer des dividendes aux actionnaires, l'assemblée générale de la société doit constater l'existence d'un bénéfice distribuable. Le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice net de l'exercice, augmenté des reports bénéficiaires, mais diminué du prélèvement pour la réserve légale prévu à l'article 721 du code de commerce ainsi que de la part des bénéfices revenant aux travailleurs et des pertes antérieures. Sauf dans le cas d'une réduction adaptée de capital, aucune distribution ne peut être faite aux

INTRODUCTION

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. Ainsi une société ne peut distribuer de dividendes si elle n'a pas totalement résorbé les pertes des exercices antérieurs. Dans le cas des sociétés par actions, il s'agit d'actions ordinaires au sens de celles souscrites et libérées, car le droit aux dividendes est suspendu pour les actions non libérées¹.

L'assemblée générale peut également décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. Le formalisme exigé par le code de commerce consiste à ce qu'une telle décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués². Cette disposition est très importante car elle consacre le principe de droit aux dividendes sur toutes les sommes non distribuées, qu'elles soient des reports bénéficiaires ou des réserves, autres que la réserve légale et la réserve statutaire.

Les dotations aux réserves correspondent aux sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts. Outre l'obligation de prélever 5% du bénéfice de l'exercice pour former la réserve légale, jusqu'à ce que cette réserve légale atteigne 10% du capital social, les statuts d'une société peuvent également imposer la création d'une réserve statutaire qu'il faut alors doter avant de pouvoir procéder à une distribution de dividendes.

En ce qui concerne les procédures pour la distribution des dividendes. Pour payer un dividende, il convient préalablement de le déterminer en ayant préalablement fait approuver les comptes annuels par l'assemblée générale ordinaire et avoir constaté l'existence de sommes distribuables.

¹ Pour les SARL, les parts sont intégralement libérées dès leur souscription, Art 567 du code de commerce.

² Art 722 du Code de commerce.

INTRODUCTION

Si ces deux conditions sont remplies, il revient à l'assemblée générale de déterminer la part des sommes distribuables qu'elle décide de distribuer aux actionnaires sous forme de dividendes. La même assemblée générale doit également voter une résolution qui fixe les modalités de mise en paiement des dividendes. A défaut d'être fixée par l'assemblée générale, elle-même, cette prérogative peut revenir au conseil d'administration ou aux gérants, selon le cas.

Toutefois le code de commerce a prévu que 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. Dans la pratique cette prolongation est accordée par ordonnance du président du tribunal de commerce statuant sur requête, à la demande du conseil d'administration.

Les dispositions de l'article 724 du code de commerce algérien sont à l'identique de celles de la loi française sur les sociétés, alors que les contextes sont différents. La loi française sur les sociétés a prévu le délai maximal des neuf mois, suivants la clôture, pour la protection des petits actionnaires et des investisseurs qui ne participent pas à la vie sociale de l'entreprise et qui ont pour principal motivation la rentabilité d'un capital placé, le plus souvent en environnement boursier. Dans un calendrier normatif de clôture au 31 décembre d'une année clôturée¹, avec une assemblée générale statuant sur la distribution au plus tard le 30 juin de l'année suivante, il est normal d'attendre un paiement dans un délai raisonnable que le législateur français a fixé à neuf mois après la clôture de l'exercice.

Dans le contexte français, les assemblées générales prennent en considération si la trésorerie disponible à la date programmée de mise en paiement permet à la société de se libérer de sa dette vis-à-vis de ses

¹ Art 30 de la loi n° 07-11 du 25 novembre 2007 portant système comptable financier, journal officiel de la république algérienne n°74 du 25 novembre 2007.

INTRODUCTION

actionnaires. À défaut il est également reconnu qu'une inscription en compte courant d'associé ou d'actionnaire consacre la mise en paiement.

Dans le contexte algérien, l'application de cette mesure, non adaptée à l'environnement de l'investissement en Algérie, a conduit à des difficultés d'interprétation dès lors que la mise en paiement des dividendes nécessite l'autorisation de transfert de la Banque d'Algérie¹.

Dans l'ancienne pratique, en société privée, les associés ou actionnaires résidents avaient tendance à laisser les résultats en report à nouveau, au point où l'administration fiscale a dû intervenir au moyen d'une disposition du code des impôts directs qui prévoit que les résultats en instance d'affectation des sociétés, n'ayant pas, dans un délai de trois ans, fait l'objet d'affectation au fonds social de l'entreprise sont considérés comme des revenus distribués².

Dès lors que les sociétés algériennes se sont ouvertes aux capitaux étrangers avec la force de la réglementation des changes combinée à la loi sur l'investissement qui consacre le droit au rapatriement des dividendes, l'application du délai des neuf mois pour la mise en paiement s'est trouvée être l'argument invoqué par la Banque d'Algérie pour rejeter des demandes de transfert de dividendes introduites au-delà de ce délai. Pourtant dans ce cas, le dividende reste acquis et quérable et il appartient au bénéficiaire de le réclamer car tant qu'il n'est pas réclamé ou versé sur un compte individuel au nom de l'associé, il n'est pas considéré comme perçu et la prolongation du délai par décision de justice reste la seule solution. Encore faut-il ne pas perdre de vue qu'une telle décision de justice n'est pas à inscrire dans le prolongement de la

¹ Règlement de la Banque d'Algérie n° 2000-03 du 02/04/2000 relatif aux investissements étrangers, modifié par le règlement n° 05-03 du 06/06/2005 portant sur l'obligation d'exécuter sans délai les transferts au titre des dividendes, bénéfices, produits de la cession des investissements étrangers ainsi que celui des jetons de présence et tantièmes pour les administrateurs étrangers ; et aussi L'Art 11/2° du règlement n° 14-04 du 29/09/2014 fixant les conditions de transfert de capitaux à l'étranger au titre de l'investissement à l'étranger par les opérateurs économiques de droit Algérien.

² Art. 46-8 du code des impôts directs et taxes assimilées.

INTRODUCTION

////////////////////////////////////
réglementation des changes, mais dans le principe de la protection des actionnaires qui restent créanciers de la société. En effet, la créance de l'associé ou de l'actionnaire est exigible et liquide à compter de la décision de l'assemblée générale ayant décidé et fixé la répartition du dividende.

En loi française, lorsque le dividende est versé après le délai de neuf mois suivant la clôture de l'exercice, l'actionnaire ou associé est fondé à demander à la société réparation du préjudice et de faire courir des intérêts moratoires¹. En loi algérienne, le code de commerce interdit de stipuler un intérêt fixe ou intercalaire au profit des associés, mais cette disposition devrait s'interpréter comme l'interdiction d'un avantage particulier accordé à priori, les dispositions du code civil en matière de réparation de dommages devant s'appliquer.

En droit commercial, une mise en paiement n'est pas forcément un décaissement.

La notion de paiement en droit commercial est bien plus large que le simple décaissement du montant dû au créancier. Elle englobe tout procédé de compensation, y compris l'inscription en compte courant. Le versement sur un compte courant des dividendes s'effectue fréquemment, dans les sociétés de personnes et les sociétés à responsabilité limitée, du compte de résultat au compte courant ouvert au nom de l'associé dans les livres de la société. En Algérie, il se pratique couramment dans certaines sociétés par actions. Sous la condition que les associés ou actionnaires peuvent disposer librement du solde de leur compte courant, le versement est assimilable à un paiement en espèces. Au plan fiscal l'inscription en compte courant, conduit l'administration à considérer les sommes inscrites en compte courant comme des revenus imposables². La nuance de taille est que le compte courant doit être nominatif,

¹ Cf, Mémento Pratique, Droit des affaires, Sociétés commerciales, éd Francis Lefebvre, 2009, n° 25.189.

² Art. 182 bis du code des impôts directs apporté par la loi n° 90-36 du 31 décembre 1990 portant Loi de Finance 1991.

INTRODUCTION

car l'inscription à un compte collectif de dividendes à payer, après la décision d'assemblée générale, ne vaut pas paiement effectif, dans l'attente de la décision de mise en paiement qui doit avoir lieu dans le délai maximal de neuf mois après la clôture de l'exercice.

Possibilité de verser des acomptes sur dividendes :

Le code de commerce algérien propose la possibilité du paiement d'un acompte sur dividendes ou d'un dividende intérimaire dans l'article qui consacre la définition du dividende fictif, en excluant de cette qualification les acomptes à valoir sur les dividendes d'exercice clos ou en cours dont le conseil d'administration décide la répartition avant que les comptes de ces exercices aient été approuvés.

Il est ainsi possible de verser aux actionnaires des acomptes sur dividendes avant l'approbation des comptes et la fixation du dividende par l'assemblée générale, lorsque :

la société dispose, après la répartition décidée au titre de l'exercice précédent, de réserves autres que la réserve légale, d'un montant supérieur à celui des acomptes; un bilan établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes fait apparaître que la société a réalisé, au cours de l'exercice, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, et déduction faite, s'il y a lieu, des pertes antérieures, ainsi que de la dotation à la réserve légale, des bénéfices nets supérieurs au montant des acomptes.

Ainsi, si la société a réalisé des bénéfices importants au cours d'une année, cela permet de distribuer aux actionnaires une partie de ces bénéfices sans avoir à attendre l'approbation des comptes après la clôture de l'exercice. Cette procédure est très peu pratiquée en Algérie, car encore méconnue des dirigeants d'entreprises.

INTRODUCTION

Mais il peut arriver et arrive souvent que malgré toutes ces précautions, des dividendes fictifs soient distribués. En ce cas, le législateur a eu recours à des moyens répressifs contre les administrateurs et gérants de sociétés et à une réglementation précise de la responsabilité civile des organes de gestion et de contrôle. A un contrôle sévère, qui pourrait s'exercer avant que les actes de gestion ne soient accomplis, le législateur a ainsi préféré un système de responsabilité qui sanctionne et répare, une fois les fautes commises. Ce système plus souple peut, d'ailleurs, par ses effets comminatoires assurer une protection préventive. Les notions d'obligations et de peine se rattachent ainsi aux principes fondamentaux du droit dont elles ne peuvent que suivre l'évolution.

Dans l'étude que j'entreprend , comprend d'abord l'examen de la responsabilité pénale des administrateurs ou gérants et de leurs complices (en pratique se sont les personnes chargées de la comptabilité : expert, comptable, commissaire aux comptes) en matière de dividendes fictifs dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, car en droit algérien l'incrimination n'existe que pour ces deux types de sociétés commerciales qui forment la grande masse des PME privées, l'article 800-2°(par le décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993) pour les sociétés à responsabilité limitée et l'article 811-1° du même décret pour les sociétés par actions sans oublier les entreprises cotées en bourse, ou se préparant à l'être. Tandis qu'en droit français l'incrimination existe encore pour d'autres types de sociétés : sociétés en commandite par actions, et sociétés par action simplifiées (loi du 3 janvier 1994) ; sociétés coopératives et sociétés civiles de placement immobilier¹.

Il faut souligner que les sociétés algérienne présentent une caractéristique sociologique tenace et largement répandue, celle d'être des entreprises familiales dotées de statuts juridiques privilégiant très largement l'entreprise personnelle, l'EURL, et dans une moindre mesure, la SARL. Quand à la SPA, elle demeure

¹ Cf, Lamy droit pénal des affaires, les infractions relatives aux comptes sociaux, 2009, p.857.

INTRODUCTION

très peu répondue, quoique l'on note depuis quelques années une progression de ce statut juridique ; leur gestion reste soumise à un modèle familial ; le propriétaire unique ou principal, entouré de personnels recrutés dans le giron familial, assure lui-même la gestion et concentre entre ses mains la quasi-totalité du pouvoir décisionnel, des responsabilités et des prérogatives. La maîtrise des méthodes modernes de management y demeure insuffisante et le recours au conseil et à l'expertise extérieurs ne s'effectue que très exceptionnellement, ce qui rend l'étude pratique de ce sujet un peu difficile. mais l'on se rend compte aussi qu'au regard du dispositif pénal, véritable corpus pénal, dont dispose aujourd'hui le juge, la volonté du législateur est de faire évoluer notre système pénal en droit des affaires vers un droit dont l'efficacité est le mot clé.

Cette étude comprend aussi les conséquences civile , c'est-à-dire la responsabilité civile des organes de gestion et de contrôle du fait de la distribution de dividendes fictifs dans toutes les sociétés commerciales, et la répétition des dividendes fictifs contre tous les associés qui ont irrégulièrement touché ces dividendes. Cela nous mène pour le développement de ce travail à adopter la division bipartite suivante :

1^{ère} partie – La responsabilité pénale du délit de distribution des dividendes fictifs.

2^{ème} partie – Conséquences civiles de la distribution de dividendes fictifs.

PREMIÈRE PARTIE
RESPONSABILITÉ PÉNALE
DE DISTRIBUTION DES DIVIDENDES FICTIFS

Le délit de distribution de dividendes fictifs est une infraction grave du droit des sociétés, d'ailleurs imparfaitement désignée par cette appellation courante¹. Les dividendes distribués aux actionnaires existent bel et bien. Ce qui est fictif en revanche, se sont les bénéfices.

En distribuant de faux bénéfices, on distribue en réalité des réserves, voire, ce qui est encore plus grave, le capital social, et la société se vide ainsi de sa substance. Et, ce qui n'est pas moins grave, cette situation de prospérité apparente, abuse dangereusement les tiers. Ainsi que le notent pertinemment deux auteurs, une distribution de dividendes fictifs évoque à la fois l'abus de confiance et l'escroquerie². Remarquons encore que le délit de distribution de dividendes fictifs est étroitement lié à une autre infraction, non moins grave, qui en est généralement l'annonce, le délit de publication de comptes inexacts.

En effet, pour mieux expliquer ces deux points, il faut tout d'abord rappeler l'historique de ce délit.

Le législateur a voulu tôt lutter contre de tels comportements qui relèvent d'un véritable gangstérisme sociétair. La loi française du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions incrimine ainsi la première la distribution de dividendes fictifs, puis la loi du 24 juillet 1867 reprend cette incrimination qui concerne désormais aussi bien les sociétés en commandite par actions que les sociétés anonymes. Par la suite le délit est étendu aux sociétés à responsabilité limitée par la loi du 7 mars 1925.

Cette diversité de sources légales va disparaître, du moins pour les sociétés commerciales, avec la grande loi n° 66-937 du 24 juillet 1966.

¹ Cf, P. Conte et Wilfrid. Jeandidier , op. cit, p .193.

² Cf, J.Larguier et P.Conte, op. cit, n° 400.

Pour les sociétés à responsabilité limitée, l'article 425, 2° de ce texte punit sévèrement « les gérants qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront sciemment opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs ».

Pour les sociétés anonymes, l'article 437, 1° de la même loi punit identiquement « le président, les administrateurs ou les directeurs généraux..., qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux auront sciemment opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs ».

Le délit est étendu aux sociétés en commandite par actions et ultérieurement, en vertu d'une loi du 3 janvier 1994, aux sociétés par actions simplifiées (loi 1966, art.461-1). Tous ces articles de la loi du 24 juillet 1966 ont été intégrés dans le code de commerce élaboré en l'an 2000 (ordonnance n° 2000-912, 18 septembre 2000). Enfin, l'incrimination existe encore pour d'autres types de sociétés : sociétés coopératives (loi n° 47-1975, 10 septembre 1947, art.26-4° et 5°) et sociétés civiles du placement immobilier (c monét.fin, art.2.231-11, 1°).

- En ce qui concerne la législation Algérienne, le délit existe bel et bien mais seulement pour les deux types de sociétés commerciales ; les sociétés à responsabilité limitée, l'article 800-2° (par le décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993) « seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000 DA à 200.000 DA ou de l'une de ces deux peines seulement : « les gérants qui, en l'absence d'inventaire ou de moyen d'inventaires frauduleux, auront sciemment, opéré entre les associés la répartition de dividendes fictifs ». Et les sociétés par actions, l'article 811.1° (décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993) « seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000 DA à 200.000 DA ou de l'une de ces deux peines seulement : « le président, les

administrateurs et les directeurs généraux d'une société par actions, qui en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront sciemment opéré, entre les actionnaires, la répartition de dividendes fictifs ».

L'étude du délit de distribution de dividendes fictifs sera entreprise selon un ordre classique, consistant à présenter d'abord les éléments constitutifs du délit dans un premier chapitre, c'est-à-dire l'incrimination et puis sa répression dans un second chapitre.

CHAPITRE I : L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DU DÉLIT

La lecture des textes incriminateurs fait clairement apparaître la nécessité de quatre « éléments » pour que le délit soit constitué : une faille au niveau de l'inventaire, une faille au niveau du dividende, la répartition du dividende et la mauvaise foi.

- Pour certains auteurs, il s'agit là de quatre ou de trois, le deuxième et le troisième élément étant alors réunis¹.
- Pour d'autres, il y a une condition préalable tenant aux défauts de l'inventaire et la constitution de dividendes fictifs, un élément matériel qui est la répartition de dividendes fictifs et un élément intentionnel².
- Pour cette étude, j'ai opté pour le premier choix et développer l'élément matériel du délit en trois sections : l'absence d'inventaire ou l'utilisation d'un inventaire frauduleux, la fictivité du dividende et enfin la distribution d'un dividende.

Section 1 : l'absence d'inventaire ou l'utilisation d'un inventaire frauduleux

Comme le souligne la doctrine, l'absence totale d'inventaire à la base d'une répartition illicite des dividendes est rare, et celle-ci s'opère plus

¹ Cf, J. Larguier et P. Conte, op. cit, p.400.

² Cf, M. Delmas-Marty, Droit pénal des affaires, PUF 4^{ème} édition, 2000, p. 371.

généralement sur la base d'un inventaire volontairement altéré. L'inventaire frauduleux sera ainsi généralement caractérisé par les comptes sociaux infidèles au sens du délit de publication ou présentation de comptes non fidèles¹.

Sous section I : L'inventaire ou le bilan et le droit

On étudiera tout d'abord l'utilité du bilan et inventaire pour la détermination du bénéfice et ensuite les règles générales présidant à l'établissement de ces documents et en deuxième lieu, le défaut d'inventaire et l'inventaire frauduleux.

A) Utilité du bilan et inventaire :

La participation des actionnaires à la vie de la société exige que ceux-ci puissent avoir accès aux documents indispensables à leur information.

Les sociétés commerciales sont soumises à l'obligation de publier régulièrement les résultats de l'exercice écoulé, par référence à l'article 717 alinéa 2 du code de commerce.

On entant par résultat : l'inventaire, le compte d'exploitation générale, le compte profit et pertes et le bilan, selon l'article 716 du code de commerce.

L'actionnaire aussi doit pouvoir consulter au siège de la société ou au lieu de la direction administrative, sur justification de sa qualité :²

- Les comptes d'exploitation générale.
- Les inventaires.
- Les comptes pertes et profits.
- Les bilans.

¹ Cf, Eric Dezeuze, droit pénal des sociétés : l'heure des comptes, dossier le risque pénal dans l'entreprise, cahiers de droit de l'entreprise n° 1, janvier – février, 2006, p.41.

² Art 680 du code de commerce, décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993.

- Les rapports du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance et des commissaires aux comptes.

En raison de l'importance de la comptabilité dans la vie sociale, qui permet de connaître la situation de la société et d'en contrôler la gestion. La loi par les articles 716, 717 et 819 du code de commerce impose aux dirigeants sociaux l'obligation de respecter des règles assez strictes en matière de documents comptables, sous peine de sanctions pénales.

D'abord et en bonne logique, la loi les oblige à adresser ces comptes et à les présenter aux assemblées et elle incrimine le défaut d'établissement, et le défaut de présentation des documents comptables.

Ensuite, elle les oblige à présenter des comptes fidèles et incrimine toute dissimulation de la situation véritable¹.

1) Règles comptables présidant à l'établissement de l'inventaire du compte d'exploitation générale et du compte de pertes et profits

1-1- L'inventaire :

L'article 716 du code de commerce nous dit : « l'inventaire des divers éléments de l'actif et du passif existant à cette date ».

De là, l'inventaire serait le recensement pur et simple des éléments d'actif et de passif tels qu'ils sont enregistrés, au jour le jour, au cours de l'exercice, dans les livres comptables que tient le commerçant. C'est en ce sens que l'on parle de l'inventaire d'une succession et c'est ainsi que l'a défini Charpentier ² : « l'inventaire est un recensement de toutes les valeurs, actives et passives, d'une entreprise, à une date déterminée ».

¹ Cf, Michel Véron , Droit pénal des affaires , Armand Colin, 6^{ème} édition, 2005, p 203.

² Cf, Léon Constantin et Maurice Aydalot, Droit pénal des sociétés par actions, P.U.D.F, Paris, 1968, p 601.

On peut citer aussi la définition proposée par BATARDON¹ : « l'inventaire est un état détaillé énonçant : 1° les valeurs de toute nature possédées par le commerçant ou la société ; 2° les créances sur les tiers ; 3° les dettes de l'entreprise.

L'inventaire est indispensable pour permettre au commerçant de se rendre compte en fin d'année de sa véritable situation.

Mais l'inventaire est une pièce complexe d'une lecture difficile puisqu'elle comprend l'énumération et l'évaluation détaillée de tous les éléments actifs et passifs.

En réalité, il est difficile de donner une juste définition de « l'inventaire » puisque en matière comptable celui-ci se décomposait en un inventaire « extra-comptable » et un inventaire « comptable ».

L'article 10 du code de commerce par l'ordonnance n° 96-27 du 9 décembre 1996, a étendu à toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant, de faire tous les ans un inventaire des éléments actifs et passifs de son entreprise et arrêter tous ses comptes en vue d'établir son bilan et le compte de ses résultats.

Et c'est à partir de ce texte qu'on peut définir l'inventaire et le bilan, l'un par l'autre².

« Le bilan est un tableau, résumé synthétique et raisonné de l'inventaire comptable, établi en tenant compte des réajustements imposés par l'inventaire extra-comptable et où se trouvent groupés, suivant leur nature, les divers éléments de l'actif et du passif.

¹ Cf, Constantin et Aydalot, op.cit, p. 601.

² Cf, idem, p. 601.

L'inventaire, de par le détail qu'il comporte, est surtout un élément préparatoire du bilan et un moyen de procéder à une analyse approfondie de ses divers postes ; d'une lecture longue et malaisée, il ne fait pas ressortir d'une manière saisissante et synthétique la situation de l'entreprise...

En d'autres termes, l'inventaire et le bilan ont chacun une destination qui leur est propre...¹.

L'inventaire est présenté traditionnellement de la façon suivante :

La première opération qu'il convient d'effectuer en fin d'exercice consiste à dresser la balance générale des comptes².

Dans ce but, tous les comptes ouverts au grand livre sont arrêtés et le solde en est tiré. Puis les totaux des mouvements en capitaux et les soldes sont reportés sur un tableau en face des titres des comptes correspondants.

C'est la balance avant inventaire ou « balance provisoire de l'exercice » parce que certains faits ne peuvent être comptabilisés au jour le jour et doivent être spécialement recherchés, évalués et enregistrés à l'instant où l'exercice est arrêté pour permettre de dresser le bilan et dégager le résultat. Ces faits vont donner lieu à des écritures de redressement qui sont l'objet de l'inventaire extra-comptable.

Cette opération consiste, d'une manière générale, à reprendre des éléments d'actif de l'entreprise, à en effectuer le récolement.

L'inventaire extra-comptable ou statistique comprend donc, en principe, d'une part un travail de numération, d'autre part un travail d'estimation, qui consistent dans l'inventaire des marchandises en magasin, l'examen des

¹ Cf, Constantin et Gautrat, Traité droit pénal en matière de sociétés, Paris, A. Rousseau, Sté d'éd. juridique, 1937, n° 45.

² Idem, n° 483.

créances pour évaluer les risques de recouvrement qu'elles peuvent présenter, la recherche des faits transitoires tels que les achats et frais constatés et comptabilisés pendant l'exercice mais qui affèrent aux opérations de l'exercice suivant, le calcul du montant des amortissements et des provisions, etc.

Ce double travail de numération et d'estimation étant effectué, il reste à le traduire en comptabilité et à déterminer les résultats de l'exercice, c'est l'objet de l'inventaire comptable¹.

Celui-ci fait apparaître le résultat brut et le résultat net de l'exercice, c'est-à-dire qu'il suffit, ensuite, d'une mise en forme pour établir le compte d'exploitation générale et le compte de pertes et profits.

Ces comptes établis, il ne reste plus qu'à dresser à nouveau une balance générale des comptes. Les soldes figurant à cette balance constituent les éléments du bilan : il suffit, ensuite, de regrouper les comptes pour établir le bilan qui apparaît ainsi comme un tableau synthétique présentant le résumé de la balance générale des comptes après inventaire.

Commentaire

L'article 716 du code de commerce stipule que : « A la clôture de chaque exercice, le conseil d'administration ou les gérants dressent l'inventaire des divers éléments de l'actif et du passif existant à cette date.

Ainsi, l'article 716 alinéa 4 prévoit l'inventaire parmi les documents qui doivent être tenus à la disposition des commissaires aux comptes 4 mois qui suivent la clôture de l'exercice. Tandis que pour le législateur Français par l'art 243 du décret d'application n° 67-236 du 23 mars 1967 qui prévoit la mise à disposition de l'inventaire aux commissaires aux comptes quarante cinq jours au

¹ Cf, Constantin et Aydalot, op.cit, p 602.

moins avant l'assemblée annuelle et peuvent demander que leur soit délivrée une copie.

L'article 680 du code de commerce prévoit que dans un délai de 15 jours avant la tenue de l'assemblée générale ordinaire, tout actionnaire a le droit d'obtenir communication de l'inventaire, du tableau de comptes des résultats, des documents de synthèse, et du bilan.

Le législateur exclut-il ainsi l'inventaire au sens de l'article 716 du code de commerce de la liste des documents dont l'actionnaire peut prendre copie ? Puisque il se contente au sens de l'article 680 de l'inventaire et du tableau de comptes des résultats.

Cela s'explique sur le plan pratique, car les grandes industries dressent à la clôture de chaque exercice un certain nombre d'inventaires (par catégorie de valeurs, par usines, par dépôts, etc.) qui ne sont souvent centralisés au siège que sous forme de résumés. La communication de l'ensemble des inventaires détaillés poserait donc des problèmes matériels et aurait plus pour effet de noyer l'actionnaire que de lui permettre d'exercer son droit de communication.

Surtout s'il s'agit de l'inventaire des immobilisations des entreprises importantes qui reste trop compliqué pour que l'actionnaire puisse se faire une opinion¹. Le problème est sensiblement le même en ce qui concerne les valeurs d'exploitation et les comptes clients et fournisseurs.

À noter que le décret Français n°67-236 du 23 mars 1967, prévoit que certaines valeurs pourront être inscrites pour un montant global et que le législateur n'entend donc pas faire publier un inventaire absolument détaillé ?

- La cour de cassation Française dans un arrêt du 14 décembre 1960 a précisé qu'il importe de « ne pas confondre le bilan et l'inventaire et que, pour

¹ Léon Constantin et Maurice Aydalot, op.cit, p 604.

répondre au vœu de la loi, ce dernier ne doit pas se réduire à un énoncé de soldes mais doit être un tableau descriptif et estimatif des divers éléments de l'actif et du passif, de nature à permettre à chaque associé d'exercer son droit de regard et de critique sur la conduite des affaires sociales ».

- Le législateur Algérien a repris le contexte de cet arrêt dans l'article 677 du code de commerce¹.
- A noter que le chef d'entreprise lui-même, le conseil d'administration se font généralement présenter des tableaux résumant les inventaires².
- Le mot « inventaire » est employé par le législateur qui n'en a jamais donné la définition. Ce mot qui a un sens technique assez précis, et un sens juridique beaucoup trop vague.

1-2- Le bilan :

Le bilan est un tableau, résumé méthodique, synthétique de l'inventaire comptable, établi en tenant compte des réajustements imposés par l'inventaire extra-comptable et où se trouvent groupés, suivant leur nature, les divers éléments de l'actif et du passif³.

De nombreuses définitions ont été données du bilan dont la plupart tendent à représenter le bilan comme un résumé de l'inventaire.

Parmi ces définitions, on peut citer quelques unes :

- **Selon Batardon** :⁴

« Le bilan n'est autre chose que le tableau résumé de l'inventaire présenté sous une forme méthodique qui en facilite la lecture ».

¹ Art 677 (décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993 : « trente jours (30) avant la tenue de l'assemblée générale, le conseil d'administration ou le directoire doit adresser ou mettre à la disposition des actionnaires les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société ».

² Cf, Constantin et Aydalot, op.cit, p .605.

³ Idem, p. 605.

⁴ Idem, p 606.

- **Selon Folliet** :¹

« Le bilan est un tableau synthétique résumant sous une seule dénomination les éléments de même nature, comprenant d'un côté, en plus des comptes de capital, les éléments passifs, de l'autre les éléments actifs de toute entreprise commerciale ».

- **Selon Pinoteau** :²

« Le bilan est un document qui exprime la situation active et passive d'une entreprise à un moment donné ».

a) Postes de l'actif :

Le classement des postes de l'actif obéît à la règle dite de la liquidité croissante.

Ainsi, ce classement selon le critère de liquidité -étant le délai plus ou moins long nécessaire à un bien pour qu'il puisse être transformé en monnaie (liquide)- apporte une réponse aux besoins de l'analyse financière « l'exigibilité croissante » concerne quant à elle les éléments du passif du bilan et permet une description de la situation financière de l'entreprise.

Selon le critère de liquidité croissante, sont classés en premier les éléments de l'actif immobilisé dont le séjour dans l'entreprise est supérieur à un an. Et ensuite, viennent les éléments de l'actif circulant à moins d'un an.

1) En tête, figurent les « valeurs immobilisées », ce sont des biens et des valeurs destinés à rester durablement sous la même forme dans l'entreprise. Ces comptes de valeurs immobilisées se décomposent en 3 groupes : frais d'établissement, immobilisation, autres valeurs immobilisées.

- Les « frais d'établissement » sont des frais engagés au moment, soit de la constitution de l'entreprise, soit de l'acquisition par celle-ci de ses

¹ Cf, L.Constantin et M.Aydalet, op.cit, p 606.

² Cf, idem, p. 606.

moyens permanents d'exploitation, tels que frais de constitution, d'augmentation de capital, d'émission d'obligations, d'acquisition des immobilisations (droits de mutation, honoraires et frais d'actes).

- Les « immobilisations » sont les immobilisations existant dans l'entreprise, qu'il s'agisse des immobilisations affectées aux opérations professionnelles, non professionnelles, ou des immobilisations entièrement amorties.

Les immobilisations corporelles comprennent les terrains (terrain de construction, chantiers, terrains d'exploitation, tous autres terrains), les constructions (bâtiments et ouvrages d'art), le matériel et l'outillage, le matériel de transport, les autres immobilisations corporelles (meublier et matériel de bureau, agencements, aménagements et installations...).

Les immobilisations incorporelles comprennent le fonds de commerce et le droit au bail, les brevets, licences, marques, modèles, dessins et concessions.

- Les autres « valeurs immobilières » regroupent les pertes à plus d'un an, les titres de participation, les dépôts et cautionnements.

2) Viennent ensuite les comptes de stocks qui figurent à l'actif sous la rubrique « valeurs d'exploitation ». les stocks sont des marchandises, des matières ou fournitures, des déchets, des produits semi-ouvrés, des produits finis, des produits ou travaux en cours et des emballages commerciaux, qui sont la propriété de l'entreprise.

3) Viennent enfin les « valeurs réalisables à court terme ou disponibles » contiennent les soldes créditeurs des comptes de tiers et des comptes financiers. Elles obéissent également à la règle de la liquidité croissante.

-
- Les valeurs réalisables : ce sont des créances dont le recouvrement pourra être effectué par la société en vue de se procurer de nouvelles ressources : les avances et acomptes aux fournisseurs, les clients, les autres débiteurs.
 - Les comptes de régularisation active et les comptes de régularisation passive sont destinés à répartir les charges et les produits dans le temps, afin de n'imputer à un exercice déterminé que les charges et les produits qui le concernent effectivement.
 - Les valeurs disponibles : à la différence des valeurs engagées ou des valeurs réalisables, les disponibilités sont constituées par des éléments dont la société peut immédiatement disposer pour ses besoins éventuels. Elles comprennent : les effets à recevoir, les chèques à encaisser, les comptes de banques, les espèces en caisse, etc.
 - L'actif, peut finalement, se terminer par le poste « résultats », auquel figure le solde débiteur du compte de pertes et profits, c'est-à-dire la perte de l'exercice.

b) Postes du passif :

Les postes du passif sont inscrits dans l'ordre de leur exigibilité :

On va des dettes les plus éloignées à celles qui sont les plus proches : c'est la règle de l'exigibilité croissante.

- 1) En tête du passif figurent donc les : « capitaux permanents » qui se définissent ainsi : « moyens de financement utilisés par l'entreprise de façon permanente ou durable et formés, en particulier, par le capital, les primes d'émission, les bénéfices mis en réserve et les emprunts à long et moyen terme ».

Ces comptes de capitaux permanents figurent au passif sous plusieurs rubriques.

Ce sont, tout d'abord, le capital propre et les réserves. Dans les sociétés, le capital représente la valeur nominale des actions ou des postes sociales et les réserves sont des bénéfices conservés à la disposition de l'entreprise et non incorporés au capital. Les primes d'émission d'actions qui sont l'excédent du prix d'émission sur la valeur nominale des actions sont assimilées aux réserves.

2) Ce sont ensuite le report à nouveau, les provisions pour pertes et charges et les dettes à long et moyen terme, les subventions d'équipements reçues.

- **Le report à nouveau** : est constitué par les bénéfices des exercices antérieurs qui n'ont pas été distribués ou affectés à un compte de réserve ou par des pertes qui n'ont pas été compensées par des prélèvements opérés sur les bénéfices, les réserves ou le capital.

- **Les subventions d'équipements reçues** : sont les subventions accordées par l'état, les collectivités publiques ou éventuellement par des tiers, en vue d'acquérir ou de créer des immobilisations.

- **Les provisions pour pertes et charges** : qui sont de 4 sortes :

Les provisions pour risques, les provisions pour renouvellement des immobilisations, les provisions pour charge à répartir sur plusieurs exercices, les provisions pour retraites obligatoires du personnel.

- **Les dettes à long et moyen terme** : qui groupent les dettes de la société à plus d'un an : obligations et bons, emprunts.

3) Ce sont, enfin, les dettes à court terme, c'est-à-dire à moins d'un an, qui sont, soit des soldes créditeurs des comptes de tiers (fournisseurs, clients, et d'autres débiteurs), soit des engagements à court terme (obligation et bons, emprunts à moins d'un an), soit des effets de commerce à payer.

4) Puis, s'il y a lieu, on inscrit au poste « résultats », le solde créditeur du compte de pertes et profits, c'est-à-dire de bénéfice de l'exercice.

Telle est la composition du bilan, qui traduit l'actif et le passif de l'entreprise et qui fait apparaître la perte ou le bénéfice qui a été réalisé pendant l'exercice¹.

Après la présentation de la notion du bilan et les différentes définitions qui lui ont été attribuées, soit par la doctrine ou encore par le plan comptable et plus récemment par la loi n°07-11 portant système comptable financier, il est bon cependant de rappeler qu'il existe deux conceptions du bilan, la conception statique et la conception dynamique², que se partagent les comptables et les économistes. En effet, le bilan n'a pas en soit sa propre justification et tout dépend de l'objet auquel on veut bien lui faire répondre : bilans de fondation, bilans provisionnels, bilans intermédiaires, bilans de fusions, bilans de liquidation, bilans fiscaux, bilans de fin d'exercice.

Suivant M.Snozzi³:

Le bilan statique est celui qui est établi en vue de faire ressortir le patrimoine d'une entreprise et, partant, celle du capital qui est investi. Par son essence même, un tel bilan ne conserve sa valeur et ne répond à son objet que pendant un très court moment, au lendemain de son établissement, les éléments d'actif et de passif qui le composent subissent déjà des variations plus ou moins considérables, suivant la nature de l'entreprise et l'importance de son activité.

Il semble donc que les auteurs du plan comptable ont voulu introduire dans le bilan l'aspect dynamique.

¹ Cf, L. Constantin et A. Gautrat, op. cit, n°476.

² Cf, L.Constantin et M.AYDALOT, op.cit, p 609.

³ Cf, M.Snozzi, L'interprétation du bilan, Paris, Dunod, collection « l'économie de l'entreprise » n° 2, 1953.

c) Bilan consolidé

Selon l'art 732 bis 4 de l'ordonnance n° 96-27 du 9/12/1996 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant code de commerce, on entend par comptes consolidés la présentation de la situation financière, et des résultats d'un groupe de sociétés, comme si celle-ci ne formaient qu'une seule entité.

Ils sont soumis aux mêmes règles de présentation, de contrôle, d'adoption et de publication que les comptes annuels individuels.

Le décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993 et l'ordonnance n° 96-27 du 9 décembre 1996 portant code de commerce par l'article 837, puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 20.000 DA à 200.000 DA, ou de l'une de ces deux peines seulement, les présidents, les administrateurs, les directeurs généraux de toute société, qui, sciemment.

- N'auront pas fait mention dans le rapport annuel, présente aux associés sur les opérations de l'exercice, d'une prise de participation dans une société ayant son siège sur le territoire de la République Algérienne Démocratique et Populaire ou de l'acquisition de la moitié du capital d'une telle société ; les mêmes peines sont applicables aux commissaires aux comptes pour défaut de la même mention dans leur rapport.
- N'auront pas, dans le même rapport, rendu compte de l'activité des filiales de la société par branche d'activité et fait ressortir les résultats obtenus.
- N'auront pas annexé au bilan de la société, le tableau prévu à l'article 558 et comportant les renseignements en vue de faire apparaître la situation des dites filiales et participations.
- N'auront pas établi, présenté ou publié les comptes consolidés tels que prévus par l'article 732 bis 3 du code de commerce.

d) Principes généraux concernant la confection des bilans :

Il existe un certain nombre de principes généraux auxquels les rédacteurs d'un bilan doivent se conformer et sur lesquels un accord doctrinal s'est quasiment établi¹.

Ces principes ont été fort nettement synthétisés par Léon Constantin et Albert Gautrat² dans leur traité de droit pénal en matière de sociétés.

Actuellement, on retrouve les mêmes principes dans le plan comptable national et le code de commerce algérien. Ils peuvent s'énoncer comme suit :

- La règle de l'indépendance des exercices :

En vertu de laquelle chaque exercice donne lieu³:

Le résultat de chaque exercice est indépendant de celui qui le précède et de celui qui le suit ; pour sa détermination, il convient donc de lui imputer les événements et opérations qui lui sont propres, et ceux-là seulement dans l'hypothèse où un événement, ayant un lien de causalité direct et prépondérant avec une situation existant à la date d'arrêté des comptes d'un exercice, est connu entre cette date et celle de l'établissement des comptes du dit exercice, il convient de rattacher cet événement à l'exercice clos. Ce rattachement s'effectue sur la base des informations connues à la date d'établissement des comptes.

Si un événement se produit après la date de clôture de l'exercice et n'affecte pas la situation de l'actif ou du passif de la période précédant la clôture, aucun ajustement n'est à effectuer. Cependant, cet événement fait l'objet d'une information dans l'annexe s'il est d'une importance telle qu'il pourrait affecter les décisions des utilisateurs des états financiers.

¹ Cf, A.Touffait , op.cit, p .182.

² Léon Constantin (1896-1973) Expert financier – Président Honoraire de la Compagnie des experts financiers près la Cour d'appel de Paris, Albert Gautrat (1888-1962) Avocat à la Cour d'appel de Paris a été Directeur de la « revue du droit pénal ».

³ Ministère des finances Algérien, janvier 2011, p .05.

- La règle de la fixité du capital :

En un peu plus d'un siècle d'existence, la doctrine comptable influencée par l'évolution de la pratique des affaires et des modes de financement des entreprises, s'empare d'un concept juridique initialement assez primaire puisqu'il induisait une correspondance immédiate –et supposée continue- entre le capital et l'actif net sans véritablement soulever l'importante problématique de l'évaluation au cours de l'exploitation. Mais ce caractère élémentaire du concept était intimement lié au mode de calcul du résultat qui était basé sur une liquidation régulière réelle ou fictive de l'entreprise ; dans cette logique, il était théoriquement possible de s'assurer à chaque inventaire du maintien du capital en valeur réelle comme le préconisait l'ancien code de commerce français¹. Mais une première difficulté pointe lorsque l'instruction de 1818, pour permettre la distribution de dividendes réguliers, induit l'existence d'une solidarité entre les exercices : les pertes antérieures sont alors censées intervenir dans le calcul du maintien du capital ; une seconde naîtra lorsque le principe de l'évaluation au plus bas du coût de revient ou du prix du marché dominera : l'établissement d'une concordance entre le capital nominal et l'actif net s'avérera encore plus périlleux. La doctrine comptable transforme alors le concept où, en établissant explicitement un lien entre fixité du capital et amortissement à l'entre –deux- guerres, elle lui insuffle une dimension plus économique et tente de prendre en compte la difficile question de l'évaluation au cours de l'exploitation.

Le principe de fixité du capital n'est pas une originalité française du XIX^{ème} siècle ; il fut exploité dans plusieurs pays d'Europe et notamment en Grande-Bretagne où il constitua un moyen de prévenir toute distribution de dividendes fictifs, c'est-à-dire prélevés sur le capital et où les réponses à la problématique

¹ Nicolas PRAQUIN, le principe de fixité du capital social : une étude juridique et comptable du concept (1807-1947), in, « l'entreprise, le chiffre et le droit », éditeurs J.G.Degos et S.Trébuçq, Bordeaux (2005), p .281.

du maintien du capital pendant l'exploitation puisaient aux mêmes sources techniques.

Certains auteurs consacrerent la règle de fixité du capital comme un principe comptable et renouvelèrent sa problématique en l'inscrivant dans une perspective de continuité de l'exploitation. Ignorée par le plan comptable, ce principe doit sa survivance actuelle aux normes comptables internationales qui, bien qu'ayant abandonné sa fonction première de protection des créanciers, considèrent ce concept comme un moyen possible de mesurer le profit.

- **Périodicité**¹:

Un exercice comptable a normalement une durée de douze mois couvrant l'année civile, une entité peut être autorisée à avoir un exercice se clôturant à une autre date que le 31 décembre dans la mesure où son activité est liée à un cycle d'exploitation incompatible avec l'année civile.

Dans les cas exceptionnels où l'exercice est inférieur ou supérieur à 12 mois et notamment en cas de création ou de cessation de l'entité en cours d'année ou en cas de modification de la date de clôture, la durée retenue doit être précisée et justifiée.

- **L'obligation de constituer des réserves** qui tempère pour l'avenir la règle de l'indépendance des exercices en incitant la société à mettre de côté une partie des bénéfices annuels au lieu de les distribuer, pour faire face aux pertes qui peuvent apparaître les années suivantes².

- **Principe de prudence**³:

La prudence est l'appréciation raisonnable des faits dans des conditions d'incertitude afin d'éviter le risque de transfert, sur l'avenir, d'incertitudes présentes susceptibles de grever le patrimoine ou le résultat de l'entreprise.

¹ Ministère des finances Algérien, op.cit, p 05.

² A. Touffait, op.cit, p .182.

³ Ministère des finances Algérien, op.cit, p 06.

Les actifs et les produits ne doivent pas être sous-évalués. Toutefois, l'application de ce principe de prudence ne doit pas conduire à la création de réserves occultes ou de provisions excessives.

- **Principe de permanence des méthodes :**

La cohérence et la comparabilité des informations comptables en cours des périodes successives impliquent une permanence dans l'application des règles et procédures relatives à l'évaluation des éléments et à la présentation des informations.

Toute exception à ce principe n'est justifiée que par la recherche d'une meilleure information ou par un changement de la réglementation.

- **Méthode d'évaluation : convention du coût historique¹**

Sous réserve des dispositions particulières concernant certains actifs et passifs, les éléments d'actifs, de passifs, de produits et de charges sont enregistrés en comptabilité et présentés dans les états financiers au coût historique, c'est-à-dire sur la base de leur valeur à la date de leur constatation sans tenir compte des effets de variations de prix ou d'évolution du pouvoir d'achat de la monnaie.

Cependant, des actifs et passifs particuliers tels que les actifs biologiques ou certains instruments financiers sont valorisés à leur juste valeur.

- **Intangibilité du bilan d'ouverture**

Le bilan d'ouverture d'un exercice correspond au bilan de clôture de l'exercice précédent².

¹ Ministère des finances Algérien, op.cit, p 07.

² Arrêt du 19/09/1973, 73-90.224, Bull.crim n°480, p.120.

- Prééminence de la réalité économique sur l'apparence juridique

Les opérations sont enregistrées en comptabilité et présentées dans les états financiers conformément à leur nature et à leur réalité financière et économique, sans s'en tenir uniquement à leur apparence juridique.

- Non-compensation

Les compensations entre éléments d'actifs et éléments des passifs au bilan ou entre éléments de charges et éléments de produits dans le compte de résultat, ne sont pas autorisées sauf si cette compensation est imposée ou autorisée par le règlement.

Des charges et produits liés résultant de transactions et d'événements similaires et ne présentant pas de caractère significatif peuvent être compensés.

- Image fidèle

L'image fidèle implique le respect des règles et des principes comptables. Toutefois, dans le cas exceptionnel où l'application d'une règle comptable se révèle impropre à donner une image fidèle de l'entreprise, il doit y être dérogé.

Il est alors nécessaire de mentionner dans l'annexe aux financiers les motifs de cette dérogation.

Les traitements comptables inappropriés ne sont corrigés ni par l'indication des méthodes comptables utilisées, ni par des informations en annexe ou d'autres textes explicatifs.

B) Défaut d'inventaire et inventaire frauduleux :

L'importance de l'inexactitude de l'inventaire est capitale et elle sert de base à l'établissement du bilan. Si l'inventaire est mal établi, il est impossible de

présenter à l'assemblée générale des actionnaires un bilan clair et sincère, ce qui peut avoir les conséquences les plus graves au point de vue pénal¹.

En effet, les articles 800 et 811 du code de commerce visent comme premier élément du délit de distribution de dividendes fictifs, La répartition faite en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, et ceux en dépit de l'évolution du droit comptable.

Il importe à cet égard de remarquer, qu'au point de vue de l'application de ces textes, le mot « inventaire » doit être entendu au sens de « inventaire ou bilan ». On doit donc considérer qu'il y a identité, au sens de la loi pénale, entre un inventaire frauduleux et un bilan frauduleux².

1) Absence d'inventaire

L'inventaire à s'en tenir à l'article 10 et l'article 123-177 du code de commerce français et l'article 716/1 du code de commerce, c'est le « 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 d'inventaire »³.

Citons également la définition de BATARDON⁴ : droit pénal des sociétés par action : « l'inventaire est un état détaillé énonçant : 1° les valeurs de toute nature possédée par le commerçant ou la société ; 2° les créances sur les tiers ; 3° les dettes de l'entreprise.

- Antérieurement, la cour de cassation française avait défini l'inventaire comme le tableau descriptif et estimatif des divers éléments de l'actif et du passif, de

¹ Cf, Constantin Voutsis , op. cit, p.28 .

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p 28.

³ Cf, G. Ripert et R. Roblot , Traité de droit commercial , T₁, par M. Germain, L.G.D.J, 17^{ème} éd, 1998, n° 391.

⁴ Cf, Léon Constantin et Maurice Aydalot, op.cit, p. 601.

nature à permettre à chacun d'exercer son droit de regard et de critique sur la conduite des affaires sociales¹.

À vrai dire, ce document, qui doit être établi une fois par an, n'est pas porté à la connaissance des associés, à qui sont communiqués essentiellement les comptes annuels. Les associés peuvent en prendre connaissance au siège social, où il doit être tenu à leur disposition, dans les quinze jours précédant l'assemblée. Mais comme la jurisprudence antérieure à la loi Française n° 66-537 du 24 juillet 1966 avait assimilé l'inventaire au bilan², La doctrine majoritaire, s'appuyant sur cette solution, affirme que le défaut d'inventaire peut s'entendre du défaut de bilan³. Donc sur ce point, la jurisprudence, d'accord avec la doctrine assimilé à l'inventaire le bilan comme étant « un inventaire présenté sous une forme résumée »⁴.

Or, en pratique, il est presque toujours établi, de sorte que l'absence d'inventaire séparé est impuissante à remplir la première condition préalable possible du délit.

C'est dire que les poursuites fondées sur l'absence d'inventaires, sont quasiment inexistantes⁵. Elles sont cependant envisageables au cas exceptionnel où il y aurait eu distribution d'un acompte sur dividendes avant l'achèvement de l'exercice social et avant tout arrêté des comptes⁶.

En ce qui concerne l'absence de l'inventaire, la jurisprudence se montre assez large, car, à ses yeux, l'inventaire peut être remplacé par un état ou un compte rendu permettant de connaître la situation active ou passive de la

¹ Cass.com, 14 décembre 1960, D 1961, jur., p.403, note Dalsace A., cité dans Lamy droit pénal des affaires, op. cit, p .858.

² Cass .crim. , 11 juin 1925, Bull. crim, n° 179, journ. Sociétés, 1925, p. 647.

³ Cf, W. Jeandidier, Droit pénal des affaires, Dalloz, 6^{ème} éd, 2005, n° 296.

⁴ Constantin Voutsis, op.cit, p 28.

⁵ Cf, M.P Lucas de Leyssac, A. Mihman , Droit pénal des affaires , manuel théorique et pratique, Economica ,sans l'année d'édition, p.413.

⁶ Cf, Idem, p .413.

société¹. Peuvent notamment présenter ce caractère, des balances semestrielles ou annuelles ainsi que tout document équivalent, tel que bilan ou document comptable², mais ne valent pas inventaire : un simple carnet présentant en bloc les résultats mensuels d'une opération³ ; un brouillon de situations ou d'écritures mensuels⁴ ; un état de situations présentant des erreurs grossières⁵.

D'une manière générale, la doctrine et la jurisprudence estiment que l'on doit entendre par inventaire, au point de vue de la consommation du délit de distribution de dividendes fictifs, tout état de situation pourvu qu'il soit complet et accepté par l'assemblée générale des actionnaires⁶. D'ailleurs, il paraît sans grand intérêt de rechercher si les documents sur la base desquels la distribution des dividendes a été si l'exercice comptable a une durée supérieure à un an, le défaut d'inventaire ne peut être reproché que s'il n'est pas établi à l'expiration de l'exercice comptable⁷.

2) Inventaire frauduleux

Le défaut total d'inventaire et de bilan est rare sauf dans le cas d'une société fictive. Dans ces conditions, on peut dire que le délit de distribution de dividendes fictifs basé sur l'absence d'inventaire est extrêmement difficile à réaliser et n'est pas de nature à se présenter fréquemment⁸.

Le plus souvent, les dirigeants ont recours à des documents comptables frauduleux. Ce terme de « frauduleux » a suscité en doctrine, des discussions,

¹ Cf, Constantin Voutsis, op.cit, p .29.

² Cf, Eric Dezeuze, op.cit, p 48.

³ T. corr. Seine, 26 septembre .1884 : Journ. Sociétés 1890, p .221.

⁴ CA. Lyon, 16 mars 1899 : DP 1900, 2, p .139.

⁵ CA. Lyon, 12 mars 1885 : DP 1886, 2, p .136.

⁶ Cf, C. Voutsis, op.cit,p .29.

⁷ Cass. Crim., 25 juin 2003, n° 02-86.865/ cité en Lamy droit pénal des affaires, op.cit, p. 858.

⁸ Cf, C. Voutsis, op.cit, p 29.

car il implique une conscience de l'irrégularité qui n'existe pas dans l'hypothèse d'une inexactitude par inadvertance¹.

Selon l'opinion dominante, le bilan ou l'inventaire frauduleux est celui qui révèle une inobservation volontaire des prescriptions comptables ayant une incidence sur le résultat et de nature à créer un bénéfice artificiel.

Aussi, certains auteurs ont soutenu que l'inventaire frauduleux était distinct de l'inventaire inexact en ce qu'il devrait comporter des écritures intrinsèquement frauduleuses².

L'inventaire frauduleux, est un inventaire dressé par une personne qui a nettement conscience des inexactitudes contenues dans cet acte de comptabilité³.

En réalité, le terme frauduleux, employé par le législateur, n'a pas d'autre objet que de préciser que le délit est d'ordre intentionnel et qu'il suppose chez ses auteurs la mauvaise foi, c'est-à-dire, la connaissance des inexactitudes de l'inventaire. Il suffit, au point de la caractérisation du délit, que l'inventaire soit en lui-même inexact quelle que soit la nature des écritures d'où découle cette inexactitude de l'inventaire.

Dans tous les cas, l'utilisation consciente d'un bilan inexact en vue de répartir des dividendes fictifs est pénalement répréhensible.

Ainsi, il n'y a pas de différence spécifique entre « le bilan inexact » visé au paragraphe 2 de l'article 811 du code de commerce, et « l'inventaire frauduleux » visé au paragraphe 1 du même article.

¹ Cf, L. Constantin, Droit pénal des sociétés par actions, PUE, 1968, p .623.

Cité aussi par M. Patin, P. Caujolle, M. Aydalot et J.H. Robert , Droit pénal général et la législation pénale appliquée aux affaires, PUF, 6^{ème} édition, 1979, p .244.

² Cf, A. Touffait, Délits et sanctions dans les sociétés, 2^{ème} édition, Sirey, 1971, p 222.

³ Cf, A. Touffait, op.cit, p. 222.

Mais, si, dans ce cas comme dans l'autre, il suffit pour qu'il y ait infraction à la loi, que le bilan soit inexact, les inexactitudes susceptibles de caractériser le délit de distribution de dividendes fictifs ne doivent pas être appréciées sous le même angle que les inexactitudes constitutives du délit de présentation de faux bilans. Tandis que, sous le rapport de cette dernière infraction, toute inexactitude peut être relevée, dès lors qu'elle est de nature à induire le public en erreur sur la situation de la société, même si elle ne tend pas à améliorer l'actif par rapport au passif, ici l'inexactitude doit se traduire nécessairement par la création d'un bénéfice artificiel ou du moins par l'augmentation artificielle des bénéfices réels, c'est-à-dire par une majoration des éléments d'actif ou une minoration des éléments du passif¹.

Exemples de fraudes en matière de distribution de dividendes fictifs

Voici les principales fraudes usitées en vue de fausser les résultats du bilan et de faire apparaître les prétendus bénéfices nécessaires à la distribution envisagée.

Il faut souligner aussi dans ce contexte, l'effort fait par le législateur en rendant obligatoire les amortissements et les provisions qui sont définis par l'article 718 du code de commerce : « même en cas d'absence ou d'insuffisance de bénéfices, il est procédé aux amortissements et provisions nécessaires pour que le bilan soit sincère ».

La dépréciation de la valeur d'actif des immobilisations, qu'elle soit causée par l'usure, le changement des techniques ou toute autre cause, doit être constatée par des amortissements. Les moins values sur les autres éléments d'actif et les pertes et charges probables doivent faire l'objet de provisions ».

¹. Cf, idem, p .223

2-1- Majoration de l'actif :

Cette majoration repose sur plusieurs procédés qui sont utilisés, alternativement ou simultanément, par les délinquants¹.

a) Création d'actifs sans valeurs, voire inexistantes :

Comme le notent Larguier et Conte², un procédé consiste à inscrire des frais généraux comme frais et travaux de premier établissement, ce qui diffère leur passage en charges dans le compte de résultat.

Il faut simuler l'existence d'éléments d'actifs qui sont inexistantes en réalité. Il a été ainsi inscrit à l'actif des créances appartenant à l'exercice suivant. On se livre à des opérations fictives, par exemple en vendant à une filiale, à la fin de l'exercice, des valeurs que l'on rachètera quelques jours plus tard, en faisant figurer à l'actif, en attendant, le montant de la créance³.

b) Surévaluation des stocks

Les valeurs retenues dans l'inventaire peuvent avoir été majorées en les estimant en conformité des cours du jour fausses par une spéculation prolongée⁴, ou si l'entreprise simule des stocks inexistantes ou en inscrivant des pièces détachées inutilisables⁵. La majoration des résultats par comptabilisation de chantiers non commencés⁶ a également été sanctionnée.

Le bilan peut également avoir été dressé en majorant frauduleusement l'estimation des marchandises constituant l'actif et en y faisant, figurer certains stocks dépourvus de valeurs⁷.

¹ Cf, Nicole Stolowy, *Infractions du monde des affaires*, Vuibert, sans l'année d'édition, p. 83.

² Cf, J. Larguier et P. Conte, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 10^{ème} édition, 2001, p.369.

³ Cf, Nicole Stolowy, *op.cit*, p 84.

⁴ Cf, A. Touffait, *op.cit*, p.223.

⁵ Cf, *idem*, p 223.

⁶ Cf, Nicole Stolowy, *op.cit*, p 85.

⁷ Cass. Crim, 10 novembre .1942, *Bull.crim.*, n° 108 ; J.C.P., 1943., II, 2332, note Bastian.

-
- Inscription à l'actif des sommes représentant la valeur d'immeubles ou de travaux inexistantes dont le montant ne correspond à rien de certain¹.
 - Incorporation dans les comptes d'exploitation de ventes fictives qui enflent indûment le crédit du compte profits et pertes².
 - Maintien à l'actif du bilan d'effets de commerce douteux³.
 - Maintien à l'actif de créances devenues irrécouvrables en tout ou en partie, sans procéder à des provisions suffisantes⁴.

Concernant les frais d'établissement, le législateur français par l'article 343 de la loi du 24 juillet 1966 applique les principes apportés par la cour d'appel de Paris⁵ lors de sa décision dans l'affaire du Comptoir National du Logement : « si certains praticiens, arguant qu'il n'existe aucune obligation légale à cet égard, prétendent que les dirigeants peuvent amortir les frais, d'établissement et de lancement à leur gré, la très grande majorité de la doctrine estime qu'une entreprise sagement gérée doit amortir rapidement de tels frais ».

Ces principes ont été consacrés par l'article 719 du code de commerce algérien : « sous réserve des dispositions de l'article 725, alinéa 2, les frais de constitution de la société sont amortis avant toute distribution de bénéfices.

Les frais d'augmentation de capital sont amortis, au plus tard, à l'expiration du cinquième exercice suivant celui au cours duquel ils ont été engagés. Ces frais peuvent être imputés sur le montant des primes d'émission afférentes à cette augmentation.

¹ Cour Douai, 4^{ème} ch., 18 avril 1929, Journ.soc., 1931, p.284.

² Cf, A. Touffait, op.cit, p. 224.

³ Cf, CA Paris, 16 novembre 1925, Journ. Sociétés, 1926, p.664.

⁴ V. affaire de la banque industrielle de Chine, Seine, 2 août 1923 ; Rev.jur, soc. , 1923 331 ; cass.crim,25juin1927,Bull.crim,n°155,rev.jur.,1927.1183 ;cass.crim.,5mai1949,bull.crim.,n°159 , JCP, 1949, II , n° 5164.

⁵ Cf, A. Touffait, op.cit, p 225.

c) Évaluation exagérée d'un porte feuille représenté par des actions de sociétés filiales artificiellement valorisées

Dans ce contexte, il a été jugé¹ que les titres de participation existant dans le porte feuille d'une société ne doivent pas être immuablement évalués à leur prix de revient.

Il faut noter que de telles fraudes peuvent se trouver facilitées par l'absence dans notre droit d'une législation d'ensemble des groupes de sociétés.

d) Création d'un actif artificiel par la majoration de la valeur des titres en portefeuille

S'il est licite qu'une société évalue, sous certaines réserves, au cours coté, les titres qu'elle détient en portefeuille, la plus-value résultant de la différence entre ce cours et le prix de revient ne constitue pas un actif définitivement acquis, mais une simple espérance². C'est une fraude courante que de tenir cette plus-value pour un bénéfice distribuable.

Le 27 décembre 1883, la Cour de Paris, 6^{ème} chambre, s'est notamment exprimée en ces termes³ :

« Considérant... qu'à supposer que la somme de 4 millions... représentât... des bénéfices acquis par suite de la plus-value des titres en portefeuille, il est constant que la dite somme représentait en même temps des bénéfices non réalisés, dont la réalisation était même... pour le moins incertaine... de telle sorte que si les administrateurs avaient consenti à distribuer à titre de bénéfices une somme équivalente à cette plus-value, ils auraient pu se trouver avoir distribué des bénéfices apparents et par suite des dividendes fictifs ».

Et dans le même sens, il y a l'affaire l'Electro-câble⁴, également l'affaire de la société foncière du nord de la France¹ dans un cas où les actions avaient

¹ T. corr. Seine, 25 juin 1951, Gaz .Pal, 1952, 2, jur., p .101. Cité dans A. Touffait, op.cit, p .226.

² Cf, A. Touffait, op.cit, p 227.

³ Journ. Soc., 1885, p .1.

⁴ Seine, 5 février .1937. confirmé par Paris ,9^{ème} ch.4 avril. 1938, Rev. Trim. Soc., 1938, p .176.

sensiblement baissé lors de l'établissement du bilan et qu'au lieu du prix de revient aurait du être enregistré, le prix moyen auquel le a titre été négocié durant la période immédiatement précédente.

e) Absence de comptabilisation (ou sous-évaluation) des amortissements et des provisions

Il existe deux comptes, rendus nécessaires par le principe de sincérité du bilan, les amortissements et les provisions.

Du point de vue comptable, l'amortissement est « la réduction irréversible, répartie sur une période déterminée, du montant porté à certains postes du bilan »².

La provision est « la constatation comptable d'un amortissement de valeur résultant de causes dont les effets ne sont pas jugés irréversibles (provisions pour "dépréciation") ou d'une augmentation du passif probable mais qui reste incertaine quant à la réalisation (provision pour "risques et charges") ».

Comme le note Constantin Voutsis³ « on accorde une attention particulière au principe de la sincérité du bilan parce que son application implique l'estimation des éléments composant le patrimoine sociale à leur valeur réelle, et commande, par conséquent, la constitution d'amortissements et de provisions dont l'absence et l'insuffisance font ressortir des bénéfices inexistantes, d'où dividendes fictifs, si des distributions sont effectuées conformément au bénéfice fallacieusement apparu dans un bilan inexact ».

Citons l'exemple tiré de l'affaire de la banque industrielle de Chine, la chambre criminelle, dans son arrêt du 25 juin 1927⁴, a affirmé le principe que

¹ Trib. Corr. Seine, 7 avril 1938, Journ. Soc, 1939, p .462.

² Cf, Nicole Stolowy, Infractions du monde des affaires, op.cit, p 84.

³ Cf, C. Voutsis, op.cit, p 46.

⁴ Cf, A. Touffait, op.cit, p 229 et cité dans Bull. crim, n° 155, sem.jur, 1927. 1183.

c'est au moment de l'inventaire qu'il convient de se placer pour apprécier la valeur d'une créance et constituer la provision nécessaire.

Cette situation a été relevée par le tribunal correctionnel de Paris (jugement n° 2) dans l'affaire du crédit lyonnais¹.

Les fraudes les plus courantes proviennent de l'inscription à l'actif, sans contrepartie au passif, des plus-values non encore réalisées. Celles-ci ne peuvent être prises en considération pour l'évaluation de l'actif que si elles sont compensées par un compte de provision au passif, afin qu'elles n'exercent aucune influence sur le résultat final des opérations. Ces plus-values ne peuvent être acquises que lorsque les dites opérations sont réalisées. Les simples expectatives ne peuvent donner lieu à une distribution².

2- 2- Minoration du passif

Cette minoration peut consister dans la sous-évaluation ou la dissimulation de certaines charges (dettes existantes mais payables à terme, cautionnement, etc...).

Ainsi, dans l'affaire de la société de dépôts et comptes courants, le tribunal correctionnel de la seine, 8^{ème} chambre, 19 avril 1893³ a relevé entre autres élément de dissimulation, l'omission au passif de la perte résultant de condamnation prononcées en première instance le 18 janvier 1886 contre la société de dépôts, au profit de grande compagnie d'assurances et s'élevant au principal à 3.500.000 F.

De même dans l'affaire, jugée par le tribunal de la seine le 17 octobre 1932⁴ les rédacteurs du bilan avaient dissimulé un élément important du passif à

¹ TGI Paris, 18 juin 2003, Crédit Lyonnais, CA Paris, février 2005, n° 03/04635 et sur pourvoi, cass.crim, 17 mai 2006, n° 05-81.758.

² Cf, Lamy droit pénal des affaires , op.cit, p 859.

³ Cf, A. Touffait, op.cit, p 228, Rev. soc, 1893, p 299.

⁴ Cf, idem, p 228.

savoir le montant commissions dues aux intermédiaires pour le placement des titres.

Aussi, un arrêté de la cour d'appel de Saint-Denis- de -la -Réunion, confirmé par la cour de cassation¹, relève que le bilan de la société (x) a fait ressortir un bénéfice de 522.000 F, que l'assemblée générale des actionnaires du 26 juin 1981 a décidé de distribuer des dividendes à hauteur de 510.000 F sur les résultats de 1980.

En outre, elle a décidé la prise en location-gérance du fonds de commerce appartenant à (S) à raison de 45.000 F par mois, et avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1980. Cette façon d'opérer permettait d'éponger les intérêts payés par la société relatifs aux engagements moratoires passés par (s). Donc, il y a eu utilisation d'un inventaire frauduleux pour faire apparaître, en résultat de l'exercice 1980, un bénéfice net de 510.000 F en dividendes qui occasionnait une nouvelle dépense de 540.000 F supérieure au montant des dividendes mis en distribution. Dans cet arrêt, la cour reproche à la société (x) d'avoir omis de comptabiliser la charge correspondant à la location-gérance, soit 45.000 F pendant 12 mois (540.000 F).

On peut également passer sous silence un risque de perte. Ce silence peut porter sur le montant d'une condamnation de première instance, ou une garantie donnée à un tiers alors que la solvabilité du débiteur principal est douteuse².

Il est enfin possible d'omettre l'inscription d'une charge, par exemple en n'inscrivant pas une dette résultant, notamment, d'une condamnation judiciaire, ou en reportant une partie des frais généraux sur les comptes de l'exercice suivant.

¹ Cf, Nicole Stology, op.cit, p 85 et crim.25 septembre 1990, inédit, pourvoi n° 89-85.427 (lexilaser cassation).

² Trib. Corr. Paris, 10 janvier 1981, Rev.soc., 1981, p .142, obs, Bouloc.

Sous section II : Le délit de publication ou présentation de comptes non fidèles

Comme le souligne la doctrine, l'absence totale d'inventaire à la base d'une répartition illicite des dividendes est rare¹, et celle-ci s'opère plus généralement sur la base d'un inventaire volontairement altéré, l'inventaire frauduleux sera ainsi généralement caractérisé par les comptes sociaux infidèles au sens du délit de publication ou présentation de comptes non fidèles.

A) Historique du délit :

Le délit de présentation ou de publication de comptes inexacts est une des infractions les plus graves du droit des sociétés mais pas une des plus anciennes².

Sous le régime de la loi du 24 juillet 1867, l'inexactitude ou la fraude dans les inventaires ou les bilans n'était pas incriminée spécifiquement. Le législateur de l'époque considérait, sans doute, que le droit commun, et en particulier l'incrimination de l'escroquerie, pouvait suffire. A vrai dire, il est apparu très vite que le bilan était un document très utile pour les associés, qui doivent être renseignés sur la situation de la société³, afin notamment de décider en connaissance de cause d'une augmentation de capital, ou d'une continuation de l'activité, malgré des pertes légères. Mais le bilan devait aussi devenir un document important pour les tiers, désireux d'acquérir des actions ou de consentir un crédit.

Par ailleurs, les renseignements inexacts ne pouvaient pas constituer un faux en écriture. C'est qu'en effet, la jurisprudence estimait, parce que le faux, même réalisé dans une écriture privé, était un crime justiciable de la cour d'assises, que cette infraction criminelle n'était pas adaptée au faux bilan. Les

¹ Cf, E. Dezeuze, op.cit, p.41.

² Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p .172.

³ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op. cit, p .843.

tribunaux arguèrent alors de ce que la faux ne se trouvait constitué qu'en cas de document formant titre, alors que le bilan ne présentait pas ce caractère¹.

Il aura fallu attendre un décret, loi du 30 octobre 1935 pour qu'une infraction spécifique en la matière apparaisse, punissant l'établissement d'un bilan inexact indépendamment de toute distribution financière², dans les sociétés anonymes ou les sociétés à responsabilité limitée, qu'il a punie des peines prévues pour le délit d'escroquerie.

Cette création témoignait de l'importance attachée par le législateur à l'information comptable et, plus généralement, à la sauvegarde du patrimoine social par les dirigeants³.

Ultérieurement, le législateur français a par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947, fixé le statut des sociétés coopératives. Il a tout naturellement prévu quelques sanctions pénales. En particulier, l'article 26 de la loi précitée punit des peines de l'escroquerie les administrateurs ou gérants ayant fait de leurs pouvoirs un usage contraire à l'intérêt de la société, ainsi que ceux qui ont sciemment publié ou communiqué des documents comptables inexacts en vue de dissimuler la véritable situation de la société⁴.

Lors de la préparation de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, s'est posée la question du maintien ou non de l'incrimination relative au bilan. Elle a été résolue dans le sens du maintien du dispositif légal qui a repris presque mot pour mot les textes de 1935 en ses articles 425, 3° (pour les sociétés à responsabilité limitée), 437, 2° (pour les sociétés anonymes) et 460 (pour les sociétés en commandité par actions)⁵, ont incriminé les gérants de sociétés à responsabilité limitée et les présidents, administrateurs et directeurs

¹ Cf, H .Matsopoulou, Rép. Sociétés Dalloz (infractions comptables), 1999.

² Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p. 172.

³ Cf, Nicole Stolowy, op.cit, p .75.

⁴ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, p. 843.

⁵ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p 172.

généraux de sociétés anonymes qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, auront sciemment publié ou présenté aux associés un bilan inexact, en vue de dissimuler la véritable situation de la société.

Ces délits spécifiques du droit des sociétés continuaient donc de ne viser que les sociétés de capitaux¹.

- Le champ d'application du délit s'est ultérieurement étendu aux sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne, à la suite de la loi n° 70-1300 du 31 décembre 1970 (désormais codifiée dans le code monétaire et financier français) destinée à mettre un terme aux scandales que certaines affaires avaient révélés².
- La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 et plus exactement l'article 242-6-2° a été modifié par la loi du 30 avril 1983³ du fait de l'adoption du traité de Rome, ayant institué la communauté économique européenne, et pour faciliter la libre circulation des marchandises, le conseil des communautés européennes s'est préoccupé de procéder à la mise en harmonie de certaines dispositions concernant le droit des sociétés. Ainsi le 25 juillet 1978, a été adoptée la 4^{ème} directive n° 78/660 du conseil des communautés européennes sur la réglementation des comptes annuels, afin de rendre comparables les informations contenues dans ces documents.

En conséquence, le législateur français a revu l'ensemble des dispositions comptables applicables en matière commerciale, tel a été l'objet de la loi n° 83-353 du 30 avril 1983⁴ et du décret n° 83-1020 du 29 novembre 1983, inséré dans

¹ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, p 843.

² Art L 231-11, 2° du code monétaire et financier, ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000, JORF 22 septembre 2002 en vigueur le 1^{er} janvier 2002, sanctionne d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende portée à 375.000 € les dirigeants de la société de gestion qui auront publié ou présenté aux associés des informations inexactes, en vue de dissimuler la véritable situation de la société.

³ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op. cit, p 844.

⁴ Cf, G. Pipert et R. Roblot, traité de droit commercial, t.1, par M. Germain, LGDJ, 17^{ème} éd., 1998, n° 390.

la partie réglementaire du code de commerce par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007, qui ont fixé des principes nouveaux dans les articles 8 et suivants l'ancien code de commerce, devenus les articles L. 123-12 et suivants du nouveau code de commerce.

Le délit de présentation ou de publication de bilan inexact est donc devenu le délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne reflétant pas une image fidèle¹, qui est une notion anglo-saxonne de « true and fair view »².

Toujours sous l'impulsion de droit communautaire, le droit français a permis de passer, en quelque sorte, de la protection des intérêts privés à la protection d'un certain ordre public. Dans ce contexte, le conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 a souligné la nécessité d'accélérer l'achèvement du marché intérieur des services financiers et a incité la commission à prendre des mesures pour améliorer la comparabilité des états financiers élaborés pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne³. Le choix s'est porté sur l'application des normes de l'IASC⁴, c'est-à-dire les normes IFRS⁵, ces normes devant fournir une image fidèle et honnête de la situation financière.

Une ordonnance du 20 décembre 2004 a permis l'application, à compter du 1^{er} janvier 2005, du règlement communautaire précité et des directives du 27 septembre 2001 et du 18 juin 2003 pour les sociétés faisant appel public à l'épargne.

- La réforme des textes concernant le droit des sociétés dans un code unique de droit commercial en 2000 n'a pas modifié cette partie de droit. Les

¹ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, p 844.

² Cf Nicole Stalowy, op.cit, p 76.

³ Cf, Régl. Parl et conc. CE n° 1606/2002, 19 juillet 2002, JOCE 11 Septembre, n° 2243. Et aussi, Cf, B. Bouloc, l'incidence des normes européennes sur les normes comptables, Rev. sociétés 2005, p 31.

⁴ Normes IASC : comité des normes comptables internationales (International Accounting Standards Committee)

⁵ Normes IFRS : normes internationales d'informations financières (International Financial Reporting Standards)

articles 425 et 437 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sont devenus les articles 2.241-3 et 2.242-6 du nouveau code de commerce. A cet égard, le groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires, présidée par Jean-Marie COULON, premier président honoraire à la cour d'appel de Paris, n'a suggéré aucune modification dans ce domaine¹.

- Concernant le droit Algérien, la présentation et la publication de bilan inexact a été incriminé la première fois par le décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993 et a été codifié dans le code de commerce algérien par l'article 800-3° pour les sociétés à responsabilité limitée comme suit : « seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amande de 20.000 DA à 200.000 DA ou de l'une de ces deux peines seulement :

Les gérants qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes auront, sciemment, présenté aux associés un bilan inexact en vue de dissimuler la véritable situation de la société ».

- Et par l'article 811-2° pour les sociétés par actions : « seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amande de 20.000 DA à 200.000 DA ou de l'une de ces deux peines seulement : ... le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société par action, qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, auront sciemment, publié ou présente aux actionnaires, un bilan inexact, en vue de dissimuler la véritable situation de la société... ».

En droit Algérien, le délit de présentation de bilan inexact ne vise que les sociétés de capitaux qui sont les sociétés à responsabilité limitée et sociétés par actions en excluant les sociétés en commandité par actions considérées elles

¹ Cf, Marie-Laure Lanthière, Vers une dépenalisation du droit des sociétés , droit des sociétés, revue mensuelle lexisnexis ,juris-classeur – Août- Septembre 2008. Aussi Jean-Marie Coulon, Ministère de la justice Française, la documentation Française, collection des rapports officiels, 26 Fév 2008, p.26.

aussi de sociétés de capitaux et introduites en droit commercial Algérien dès 1993 par le décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993.

- Ajoutant aux deux articles cités ci-dessus, il y a aussi l'article 137 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août relative à la monnaie et au crédit et les articles 97 bis et 97 ter de l'ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-11 précédente qui exige les banques et établissements financiers aussi bien national qu'étrangers à garantir la fiabilité des informations financières¹.
- L'Algérie a été influencé par tous les changements économiques mondiaux et leurs impacts sur les économies de différents pays, qui ont donné résultat à de nouveaux concepts tels que la gouvernance d'entreprises, les fusions économiques, les groupements économiques...etc. l'Algérie qui n'était pas à l'abri de ces changements, devait obligatoirement appliquer les normes comptables internationales lors de l'établissement des états financiers afin de répondre aux exigences de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et la mondialisation des marchés de capitaux, d'autant plus que le plan national comptable est devenu incompatible avec la modernisation des sociétés algériennes et avec les nouvelles conditions internationales, ce qui a conduit à reconsidérer ce système en élaborant un processus de réforme qui a débuté le mois d'avril 2001 par la contribution de plusieurs experts français en collaboration avec le Conseil National de la Comptabilité (CNC).

Depuis l'année 2007, l'Algérie a adopté un nouveau système de comptabilité financière en vertu de la loi n° 07-11 du 25 novembre 2007, et conformément à cette loi, la comptabilité financière est un système pour l'organisation de l'information financière et qui permet le stockage, l'enregistrement, le classement et l'évaluation des bases de données numériques

¹ Article 97 bis de l'ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010, journal officiel de la République Algérienne n° 50, 1^{er} septembre 2010, p 11-12.

et la présentation de bilans reflétant une image fidèle de la situation financière et patrimoniale de l'entité et son efficacité et aussi de l'état de sa trésorerie à la fin de l'exercice social¹.

Ce nouveau système de comptabilité financière s'applique pour les catégories suivantes :²

- Les coopératives.
- Les entreprises soumises aux dispositions du droit commercial.
- Les personnes physiques ou morales producteurs de marchandises ou prestataires de services commerciaux et non commerciaux s'ils sont engagés dans des activités économiques fondées sur les opérations récurrentes.

Il est d'une importance primordiale étant sensible aux différents besoins des professionnels et des investisseurs et aussi aux exigences de l'économie du marché, car elle constitue une étape importante dans l'application des normes comptables internationales dans le cadre de la normalisation globale de la comptabilité, qui vise notamment à simplifier la lecture des états financiers en un langage comptable uniforme et permet l'accès à des informations financières détaillées et précises reflétant la véritable image de la situation financière de l'entreprise³.

B) Éléments constitutifs du délit :

La consultation de la plupart des ouvrages récents révèle que pour la doctrine, le délit de présentation ou de publication de comptes inexacts est

¹ Art 3, loi n° 07-11 relative au système de comptabilité financière, journal officiel de la République Algérienne n° 74 du 25/11/2007.

Et aussi Choaïb CHENOUF, « la comptabilité de l'entreprise selon les normes comptables internationales », T1, librairie société Algérienne, Boudlout, Alger, 2008, p. 21.

² Idem, p 23.

³ Cf, Madani Ben Belghith, problématique de l'uniformité de la comptabilité (expérience de l'Algérie), la revue du chercheur, revue de la faculté de droit et des sciences économiques, Ourgla, 2002, p 57.

composé de plusieurs éléments constitutifs. Pour certains auteurs¹, il y en a ainsi deux : un acte de communication des comptes annuels infidèles et un élément moral. Michel Véron² distingue un élément matériel de dissimulation de la vérité et un élément intentionnel. Pour d'autres auteurs³ vise des comptes inexacts, une présentation et /ou une publication et une action consciente.

Jaques-Henri Robert⁴ distingue la condition préalable, à savoir des comptes sociaux présentés ou publiés, l'infidélité des comptes sociaux et l'élément moral du délit.

Pour d'autres auteurs enfin⁵, le délit comporte deux éléments constitutifs – soit un élément matériel et un élément moral– qui se greffent sur une condition préalable, l'infidélité des comptes annuels.

Cette présentation paraît préférable car les comptes annuels infidèles ne constituent pas au sens étroit l'infraction, même s'ils sont indispensables à sa commission⁶. Tant qu'ils ne sont pas présentés ou publiés, ces comptes sont en l'occurrence indifférents, neutres, ce qui est le propre d'une condition préalable à l'infraction.

Donc pour que l'infraction de présentation de comptes annuels non fidèles soit établie, il importe que l'on soit en présence de comptes présentant certaines inexactitudes (conditions préalables), que ces comptes aient été présentés ou publiés, et que les dirigeants aient su que ces comptes étaient inexacts et aient voulu dissimuler la véritable situation de la société (éléments constitutifs du délit).

¹ Cf, J. Larguier et P. Conte, Droit pénal des affaires, Armand Colin, 11^{ème} éd., 2004, p.397.

² Cf, Michel Véron, Droit pénal des affaires, Armand Colin, 4^{ème} éd, 2001, p.194 s.

³ Cf, Haritini Matsopoulou, op.cit, p.84 s.

⁴ J. H. Robert et H. Mastopoulou, Traité de droit pénal des affaires, P.U.F, 2004, p.305

⁵ Cf, M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, Droit pénal des affaires, Thémis P.U.F, 4^{ème} éd, 2000, p.367 s.

⁶ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit., p.173.

1) Conditions préalables :**• Première condition préalable : les comptes annuels**

La condition préalable de l'infidélité des comptes annuels est en réalité double, puisqu'il faut d'abord des comptes annuels et qu'ensuite ces comptes annuels ne soient pas le reflet de la vérité. La loi Française du 30 Avril 1983 précédemment citée ne visait que le bilan et aussi le « bilan provisoire »¹.

L'assiette du délit est désormais élargie avec ce concept de comptes annuels qui, selon l'article L. 123-12 alinéa 3 du code de commerce Français et aussi l'article 716 du code de commerce algérien, il rajout à ces éléments, le compte d'exploitation générale et l'inventaire.

- L'inventaire et le bilan ont été définis dans les paragraphes précédents, reste le compte de résultat² qui réalise la fusion des anciens compte d'exploitation générale et compte de pertes et de profits qui accompagnaient le bilan. Le compte de résultat récapitule les produits et les charges de l'exercice, sans qu'il soit tenu compte de leur date d'encaissement ou de paiement. Il fait apparaître, par différence après déduction des amortissements et provisions, le bénéfice ou la perte de l'exercice, tandis que l'annexe³ complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat, l'annexe vise à donner un état qui comporte les explications nécessaires à une meilleure compréhension des autres documents de synthèse, mais cet état a un caractère obligatoire. La loi française contrairement à la loi Algérienne, il s'agit notamment :
- Des informations complémentaires lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas au respect du principe d'image fidèle (L 123-14 Nouveau code de commerce français) ;

¹ Cass. Crim., 25 Avril 1995, Juris – Data n°1995 – 002175, Dr. pen, 1995, comm, n°205, obs, J. H. Robert.

² Cf, Nicole Stolowy, les délits comptables, Collection droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 2001, p.79.

³ Cf, Nicole Stolowy, op. cit, p.79.

-
- Les dérogations aux prescriptions comptables qui se révéleraient impropres à donner une image fidèle (L 123-14 Nouveau code de commerce) ;
 - Des modifications apportées à la présentation des comptes annuels et aux méthodes d'évaluation (L 123-17 Nouveau code de commerce) ;
 - Quelques observations complémentaires seront faites au sujet des **comptes consolidés**¹. Le rapport du Sénateur Philippe Marini sur la modernisation du droit des sociétés qu'il avait remis au Premier Ministre français le 13 juillet 1996 et rendu public le 10 septembre 1996, a souligné que le régime des comptes consolidés ne diffère de celui des comptes sociaux que sur deux points essentiels, à savoir l'absence d'approbation par l'assemblée générale et l'absence de sanctions pénales tenant à la qualité même des comptes. Or, l'évolution des réalités économiques et les exigences croissantes de l'information financières rendent nécessaire de soumettre les comptes consolidés à l'approbation de l'assemblée générale² de la société consolidante, selon la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, journal officiel du 16 mai 2001 par son article 118. Cette réforme reste incomplète tant que la loi pénale ne sanctionne pas la présentation de comptes consolidés non fidèles. En effet, la loi pénale n'étant pas modifiée, il est permis de se demander si une présentation ou publication fausse des comptes consolidés pourrait être sanctionnée sur la base des articles L. 241. 3, 3° et L. 242. 6, 2° du code de commerce français. L'interprétation stricte de la loi pénale doit conduire à répondre négativement, mais rien n'empêche de considérer ces comptes consolidés, soumis à approbation des actionnaires, d'être un document écrit susceptible de faire l'objet des délits de droit commun du faux et de l'usage de faux³, encore qu'ils ne puissent pas servir de base à une action en justice.

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.173.

² Idem, p.174.

³ Cf, Nicole Stolowy, Les délits comptables, op.cit, p 88.

Tandis que pour la loi Algérienne, l'article 732 bis 4 de l'ordonnance n° 96-27 du 9 décembre 1996 qui stipule que : « Par comptes consolidés, on entend la présentation de la situation financière : et des résultats d'un groupe de sociétés, comme si celles-ci ne formaient qu'une seule entité. Ils sont soumis aux mêmes règles de présentation, de contrôle, d'adaptation et de publication que les comptes annuels individuels ».

Le législateur annonce aussi dans l'article 103 de l'ordonnance n°03-11 relative à la monnaie et au crédit ce qui suit : « Les banques et établissements financiers sont tenus d'établir leurs comptes sous forme consolidée dans les conditions fixées par le Conseil.

Toute banque ou tout établissement financier doit publier ses comptes annuels dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice comptable au bulletin officiel des annonces légales obligatoires dans les conditions fixées par le Conseil. D'autres publications peuvent être requises ».

Pour le législateur Algérien, et concernant la présentation et la publication de comptes consolidés infidèles est incriminée et punie de la même manière que les comptes annuels individuels non fidèles, en vu de l'article 837 paragraphe 5 du code de commerce : « Seront punis d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 20.000 DA à 200.000 DA, ou de l'une de ces deux peines seulement, les présidents, les administrateurs, les directeurs généraux de toute société, qui, sciemment :

« ...n'auront pas établi, présenté et ou publié les comptes consolidés tels que prévus par l'article 732 bis 3 du présent code. ».

Néanmoins, s'il s'agit des sociétés cotées, la non-conformité des comptes consolidés aux règles comptables est fréquemment sanctionnée sous la qualification de diffusion d'informations fausses ou trompeuses prévue et

réprimée par l'article 60 alinéa 2 de la loi 03-04 relative à la bourse des valeurs mobilières¹ : « Sera punie d'un emprisonnement de six (6) mois à cinq (5) ans et d'une amende de trente mille dinars (30.000 DA) dont le montant pourra être porté au-delà de ce chiffre jusqu'au quadruple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende ne puisse être inférieure à ce même profit, ou de l'une de ces deux peines seulement :

- Toute personne qui aura sciemment répandu dans le public, par des voies et moyens quelconques, des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés en bourse ou sur les perspectives d'évolution d'un titre admis aux négociations en bourse de nature à agir sur les cours.
- L'article 715 ter 7 du code de commerce concernant les sociétés en commandité par actions fait lu aussi référence aux comptes consolidés et plus précisément quand il parle du rôle du conseil de surveillance : « le conseil de surveillance assure le contrôle permanent de la gestion de la société. Il dispose, à cet effet, des mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes. Il fait, à l'assemblée générale ordinaire annuelle, un rapport dans lequel il signale notamment les irrégularités et inexactitudes relevées dans les comptes annuels, et le cas échéant, dans les comptes consolidés de l'exercice ».

Toutefois pour les établissements bancaires La commission bancaire est habilitée à ordonner aux établissements concernés de procéder à des publications rectificatives dans le cas où des inexactitudes ou des omissions auraient été relevées dans les documents publiés, en vertu de l'article 103 cité ci-dessus, dernier alinéa.

¹ Art 60 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993, relatif à la bourse des valeurs mobilières, Journal Officiel n° 34, modifié et complété par la loi n° 03-04 du 17 février 2003, Journal Officiel n° 11 du 19 fév 2003.

En droit Français et avant la loi de 2001, la distribution de dividendes constituait la justification principale de la distinction entre le régime des comptes sociaux et celui des comptes consolidés¹ : seuls, en effet, les comptes sociaux servent d'assiette à la répartition du résultat entre les actionnaires, donc à la distribution des dividendes. Dès lors, l'assemblée générale des actionnaires n'a à connaître que de ceux-ci.

Avec le développement de la mobilité des capitaux et la mise en place d'une économie de marchés financiers, investisseurs et analystes se fondent non plus sur les seuls comptes sociaux, mais aussi et avant tout sur les comptes consolidés, car pour un actionnaire, le véritable fondement de la valeur de ses titres est moins le dividende distribué que le résultat consolidé, réel et anticipé d'ailleurs, il peut y avoir une déconnexion importante entre le résultat économique et le dividende. Un groupe en perte peut distribuer des dividendes dès lors que la société mère est bénéficiaire. L'approbation des comptes consolidés doit donc permettre de prendre en compte cette évolution de la réalité économique². Mais les textes incriminateurs n'ont pas été modifiés en conséquence et l'interprétation stricte interdit d'assimiler à des comptes annuels les comptes consolidés.

- **Deuxième condition préalable : l'infidélité des comptes**

Les trois caractéristiques requises de la comptabilité doivent être explicitées, la comptabilité doit d'abord être régulière, c'est-à-dire conforme aux règles et procédures en vigueur. Elle doit être ensuite sincère, c'est-à-dire élaborée en conformité avec les règles, en toute bonne foi, « en fonction de la connaissance que les responsables des comptes doivent normalement avoir de la réalité et de l'importance des opérations, événements et situations »³. Quant à la

¹ Cf, A.Touffait, op.cit, p 235.

² M. Pariente, Les groupe de sociétés, Aspect juridique, social, comptable et fiscal, Litec, 1993,p.334.

³ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.174.

notion d'image fidèle, « elle signifie que les comptes doivent donner autant qu'il est possible une image conforme à la réalité objective de l'entreprise. Elle dépasse les notions de régularité, comme l'indiquent les conséquences tiré de l'article L. 123-14, alinéa 3 du code de commerce Français, si dans un cas exceptionnel l'application d'une prescription comptable se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé. Cette dérogation est mentionnée à l'annexe et dûment motivée, avec l'indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise¹.

L'ancienne terminologie de bilan « inexact » pouvait être rapprochée de la notion de « comptabilité, algèbre du droit ».

Cette conception a beaucoup évolué et la notion d'image fidèle est venue confirmer l'idée que la comptabilité est loin d'être une science exacte. En effet, l'évaluation occupe une importance croissante alors qu'elle comprend une grande part de subjectivité. En outre, les principes comptables occupent dorénavant une place primordiale dans le dispositif législatif en vigueur.

Le bilan peut être vicié de différentes manières : la situation de la société peut être améliorée par majoration de l'actif social et/ou diminution du passif, ou, la situation sociale peut être aggravée par minoration de l'actif et/ou majoration du passif social².

Quelle que soit la finalité des altérations ou manipulations comptables, les comptes annuels doivent être affectés d'inexactitudes. Ce terme s'entend d'une manière très large et vise toute écriture, comme toute omission qui tend à fausser l'exactitude des comptes sociaux.

¹ Cf, Eric Dezeuze, op.cit, p.43.

² Cf, Eric Dezeuze, op.cit, p.44.

Il serait intéressant conceptuellement de classer les erreurs et les sources d'image « infidèle » selon le procédé utilisé¹.

- **Erreurs, ou sources d'image infidèle formelles :**

Elles sont délicates à découvrir, car elles supposent des chiffres exacts, mais une désignation incorrecte des différents postes ou encore un déplacement de postes dans le temps², de telle sorte qu'ils donnent une fausse idée de la véritable situation de la société. Par exemple³, lorsque figurent à l'actif d'un bilan, sous la rubrique « Frais de premier établissement », d'importantes dépenses de publicité qui ne constituaient en réalité que des charges d'exploitation propres à cet exercice.

Erreurs d'évaluation :

Il s'agit des erreurs les plus difficiles à caractériser, étant à la limite de la fraude et de l'appréciation objective. Ces irrégularités sont aussi assez fréquentes, parce qu'elles sont les plus faciles à commettre.

Ces inexactitudes débouchent notamment sur des majorations (plus rarement minorations) d'actif ou sur des minorations (ou majorations) de passif. L'inexactitude est claire lorsque le bilan comporte des mentions fausses quant à l'importance du service de l'emprunt, en principal et intérêts⁴.

En définitive, il s'agira donc essentiellement de cas d'espèces, et l'on conçoit la nécessité d'une analyse par des spécialistes obligés de dénoncer les infractions qu'ils détectent.

¹ Cf, Nicole Stolowy, Les délits comptables, op.cit, p.81.

² Cf, Mireille Delmas-Marty, Droit pénal des affaires, partie spéciale infractions, t.2, PUF, 1^{ère} édition, 1973, p.312.

³ Crim. 26 juin 1978, Bull. Crim n°212, p.555-560, cite dans Mireille Delmas-Marty, op.cit, p.312.

⁴ Crim. 14 janv 1980, Bull. Crim n°21, p.49-54, cite dans Mireille Delmas-Marty, op.cit, p.313.

Tableau 1 : Sources d'image « infidèles »¹

Postes concernés	Nature de l'irrégularité	Impact sur le résultat
Actif		
Immobilisations	Omission des amortissements	Hausse du résultat
Immobilisations financières	Maintien à l'actif de titres cédés	Hausse ou baisse du résultat selon la nature de la différence de cession (plus ou moins value).
	Surévaluation de titres par absence d'enregistrement de provisions	Hausse du résultat
Stocks	Omission de constitution d'une provision pour dépréciation	Hausse du résultat
	Sous évaluation	Baisse du résultat
	Majoration	Hausse du résultat
Créances	Inscription de créances douteuses dans une mauvaise rubrique de l'actif	Pas d'impact sur le résultat mais impact sur l'image donnée par le bilan
	Maintien à l'actif de créances irrécouvrables	Hausse du résultat
Passif		
Provisions pour risques	Omission de constitution d'une provision	Hausse du résultat
Dettes	Omission d'enregistrement d'une dette	Hausse du résultat
Comptes de résultat		
Produits financiers et charges financières	Compensation entre plus et moins values sur titres	Pas d'impact sur le résultat mais impact sur l'image donnée par le compte de résultat
Ventes	Enregistrement de factures ne correspondant pas à des opérations réelles	Hausse du résultat

Ce tableau a été établi sur la base des décisions de jurisprudence et non pas des différentes possibilités, plus nombreuses, existant pour augmenter ou réduire le résultat.

¹ Cf, Nicole Stolowy, op.cit, p.83, Voir aussi, J. Riffault, Rev. Sc. Crim, 1998, p.568.

Les inexactitudes dans la composition du bilan (actif et passif), du compte de résultat ou de l'annexe, dans l'évaluation de leurs éléments et dans la présentation de leurs postes. On peut citer les cas les plus souvent sanctionnés par les juridictions pénales.

1) Comptabilisation à l'actif du bilan de plus values non acquises ou fictives.

La jurisprudence et la doctrine offrent classiquement des exemples de comptes améliorés par l'inscription indue de plus-values de cessions imaginaires ou à tout le moins, non encore réalisées au cours de l'exercice social concerné.

2) Défaut de provisions ou insuffisance des provisions. L'article 718 du code de commerce, ainsi que l'article 123-20 al.2 du code de commerce français rend obligatoire la constitution de provisions. Les provisions sont l'évaluation comptable des pertes et charges probables et identifiables ainsi que des moins-values des éléments d'actifs non amortissables.

Les irrégularités affectant le poste « provisions » sont fréquentes et proviennent le plus souvent soit d'une absence soit d'une minoration des provisions qui conduisent à majorer les résultats de la société.

3) Insuffisance des renseignements figurant dans l'annexe aux comptes sociaux. L'article 123-13 du code de commerce français a défini l'annexe comme un document qui complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat, et aussi l'article 24 du décret du 29 novembre 1989 qui précise que l'annexe doit comporter toutes les informations d'importance significative sur la situation patrimoniale et financière ainsi que le résultat de l'entreprise.

Le législateur Algérien quant à lui dans l'article 719 paragraphe 3 du code de commerce parle d'un rapport écrit -que le conseil d'administration ou les

gérant- établissent sur la situation de la société et l'activité de celle-ci pendant l'exercice écoulé. On peut alors en déduire qu'il fait allusion à l'annexe.

L'infraction sera donc caractérisée soit par le caractère erroné des informations portées dans l'annexe, soit par leur insuffisance ou leur omission.

- L'infraction de présentation de bilan inexact peut être caractérisée à de nombreux autres titres :
- Immobilisations : en droit Algérien, aussi bien qu'en droit Français, les droits et biens figurent au bilan doivent figurer pour leur valeur d'origine (coûts historiques). Pour tenir compte de la dépréciation des immobilisations, il est nécessaire de procéder à des amortissements, inscrits à l'actif du bilan. Dès lors, le défaut d'amortissement entraîne une évaluation inexacte des éléments d'actifs et donc l'inexactitude des comptes sociaux ;
- Diminution ou surévaluation des stocks ;
- Factures fictives.

2) L'élément matériel :

Les responsables des comptes d'une entreprise ne rentrent dans le champ de la répression pénale que dans la mesure où les comptes annuels ne donnant pas une image fidèle d'un résultat, du patrimoine et de la situation financière de l'entreprise ou été publiés ou présentés volontairement dans le but de dissimuler la véritable situation de la société¹.

L'acte matériel peut se présenter sous l'une ou l'autre des deux formes présentation ou publication du bilan.

À vrai dire, ces deux concepts, voisins, n'ont pas le même champ d'application. L'article 800 al 3 du code de commerce relatif aux sociétés à responsabilité limitée, ne vise que la présentation (« auront sciemment, présenté

¹ Cf, P .Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.183.

aux associés un bilan inexact ») ; alors que l'article 811 al 2 du code de commerce, relatif aux sociétés par actions, vise la présentation ou la publication (« auront sciemment, publié ou présenté, un bilan inexact »). Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale conduit à refuser toute analogie pour combler le vide relatif affectant le droit pénal des sociétés à responsabilité limitée.

2-1) la présentation des comptes :

Les textes précisent qu'elle doit être une présentation aux actionnaires ou aux associés. Cela tient à ce que les comptes annuels doivent être soumis à l'approbation de l'assemblée générale annuelle. La présentation des comptes s'entend donc d'une présentation collective aux associés. En conséquence, elle n'est pas constituée au cas de présentation à un seul associé ou à certains d'entre eux. En revanche, elle l'est, quand, au jour de la réunion de l'assemblée générale annuelle, les dirigeants présentent les comptes à cette assemblée. Cette première modalité du délit peut cependant être commise avant la réunion de l'assemblée générale¹. En effet, les comptes annuels devant être mis à la disposition des associés ou siège quinze jours avant la réunion de l'assemblée générale², certains juges du fond en France ont admis que la mise à disposition des comptes ou siège consomme matériellement le délit³. Certains auteurs admettent même que le délit est constitué même si, dans le délai de quinze jours, aucun actionnaire n'est venu prendre connaissance des comptes⁴.

Le délit est un délit formel, il est constitué même si, les actionnaires connaissent, avant qu'ils ne leur soient présentés, l'infidélité des comptes. Peu

¹ Cf, Marie Paule Lucas de Leyssac, Alexis Mihman, op.cit, p 402.

² Décret législatif n° 93 du 25 avril 1993, art.680-al 1 du code de commerce ; Lois Française n° 66-537 du 24 juillet 1966, art. L. 223-26 et L.225-115.

³ Cf, Mireille Delmas-Marty, op.cit, p 314.

⁴ Cf, A Touffait, J. Robin, A Andureau et J. Lacoste, Délits et sanctions dans les sociétés, Sirey, 2^{ème} éd, 1973, n° 207.

importe alors que par la suite, avant l'assemblée générale ou au cours de celle-ci, l'inexactitude ait été réparée¹.

La chambre criminelle Française a admis que des agissements antérieurs à la réunion de l'assemblée générale statuant sur les comptes annuels pouvaient être constitutifs du délit. Dans un arrêt du 29 novembre 2000, un administrateur, qui connaissait l'infidélité des comptes, a été déclaré coupable du délit au motif qu'il avait participé à la délibération du conseil d'administration ayant décidé de leur présentation et de leur publication².

Ainsi que l'a révélé le professeur Bouloc, cet arrêt ne va pas sans forcer l'élément matériel du délit dont la tentative n'est pas incriminée. Certains juges du fond en France l'ont forcé davantage encore en admettant que la présentation de comptes infidèles, faite à un banquier pour le déterminer à une ouverture de crédit était constitutive du délit³. Une telle solution est critiquable car la présentation individuelle de comptes faite à un banquier pour le déterminer à l'octroi d'un crédit, relève⁴ de la qualification d'escroquerie⁴.

2-2) La publication des comptes :

À côté de la présentation, la loi vise la publication (sauf pour les SARL). La notion de publication est relativement objective et elle est comprise largement par les tribunaux. Elle recouvre tous les procédés « ayant pour but et pour effet de faire connaître les documents litigieux aux tiers, fût-ce individuellement, dans le cadre de l'administration de la société et pour les besoins de celle-ci »⁵. En effet, il peut s'agir donc de la publication obligatoire au bulletin d'annonces officielles, de la publication faite à l'occasion de l'émission publique d'actions ou d'obligations (le délit peut alors se cumuler

¹ Cf, A Mireille Delmas-Marty, op.cit, p 314.

² Crim., 24 nov 2000, Bull. 359, Rev.Soc 2001, p.380.

³ Cf, A Touffait, op.cit, p 235.

⁴ Cf, Marie-Paule de Leyssac, Alexis Mihman, op.cit, p 403.

⁵ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.185.

avec le délit boursier de diffusion ou de publication d'information fausse ou trompeuse), mais aussi d'une communication au cours d'une conférence de presse¹. La jurisprudence a également considéré qu'était une publication l'insertion d'éléments comptables dans des journaux financiers, dans des prospectus ou des affiches².

Dans tous les cas, ce qui est important, c'est qu'il y ait utilisation d'un procédé susceptible de porter à la connaissance du public telle ou telle indication comptable, car il ne peut y avoir de communication individuelle³. Il a même été admis que la production d'un bilan au verso d'un bon de caisse émis au porteur était constitutive d'une publication du bilan au motif que les dirigeants savaient que ce bon de caisse pourrait changer de main par simple tradition et, par suite, circuler⁴. Cette décision de la Cour d'appel de Paris a été critiquée par certains qui considéraient cette manière de procéder ne constituant pas une véritable divulgation au public. En revanche, pourrait être une publication l'insertion d'informations inexacts dans le tableau d'activité et de résultats consolidés au 30 juin, publié au Bulletin des annonces légales obligatoires⁵.

À noter aussi, qu'une communication individuelle n'est pas une publication au sens de la loi pénale⁶, et le dépôt par la société de la déclaration fiscale à laquelle elle est astreinte auprès des services de l'administration ne soit pas caractéristique de la notion de publication en raison du défaut d'aspect collectif de la diffusion⁷. Quoi qu'il en soit, il est sans importance que l'assemblée générale des actionnaires ait été effectivement tenue au moment de la

¹ Cf, M. Véron, op.cit, p.246.

² C.A Paris, 15 mai 1935, Rev sociétés 1935, p.357.

³ Cf, F. Pasqualini, Délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle, J. Cl. Sociétés, Fasc 147-4, n° 44 ; Voir aussi J. Larguier et P. Conte, op.cit, p.373.

⁴ CA Paris, 12 juillet 1969, Gaz.Pal 1969, 2, jur., p.270.

⁵ Cass.crim., 29 nov 2000, n° 99-80.324, Bull.crim., n° 359, Rev sociétés 2001, p.380, note Bouloc B.

⁶ CA Nîmes, 5 janvier 1957, Dr.Soc 1957, n° 10, p.122, concernant la communication des comptes à un actionnaire désireux d'acheter des titres de la société.

⁷ Cf, Ph. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.185.

publication des comptes et si elle l'a été, qu'elle les ait ou ne les ait pas approuvés¹.

***Quelques exemples d'affaires juridiques relatives à la publication de comptes annuels infidèles :**

-) Exemple tiré de l'affaire « Comptes des Entrepreneurs »²:

Dans cette affaire, le tribunal correctionnel et la Cour d'appel de Paris ont condamné l'ancien président du comptoir des entrepreneurs, des chefs de publication de bilans infidèles et de diffusion d'informations fausses et trompeuses, notamment en raison de l'absence de constitution dans les comptes sociaux et les comptes consolidés du comptoir des entrepreneurs (en dépit des recommandations de ses commissaires aux comptes et de la commission bancaire) de provisions destinées à traduire la dépréciation des immeubles appartenant à ses filiales, dans un contexte d'accélération de la baisse du prix de l'immobilier au début des années 90.

-) Exemple tiré de l'affaire du « Crédit lyonnais »³:

Au terme d'une longue information, il a été confirmé que les comptes de la banque du crédit lyonnais ont dissimulé, de 1991 à 1993, la véritable situation financière de la société, les bénéfices enregistrés dans les comptes sociaux, les comptes consolidés et les informations financières n'étant que le résultat des divers artifices comptables. Les dirigeants de la banque ont alors été poursuivis et condamnés pour présentation de comptes annuels infidèles, diffusion d'informations fausses ou trompeuses, distribution de dividendes fictifs et complicité de ces délits. Dans le même temps, ont été relaxés l'administrateur de la société LCL, représentant l'état, actionnaire majoritaire, ainsi que le Directeur du Trésor, le Directeur de la banque de France en fonction et président la

¹ Cass.crim., 30 juin 1971, Bull.crim., n° 214.

² Cf, Eric Dezeuze, op.cit, p.44.

³ Cass.crim., 17 mai 2006, 10-2006, n°9 : « Actualités droit des sociétés commerciales ».

commission bancaire (poursuivis pour complicité) et les commissaires aux comptes, auxquels il était reproché d'avoir confirmé des informations mensongères en certifiant des comptes et de ne pas avoir révélé les faits délictueux au procureur de République. La partie civile s'est pourvue en cassation à l'encontre de l'ensemble de ces relaxes.

S'agissant dans un premier temps du gouverneur de la banque de France, la chambre criminelle rejette l'argumentation qui lui est présentée. Elle confirme la solution des juges d'appel qui ont décidé que, s'il est démontré que le prévenu était informé de la « faiblesse des provisions » proposées par la société LCL, il n'est pas établi qu'il ait participé personnellement à l'arrêté des comptes soumis à l'approbation du conseil d'administration de la banque. De plus, l'inaction qui pouvait lui être éventuellement reprochée quant à l'application de la loi bancaire Française n° 84-46 du 24 janvier 1984 caractérise une obtention postérieure à la commission des infractions et ne se peut par conséquent constituer un acte de complicité.

Concernant ensuite l'administrateur de LCL et la direction du Trésor, les hauts Magistrats font preuve de davantage de sévérité que la direction du Trésor, autorité de tutelle de la banque, que d'informations imprécises ou inexactes, en tout cas insuffisantes pour permettre de retenir l'absence de sincérité des comptes (et alors même que les prévenus n'ont pas participé à leur élaboration). Ils en ont donc déduit, l'absence d'élément moral accompagnant la commission de l'infraction. Au contraire, la cour de cassation énonce « qu'en se prononçant ainsi alors qu'elle relève que les prévenus avaient été informés de l'insuffisance des provisions constituées et de la nécessité de répartir sur plusieurs exercices les pertes devant être constatées et sans rechercher, comme l'y invitaient les conclusions de la partie civile, si J.P.B, administrateur du crédit lyonnais, tenu à une obligation d'information, n'avait pas effectivement voté, lors du conseil d'administration du 26 mars 1993, l'arrêté des comptes de l'exercice 1992 qu'il

savait inexacts, d'autre part, si J.C.T, son supérieur hiérarchique, ne lui avait pas donné pour instruction de voter en ce sens, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

Enfin, au sujet des délits reprochés aux commissaires aux comptes, la haute juridiction prononce également la cassation de l'arrêt d'appel.

3) Élément moral du délit :

La rédaction utilisée par les auteurs du décret législatif n°93-08 du 25 avril 1993, et aussi bien de la loi Française n°66-537 du 24 juillet 1966 énonçaient que les comptes infidèles devient avoir été publiés ou présentés sciemment en vue de dissimuler la véritable situation de la société. Cependant, lors de la codification du nouveau code de commerce Français, par l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000, les codifications ont estimé que l'adverbe « sciemment », traduisant l'élément intentionnel, devenait inutile « surabondant »¹, puisque l'article 121-3 du code pénal Français a posé le principe selon lequel les crimes et délits sont des infractions intentionnelles². Ainsi les actuels articles L. 241-3 et L. 242-6 du code de commerce Français ne comportent plus le terme « sciemment ».

Malgré la suppression de cet adverbe, le délit de présentation ou de publication de comptes non fidèles continue d'être une infraction intentionnelle, exigeant non seulement une intention ou dol général, mais encore un dol spécial, et ceux à l'égard surtout de la gravité des peines édictées.

¹ Cf, Ph. Conte, et W. Jeandidier, op.cit, p.185.

² Cf, H. Matsopoulou, le nouveau code de commerce et le droit pénal des sociétés, D.2001, p.2021. et aussi T. Garé, Brèves observations sur la recodification du droit pénal des sociétés, Bull Joly sociétés, 2000, p.885.

- Dol général :

Le dol général consiste dans la connaissance de l'inexactitude ou de la non fidélité des documents comptables¹, c'est ce que certains auteurs ont dénommé « la mauvaise foi connaissance »². Tel peut être le cas, si le président avait le souci de faire apparaître un résultat bénéficiaire, pour éviter la révélation d'une situation financière compromise³. Cette connaissance doit évidemment être antérieure ou concomitante à la présentation ou à la publication des documents litigieux⁴ ou à leur publication. L'intention coupable est un préalable à la révélation⁵. L'ignorance des inexactitudes susceptibles d'affecter les comptes a ainsi motivé, dans l'affaire du Crédit Lyonnais, la relaxe de l'administrateur représentant l'état au conseil d'administration de la banque alors encore publique⁶.

La mauvaise foi peut ressortir de la nature et de l'importance des inexactitudes des comptes⁷, et il appartient au ministère public de faire la preuve de la mauvaise foi, les décisions des juges du fond devant être motivées de façon claire et sérieuse à cet égard⁸.

La mauvaise foi pourrait résulter de l'existence d'une pluralité de bilans destinés à des personnes différentes⁹, de l'inscription d'une somme devant revenir à un associé au crédit du compte du gérant¹⁰, des manipulations

¹ Cf, J. Languier, Mauvaise foi et faux bilan, dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel, Dalloz, 1961, p.291.

² Cf, J. Deprez, l'élément intentionnel dans les délits relatifs au bilan, Le droit pénal des sociétés anonymes, Etude de droit commercial, sous la direction et avec une préface de J. Hamel., DALLOZ, 1955, p.240 et spécialement p.245.

³ Cass. crimi, 12 janv.1981, n° 79-93-455, Bull. crim, n° 10, J.C.P.G.1981, II, n° 19 660, note Y. Guyon.

⁴ Cf. Cass. crim, 24 janv 1946, Bull. Crim., n° 37.

⁵ Cf., P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.186.

⁶ T.G.I Paris, 11^e ch., 18 juin 2003 et CA Paris, 9^e ch, 23 fév.2005, préc.

⁷ Cass. crim, 8 févr.1968, n° 66-92-799, Bull. crim, n° 42, 9 aout.1989, n° 88-82-251, Rev Sociétés 1990, p.63, not B.Bouloc.

⁸ Cf., Ph. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.186.

⁹ Cass. crim, 14.janv.1980, n° 77-92-082, Bull. crim, n° 21.

¹⁰ Cass. crim, 22.mars.1982, n° 81-91-495, Bull. Joly Sociétés 1982, p.503.

informatiques destinées à modifier le résultat de l'exercice¹, ou bien du refus du président de reporter la tenue de l'assemblée générale si le retraitement des comptes imposait un tel délai².

En revanche, s'il s'agit d'erreurs, de négligences ou d'inexactitudes provenant de méthodes comptables discutables, le délit ne serait pas constitué³, mais l'existence de controverses ne peut pas causer l'emploi de procédés incorrects car un dirigeant ne peut ignorer que le défaut d'amortissement et de provision fausse le bilan, surtout si le commissaire aux comptes lui en a fait la remarque.

Les juges ne sauraient présumer la mauvaise foi du dirigeant car le plus souvent, celui-ci sait que les comptes ne sont pas exacts, mais les juges du fond ne peuvent le condamner au seul motif qu'il est le dirigeant⁴.

Il ne peut pas y avoir de délit, si la volonté délictueuse n'est pas établie. Tout au plus, l'infraction pourrait être retenue, s'il était démontré que les associés connaissaient la véritable situation de la société⁵.

- **Dol spécial :**

En outre du dol général, le délit n'est caractérisé que si l'auteur a été animé d'un dol spécial : il doit avoir agi en vue de dissimuler la véritable situation de la société. La loi n'exige pas que le résultat ait été obtenu ou que la présentation du bilan ait abouti à une dissimulation de la véritable situation de la société, il suffit que l'agent ait eu en vue d'atteindre ce résultat⁶, ce qui peut être établi par la

¹ Cass. crim, 26.mars.1990, n° 89-80-448, Bull. crim, n° 133.

² Cass. crim, 17 oct.2007, n° 07-81-033.

³ CA Paris, 12 janv.1965, D 1965, jur., p.687 ; note F. Goré, rev. Sociétés 1965, p.191 ; J. Larguier et Ph. Conte, Droit pénal des affaires..

⁴ Cass. crim, 2.mars.1983, n° 82-90-462, D.1983, I.R., p.492, CA Paris 24 nov 2005, Dr Sociétés avr.2006, comm 67, obs. R. Salomon.

⁵ Cf, Nicole Stolowy, les délits comptables, op.cit, p.94.

⁶ Cass. crim, 24.janv.1946, Bull. crim., n° 37.5

nature fictive de certaines écritures comptables¹, ou par le souci de ne pas révéler une situation compromise en dépit d'une apparente prospérité.

Par contre, certains auteurs ont pu constater l'inanité du dol spécial², car en effet son caractère vague le coule dans le dol général³, et comme exemple on peut citer un arrêt de la chambre criminelle du 26 mars 1990⁴ ayant affirmé que la présentation d'inexactitudes dans les comptes, en connaissance de cause révèle par là même la volonté de dissimuler la véritable situation de la société⁵.

Par contre, les mobiles ayant guidé l'auteur du délit sont sans incidence sur la constitution de l'infraction, qui sera caractérisée quand bien même, par exemple, le dirigeant aurait présenté ou publié des comptes insincères pour préserver les intérêts des actionnaires, voir même, s'agissant d'une banque, de la place financière⁶.

Enfin, en cette matière, le législateur n'envisage que le délit consommé. Il ne saurait y avoir place pour une tentative punissable, en l'absence d'un texte la prévoyant expressément. Tant que les comptes n'ont pas été présentés ou publiés, il peut être considéré qu'ils sont au stade de leur élaboration et donc que les erreurs peuvent être rectifiées sans constituer des faux.

C/ Poursuites et répression :

En cas de présentation ou de publication de comptes inexacts, le Procureur de la République pourrait agir spontanément c'est qu'en effet, normalement, les comptes sociaux une fois présentés aux associés, doivent être approuvés, puis

¹ Cass. crim, 25.juill.1989, n° 88-85-308, Bull. crim., n° 295, Gaz. Pal.1991, 1, jur, p.25, note J-P. Marchi.

² Cf, W. Jeandidier, Droit pénal des affaires, Dalloz, 6^e éd, 2005, n° 294.

³ Cf, F. Pasqualini, op. cit, n° 54.

⁴ Cass. crim, 26.mars.1990, n° 89-80-448, Bull. crim., n° 133, Rev. Sociétés 1990, p.632, note B.Bouloc.

⁵ Cf, J-H. Robert et H. Matsopoulou, Traité de droit pénal des affaires, PUF, coll. Droit fondamental, 2004, n° 305, p.492.

⁶ Comme ceci a pu être évoqué à l'occasion du procès sur les comptes du Crédit Lyonnais, cité précédemment.

déposés au centre national du registre de commerce. Si les éléments constitutifs de l'infraction semblent être réunis, le ministère public aurait la possibilité d'engager l'action publique d'office¹.

Toutefois, le simple examen des comptes sociaux déposés ne saurait suffire à faire apparaître leur irrégularité. Ce qui pourrait permettre de supposer l'existence d'un délit, ce serait une comparaison entre les exercices d'années successives. Mais il s'agit d'un travail complexe et technique, pour lequel le Procureur de la République n'a pas le loisir d'opérer dans le seul cadre de ses rapports avec le centre national de registre de commerce. Ce sera donc généralement à l'occasion de l'ouverture d'une procédure collective qu'il sera informé par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire. Dans le cas des sociétés faisant appel public à l'épargne, c'est l'autorité des marchés financiers qui, détectant les infractions, transmettra un rapport au parquet. Enfin, c'est aussi par l'obligation faites aux commissaires aux comptes de révélation des faits délictueux au parquet que l'action publique pourra être exercée².

Ainsi s'explique que de nombreuses poursuites comportent plusieurs qualifications : si les comptes annuels infidèles publiés sont les comptes de sociétés cotées, cette publication peut aussi être constitutive du délit boursier de diffusion d'informations fausses ou trompeuses, qui pourrait être seul retenu, cette incrimination étant plus spéciale³.

À noter aussi que la présentation des comptes annuels infidèles peut masquer des abus de biens sociaux préalablement commis et que, suite à cette présentation ou publication, le faux bilan peut être utilisé pour commettre des

¹ Pénal 10-07-1983, doss n° 29 045, revue judiciaire 1989 L1, p.368.

² Cf, Art 715 bis 13 du code de commerce : « Les commissaires aux comptes signalent à la plus proche assemblée générale les irrégularités et inexactitudes relevées par eux, au cours de l'accomplissement de leur mission. En outre, ils révèlent au Procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance... ».

³ Cf, Marie-Paule Lucas de Leyssac, Alexis Mihman, op.cit, p.405.

escroqueries¹. La Cour de cassation française a déclaré que pour reconnaître le prévenu coupable d'escroquerie la Cour d'appel énoncé, notamment que les dirigeants sociaux ont déterminé les actionnaires à souscrire aux augmentations de capital des sociétés S et B, aux prix proposés, après les avoir trompés sur la situation réelle des sociétés, en leur présentant des comptes ne donnant pas une image fidèle de cette situation².

En outre, un bilan inexact produit à des cessionnaires de parts sociales, a pu être considéré comme un usage de faux³.

1) Règles de fond :

Sanction :

Le délit étudié est une des infractions les plus graves du droit pénal des sociétés, exposant ses auteurs -ainsi que leurs complices- à une peine d'amende de 20.000 DA à 200.000 DA ou de l'une de ces deux peines seulement (pour les sociétés à responsabilité limitée, C.com., art.800, 3° - pour les sociétés anonymes, C.com., art.811, 2°. A titre de comparaison, ces peines sont également prévues pour le délit de distribution de dividendes fictifs ou pour le délit d'abus de biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix. La loi 03-11 relative à la monnaie et au crédit par son article 137, prévoit également à l'encontre des administrateurs et dirigeants de banque ou d'établissement financier, ainsi que les personnes au services de ces entreprises, une peine d'un an à trois mois d'emprisonnement et une amende de cinq millions de dinars (5.000.000 DA) à dix millions de dinars (10.000.000 DA), n'auront pas dressé l'inventaire, établi les comptes annuels dans les délais prévus par la loi et n'auront pas publié les comptes annuels dans les conditions prévues à l'article 103 (précédemment cité)

¹ Cf, Marie-Paule Lucas de Leyssac, Alexis Mihman, op.cit, p.405.

² Cass. crim., 30 oct 2002, n° 01-86-810 cité dans Lamy droit pénal des affaires, op.cit, p.847.

³ Cass. crim., 30 juin 2004, n° 03-85-313 Dr. sociétés 2005, comm. 19.

et enfin auront sciemment communiqué de faux renseignements à la Banque d'Algérie.

À noter aussi que cette infraction n'est pas menacée par la mode de la dépenalisation qu'ont connue les textes Français, le rapport Marini n'ayant pas ainsi proposé d'abroger cette incrimination et les textes dépenalisateurs de 2001, 2003 et 2004¹.

Par ailleurs, en droit Français, aux deux peines principales (l'emprisonnement de cinq ans et l'amende de 375.000 euros) s'ajoutent les peines accessoires de l'interdiction d'exercer une activité commerciale ou industrielle et les activités de démarchage bancaire et financier et de conseiller en investissements financiers, à condition que le tribunal ait prononcé une peine d'emprisonnement ferme d'au moins trois mois².

2) Personnes responsables :

Le délit a pour auteurs les présidents, administrateurs ou directeurs généraux des sociétés anonymes ayant choisi la forme traditionnelle de direction ; les membres du directoire des sociétés anonymes ayant opté pour la forme nouvelle de direction ; ainsi que tous ceux qui, directement ou par personnes interposées, ont en fait dirigé, administré ou géré les sociétés. Il faut préciser que le dirigeant social ne peut être auteur principal que s'il a cette qualité au jour de la présentation ou de la publication aux actionnaires des documents litigieux³. Il importe peu, en revanche, qu'ils n'aient pas participé à la délibération qui a décidé cette présentation ou à l'assemblée qui a approuvé les comptes⁴. En conséquence, doit être relaxé le prévenu qui, à la date de la présentation du bilan litigieux, n'était plus gérant, même si c'est lui qui a établi

¹ Cf, J. Larguier et P. Conte, op.cit, p.373.

² Cf, P. Conte, W Jeandidier, op.cit, p.189.

³ Cf, M.P Lucas de Leyssac, Alexis Mihman, op.cit, p.407.

⁴ Cass. crim., 20 juill 1977 : Bull. crim n° 267, JCP G 1977, 249.

les comptes¹. Toutefois, il pourrait être complice du délit de son successeur qui aurait présenté ses comptes infidèles, s'il était établi qu'il y avait eu entre eux un concert frauduleux²

Les dirigeants de fait sont aussi incriminés³. Ainsi, a pu être déclaré coupable de présentation de bilan t, en sa qualité de dirigeant de fait, le directeur commercial qui prenait les décisions importantes, fixait les salaires, décidait des investissements et avait joué un rôle déterminant dans la mise en place des procédés frauduleux⁴.

Les complices :

Les auteurs principaux de l'infraction peuvent avoir été aidés dans leur entreprise par des complices. Ainsi sont considérés comme complices : les personnes qui étaient administrateurs de la société au moment de la préparation des états coupables infidèles, mais qui ont cessé leurs fonctions lors de la publication ou de la présentation⁵. Le dirigeant d'une autre société qui, professionnel avisé de la promotion et des transactions immobilières, connaissait la fausseté des comptes et a participé en connaissance de cause à une opération de déconsolidation fictive en ayant fourni sciemment à l'auteur principal l'aide et l'assistance dans les actes qui avaient permis d'obtenir la certification des comptes et ensuite leur présentation et leur publication⁶.

En pratique sont considérées aussi comme complices les personnes qui appartiennent au service comptable ou financier de la société, les professionnels

¹ Crim., 11 mai 1995, Dr.pén.1995, commu.205, Obs. J.-H. Robert.

² Cf, M-P Lucas de Leyssac, Alexis Mihman, op.cit, p.407.

³ Article 805 du code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée, article 834 du code de commerce pour les sociétés par actions.

⁴ Cf, Eric Dezeuze, op.cit, p.46.

⁵ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, p.846.

⁶ Cass. crim., 29 nov 2000: Juris-Data n° 2000-00 8063, Bull. Crim., n° 359; Rev. sociétés 2001, p.380, note B. Bouloc.

de la comptabilité, tels des experts comptables ou même des commissaires aux comptes.

- **Cas des experts comptables :**

Ils se rendent complices du délit si, par exemple, ils acceptent, sur demande des dirigeants, de faire apparaître, par des artifices, une situation positive¹ ou de manipuler, sans justification, les postes du bilan².

- **Cas des commissaires aux comptes :**

Apriori, ils ne devraient pas pouvoir être complices du délit étudié, puisqu'ils ne doivent pas s'immiscer dans la gestion et l'établissement des comptes annuels qui est incompatible avec leur mission de contrôle légal. Mais il arrive qu'ils participent à l'élaboration des comptes infidèles. Tel a été le cas dans l'arrêt ayant admis que le délit pouvait se commettre par présentation individuelle de comptes infidèles à un banquier pour le déterminer à une ouverture de crédit. Le commissaire aux comptes avait été l'instigateur de la falsification des comptes présentés au banquier. Il a donc été condamné de complicité³.

Aussi dans un arrêt de 1983, le commissaire aux comptes qui avait participé à la falsification des comptes a été condamné pour complicité de présentation de comptes infidèles et pour confirmation, par sa certification, par sa certification, d'informations mensongères⁴. Ce cumul de condamnations est sévère mais il paraît pour certains auteurs bien fondé dès lors que le commissaire aux comptes a couvert, par sa certification, des mensonges autres que ceux dont il a été l'instigateur. Or, cela semble avoir été le cas dans cet arrêt.

¹ Cass. crim., 4 janv 1969 : Bull. crim, n° 8 – CA Paris, 30 juin 183 : Gaz. Pal.1983, 2, p.63.

² Crim., 30 juin 1999 : Juris-Data n° 1999-00 3456.

³ Crim., 13 févr 1997, Bull. crim., n° 61, Rev. Societies 1997, p.595, note B. Bouloc.

⁴ Crim., 2 mars 1983 : Bull. ENCC, n° 54, juin 1984, p.206, note E du Pontavice.

L'affaire des comptes du Crédit Lyonnais citée auparavant a illustré une hypothèse originale et rare de responsabilité potentielle, où les anciens gouverneurs de la Banque de France et le Directeur du Trésor étaient poursuivis devant le tribunal correctionnel de Paris comme complices des dirigeants de la banque publique, suspectés qu'ils étaient d'avoir donné à ces derniers des instructions en vue de l'arrêté de comptes inexacts. Ils ont été relaxés par le tribunal (approuvé par la Cour d'appel de Paris) qui a considéré que la preuve de cette accusation n'était pas rapportée¹.

En France, et pour les faits commis depuis le 31 décembre 2005 (et l'entrée en vigueur de la modification apportée à l'article 121-2 du code pénal par l'article 54 de la loi « Perben II » du 9 mars 2004), la société elle-même pourrait se voir déclarer pénalement responsable pour une présentation ou une publication de ses propres comptes infidèles, si ce délit a été commis pour son compte et par l'un de ses organes ou représentants².

En Algérie, aussi le législateur reconnaît par l'article 51 bis du code pénal (loi n° 04-15 du 10/11/2004), la responsabilité de la personne morale lorsque les infractions sont commises pour son compte par ses organes ou représentant légaux³.

Bien entendu, cette hypothèse originale soulève beaucoup de difficultés, qui seront évoquées par la suite.

¹ TGI Paris, 11^e ch, 18 juin 2003 et CA Paris, 9^e ch. A, 23 févr, 2005, préc.

² Cf, C. Mascala, L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales : La fin du principe de spécialité, Bull. Joly Sociétés 2006, p.5 ; E. Dezeuze, op.cit, p.47.

³ Art 51 bis, Loi n° 04-15 du 10/11/2004, code pénal Algérien : « La personne morale, à l'exclusion de l'Etat, des collectivités locales et des personnes morales de droit public, est responsable pénalement lorsque la loi le prévoit, des infractions commises, pour son compte par des organes ou représentants légaux. La responsabilité pénale de la personne morale n'exclut pas celle de la personne physique auteur ou complice des mêmes faits ».

3) Action civile des victimes :

Conformément à l'article 2 et 3 du code de procédure pénale, et aussi l'article 2 et 3 du code de procédure pénale français, toute personne, ayant subi directement un préjudice personnel résultant de la commission d'une infraction, peut exercer l'action civile soit devant le juge pénal, soit devant une juridiction civile.

- **Action civile exercée devant le juge pénal :**

Du fait que les comptes non fidèles donnent une fausse idée de la situation réelle d'une société, l'on pourrait penser qu'il s'agirait d'une infraction d'intérêt général, ne pouvant permettre l'exercice d'actions privées. Toutefois, la jurisprudence française ne devait pas consacrer cette thèse, en se fondant sur les articles 2 et 3 du code de procédure pénale algérien qui permettent aux victimes d'une infraction pénale à demander au juge répressif la réparation du préjudice que lui a directement et personnellement causé cette infraction¹.

Toutefois, le fondement de leur recevabilité varie selon qu'il s'agit d'actionnaires qui le sont devenus après la publication des comptes infidèles ou qui l'étaient avant la présentation des comptes infidèles.

- Actionnaires ayant acquis cette qualité après la publication des comptes infidèles, ils sont recevables à se constituer partie civile si l'acquisition des titres leur ayant conféré cette qualité a été déterminée par les informations données lors de la publication des comptes². Il faut donc un lien de causalité entre l'acquisition de la qualité d'actionnaire et la publication des comptes, la chambre criminelle française veillant, au stade du bien fondé de la constitution de partie civile, à ce que ce lien soit certainement établi³.

¹ Cf, Eric Dezeuze, op.cit, p.47.

² Crim., 30 janv 2002, Bull. Joly 2002, p.797, note Barbiéri, Dr. Pén 2002, comm.73, obs. J.-H Robert cité dans Marie. Paule Lucas de Leyssac, Alexis Mihman, op.cit, p.409.

³ Crim., 5 mai 2004, n° 03-82-801, Bull. Joly sociétés 2004, p.1250, note Barbiéri J.-F, Revue. Sc. Crim 2005, p.313, Obs, D. Rebut.

-
- Actionnaire ayant acquis cette qualité avant la publication des comptes infidèles, ils sont, eux aussi, recevables à se constituer partie civile¹. L'idée qui fonde leur recevabilité est qu'ils peuvent avoir maintenu leur investissement dans la société en raison de l'infidélité des comptes qui leur a faussement fait croire en sa prospérité, de sorte qu'ils ont ainsi perdu la chance de limiter leurs pertes financières. Certains auteurs² ont adressé deux critiques à cette justification :
- La première critique tient à ce que le caractère direct du préjudice par perte d'une chance est contestable car les considérations déterminant le maintien d'un investissement peuvent être multiples.
 - La seconde critique tient à ce que, selon la jurisprudence relative à l'abus de biens sociaux, les actionnaires agissant à titre personnel ne sont pas recevables à se constituer partie civile du chef de ce délit, au motif que le préjudice qu'ils situent dans la dépréciation de leurs titres se confond avec le préjudice social, de sorte qu'il n'est ni personnel, ni direct. La jurisprudence admettant la recevabilité des actionnaires du chef de ce délit serait donc en contradiction avec celle relative à l'abus de biens sociaux. Cette critique se comprend mais elle n'est pas selon ces mêmes auteurs nécessairement fondée, car l'incrimination de la présentation de comptes infidèles tient à ce que ces comptes ont pour objectif premier de déterminer les droits patrimoniaux des actionnaires et à ce qu'ils ont une valeur juridique en raison de l'approbation à laquelle ils doivent donner lieu. En conséquence il leur paraît, qu'en raison de la ratio legis, la présentation de comptes infidèles cause aux actionnaires un préjudice de droit qui, mutatis mutandis, est

¹ Crim., nov 1991, Bull. 394, Rev.soc.1992, p.91, note B. Bouloc, admettant la recevabilité de personnes ayant acquis des titres peu de temps avant la publication des comptes infidèles, au motif que le bilan inexact avait servi de base à l'évaluation de leurs titres ; crim., 30 janv 2002, Bull. 14, Bull. Joly 2002, p.797, note J.-F Barbiéri, admettant la recevabilité d'un porteur de certificat d'investissements qui avaient été acquis avant l'exercice sur lequel portaient les comptes infidèles.

² Cf., Marie-Paule Lucas de Leyssac, Alexis Mihman, op.cit, p.410.

comparable au préjudice de droit du faux de l'article 441-1¹ du code pénal Français et aussi l'article 219 du code pénal Algérien. A ce préjudice de droit, qui pourrait suffire à fonder la recevabilité des actionnaires, pourrait s'ajouter un préjudice matériel ou de fait si ces derniers établissaient positivement que c'est la présentation des comptes infidèles qui les a déterminés à conserver des titres dévalués :

Certains auteurs aussi considèrent même que des tiers, ayant traité avec la société, pourraient exercer l'action civile, dès lors qu'ils prouveraient avoir subi un préjudice direct².

Ce point de vue a été admis par un arrêt de la cour de cassation Française du 08 mars 2006³. Mais cette dernière solution pourrait plus exactement être justifiée par le fait que le faux bilan est le document venant renforcer le mensonge du dirigeant, de sorte qu'il s'agirait d'une escroquerie dont le tiers pourrait se plaindre⁴. En revanche, si le faux bilan n'a pas déterminé le prix de cession des actions où l'acquéreur à prendre sa décision, le cessionnaire ne peut pas recevoir d'indemnisation. La Cour de cassation française à même admis que les héritiers d'un actionnaire trompé par des comptes sociaux inexacts étaient en droit d'obtenir la réparation du préjudice moral subi par leur auteur⁵.

Concernant aussi les créanciers, il convient de distinguer selon que la société n'est pas ou au contraire est soumise à une procédure collective.

¹ Ce préjudice de droit fonde la recevabilité des personnes concernées par un faux dont il n'a pas été fait usage.

² Cf., A. Touffait, J. Robin, A. Audureau et J. Lacoste, *Délits et sanctions dans les sociétés*, Sirey, 2^e éd, 1973, n° 213 ; Cf. également, F. Pasqualini, délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle, *J.-Cl. Sociétés*, Fasc, 174-4, n° 8.

³ Cass. crim., 8 mars 2006, n° 05-81-153, *Bull. Joly Sociétés* 2006, n° 7, note Matsopoulou H., *Rev. sociétés* 2006, p.880, *Obs. Bouloc*. B.

⁴ Cass. crim., 13 fév 1997, n° 36-81-641, *Rev. Sociétés* 1997, p.575, *Obse B. Bouloc*.

⁵ Cass. crim., 30 oct 2002, n° 01-86-810.

La société n'est pas soumise à une procédure collective :

Dans ce cas, les créanciers sont recevables à se constituer partie civile, s'il existe un lien de causalité entre la présentation¹ ou la publication² des comptes infidèles et la décision de contracter avec la société qui les a rendus créanciers. La recevabilité des créanciers suppose donc qu'ils aient acquis cette qualité après la présentation ou la publication des comptes infidèles. Donc, si cette qualité a été acquise avant cette présentation ou publication, les créanciers ne sont pas recevables.

Ce principe négatif de solution pourrait souffrir à l'exception au cas où la publication des comptes infidèles aurait conduit les créanciers à ne pas faire jouer certains de leurs droits attachés à leur créance.

C'est ce dont atteste un arrêt du 6 septembre 2000³. Une banque s'était constituée partie civile contre les commissaires aux comptes qui, en connaissance de cause avaient certifié des comptes infidèles. Le prêt consenti par cette banque était antérieur au délit des commissaires aux comptes, elle a été déclaré irrecevable à se constituer partie civile par les premiers juges. Cette décision d'irrecevabilité a été cassé au motif que la banque avait subi un préjudice direct et certain tenant à ce qu'elle avait perdu la chance de limiter son risque financier, notamment, en substituant d'autres garanties au nantissement d'actions devenues sans valeur, d'autres garanties de remboursement ou en prononçant la déchéance du terme et, plus généralement, en agissant efficacement pour préserver ses intérêts. Or, une telle motivation pourrait valoir pour le délit étudié, celui-ci trouvant sa cause dans la nature juridique des

¹ Cass. crim., 13 fév 1997, n° 96-81-641, Bull. Crim., n° 61, Rev. Sociétés 1997, p.595, note Bouloc. Bouloc. B. cet arrêt de la cour de cassation française a jugé que la banque ayant accordé des concours financiers à la société était également en droit d'agir, peu important que ladite banque ait fait preuve de certaines négligences.

² Crim., 4 oct 1996, RSC 1997, p.395, Obs. J.- Renucci.

³ Cass. crim., 6 sept 2000, n° 00-80-989, Dr.pén.2000, comm 138, note J.- H. Robert, Rev. Soc. crim 2201, p.395, Obs.J.-Renucci.

comptes annuels qui ont pour objet de déterminer les droits patrimoniaux des actionnaires mais, aussi, le gage des créanciers qui est une garantie de recouvrement de leur créance.

La société est soumise à une procédure collective :

Dans ce cas, l'exercice de l'action en réparation du préjudice causé par la présentation ou publication des comptes infidèles appartient aux représentants des créanciers ou au commissaire à l'exécution du plan. En effet, dans un arrêt du 25 septembre 1997, il a été admis que ce commissaire était recevable à se constituer contre des dirigeants dont la présentation des comptes infidèles avait généré une notable aggravation du passif¹.

Quant aux personnes non admises à se constituer partie civile, tout d'abord il s'agit des commissaires aux comptes auxquels le délit ne cause aucun préjudice personnel². Ensuite, il s'agit des syndicats professionnels, leur préjudice étant jugé indirect³. Enfin, il s'agit du comité d'entreprise, le préjudice mis en avant par ce comité étant lui aussi jugé indirect⁴.

Action civile exercée devant le juge civil :

La jurisprudence Française considère que le tribunal de commerce pourrait être compétent en matière d'actions exercées par les victimes d'agissements fondés sur une présentation ou une publication de comptes non fidèles⁵.

En Algérie, les victimes de ce délit peuvent exercer une action devant le tribunal (section commerciale) conformément à l'article 531 du code de procédure civile et administrative : « La section commerciale connaît des litiges commerciaux... ».

¹ CA Paris, 28 mai 1986, GP 1986.2.479, note J.- P. Marchi.

² Cf, Marie-Paule Lucas de Leyssac, Alexis Mihman, op.cit, p.412.

³ Crim., 11 mai 1999, Bull.89 ; Crim., 29 nov.2000, Bull.359, Rev.Soc.2001, p.380, note.B.Bouloc.

⁴ CA Paris, 28 mai 1986, GP 1986.2.479, note J.-P.Marchi.

⁵ Cass. crim., 7 avr.1967, D.1968, jur., p.61, note Calais-Auloy.J.

Les personnes mises en cause pourraient être les gérants, les présidents, administrateurs ou directeurs généraux de sociétés anonymes, ou les membres du directoire et du conseil de surveillance de ces mêmes sociétés¹. Cette action pourra également être exercée à l'encontre des spécialistes de la comptabilité (comptable de la société, commissaires aux comptes).

Au dirigeant ayant manipulé les comptes, il est possible de reprocher une faute pour violation des dispositions légales. Cette action doit être intentée dans un délai de trois ans à compter de la survenance du fait dommageable ou de sa révélation². Elle peut l'être, malgré une décision de non-lieu ou de relaxe du chef d'abus de biens sociaux, dès lors que les fonds versés à un tiers avaient été comptabilisés sous une fausse mention pour dissimuler l'opération³.

Les associés et les tiers pourraient exercer une action civile contre les techniciens de la comptabilité, et à l'encontre du commissaire aux comptes, il est possible de reprocher un délit de non-révélation de faits délictueux. Mais cette infraction n'autorise pas le juge pénal à condamner le commissaire aux comptes au paiement de l'intégralité du dommage que prétendent avoir subi les associés ou les tiers. En effet, les juges sont peu favorables aux constitutions de partie civile à l'encontre des commissaires aux comptes, car la faute commise est difficilement en relation directe avec le dommage allégué⁴.

¹ Art 715 bis 23 du code de commerce: « les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou, envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés par actions, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal... détermine la part constitutive de chacun dans la réparation du dommage ».

² Cf, Lamy droit penal des affaires, op.cit,n° 1999, p.856.

³ Cass. crim., 9 nov 1993, n° 89-20 660, Bull.civ. IV, n° 401.

⁴ Cass. crim., 24 janv. 1978, n° 76-91 129, Bull. Crim., n° 28; Cf. encore, car les deux délits ne sont pas connexes, Cass. crim, 7 juin 1993, n° 92-83 681, Dr. pén 1993, commu. 220, obs. M. Véron ; cass. crim., 17 nov 2004, n° 03-82 657, Bull. crim, n° 291, RJDA 2005, n° 403, p.335.

Pour toutes ces raisons, les associés ou les tiers auront plutôt avantage à invoquer une faute civile devant le juge civil. L'action exercée devant ce dernier se prescrit par trois ans¹.

Devant le juge civil, il est en effet possible de reprocher au commissaire aux comptes son absence d'interventions utiles, alors que les dirigeants avaient commis de multiples détournements et que la situation de la société avait dissimulée plusieurs années de suite, par des manipulations comptables².

Les commissaires aux comptes qui, en l'absence de diligences approfondies, certifient la régularité et la sincérité du bilan engagent leur responsabilité envers un tiers repreneur³.

Ils l'engagent aussi au profit des actionnaires ayant souscrit à une augmentation de capital⁴.

Les commissaires aux comptes peuvent aussi se voir reprocher la certification erronée des comptes, ayant permis la poursuite d'une activité déficitaire et retardé la constatation de la cessation des paiements⁵.

Les commissaires aux comptes peuvent également être déclarés civilement responsables des infractions commises par les administrateurs, lorsque, en ayant en connaissance, ils ne les ont pas révélées dans leur rapport à l'assemblée

¹ Art 715 bis 26 du code de commerce : « L'action en responsabilité contre les administrateurs, tant social qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans ».

² CA. Paris, 23 févr 1978, Rev. sociétés 1979, p.92, note du E. Pontavice.

³ CA. Paris, 1^{er} fév 1984, Rev. sociétés 1984, p.779, note D. Schmidt, Cass. commu., 21 jan 1997, n° 94-18 257, Bull. Joly sociétés 1997, p.417, note J.-Cl Halouin.

⁴ Cass. com., 12 nov 1992, n° 90-18 502, Bull. Joly sociétés 1993, p.93.

⁵ CA. Paris, 6 oct 1999, JCP E 1999, n° 51-52, p.2043, Bull. Joly sociétés 2000, p.34, note F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno, Bull. CNCC 1999, p.668, note P. Merle.

générale¹. Bien évidemment, les actionnaires et les tiers devront établir le préjudice résultant de la faute commise².

Parfois, la justice se montre indulgente à l'égard du commissaire aux comptes qui ne s'est pas aperçu que le comptable salarié, en imitant la signature du président a détourné de l'argent, comme le montre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 novembre 2000³. Le Président de la société avait fait preuve d'une confiance aveugle, car, après avoir constaté que la comptabilité était mal tenue et que les chèques avaient disparu, l'avait gardé le comptable sans le surveiller. En l'espèce, la faute de la société avait absorbé celle du commissaire aux comptes. Mais, comme l'a remarqué Yves Guyon, la jurisprudence de la Cour de cassation, tout en jugeant que le commissaire aux comptes n'est tenu que d'une obligation de moyens, lui impose des diligences de plus en plus précises⁴.

Mais des difficultés se présentent au niveau de la preuve ou du bien de causalité. Il est certain qu'une expertise pourra être nécessaire, tandis que la détermination de la relation de causalité se montre parfois aléatoire.

En définitive, lorsque les comptes ne sont pas le reflet exact de la situation, il est permis d'agir soit contre ceux qui ont méconnu leurs obligations comptables, soit contre les commissaires aux comptes, dont la mission est précisément de contrôler l'activité des dirigeants. Les voies civile et pénale sont ouvertes. L'avantage de la voie pénale est de faciliter la découverte d'éléments

¹ Art 715 bis 14 du code de commerce : « les commissaires aux comptes sont responsables tout à l'égard de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions. Ils ne sont pas civilement responsables des infractions commises par les administrateurs ou les membres du directoire, selon le cas, sauf si, en ayant en connaissance, ils ne les ont pas révélés dans leur rapport à l'assemblée générale et/ou au procureur de la république.

² Cass. com., 21 nov 1989, n° 87-20 209, Bull.CNCC 1990, p.24, note E. Du Pontavice.

³ CA Paris, 15 nov 2000, Rev.sociétés 2001, p.133, note Y. Guyon.

⁴ Cass. crim., 27 oct 1992, n° 90-21-127, Rev.sociétés 1993, p.86, note D. Vidal ; Cass.com., 11 juill 2000, n° 96-13-668, Bull.civ. IV, n° 144.

de preuve. Ainsi, s'explique le nombre d'actions engagées contre les dirigeants et/ou les commissaires aux comptes.

- **Prescription de l'action publique :**

De manière générale, la présentation ou la publication de comptes non fidèles étant un délit, la prescription est acquise à l'expiration d'un délai de trois ans courant à partir du dernier acte de commission, lequel consiste en la présentation ou la publication des comptes. De tels actes sont parfaitement localisables dans le temps. En principe, la prescription de trois ans court donc du jour où l'infraction s'est trouvée ainsi consommée.

La jurisprudence française admet parfois un retard dans le point de départ du délai de la prescription, lorsque l'infraction a été dissimulée¹. Ce retard n'a cependant été consacré que par les juges du fond. En effet, la chambre criminelle a posé en principe que le caractère instantané du délit avait pour conséquence que sa prescription commençait à courir du jour de la présentation ou de la publication des comptes infidèles².

Sans doute certains auteurs ont estimé que cette solution était surprenante au regard de celle consacrée par la Cour de cassation Française en matière d'abus de biens sociaux³.

Mais la haute juridiction a maintenu sa jurisprudence, comme en témoignant des arrêts du 9 juillet 1996⁴. Cependant, par suite de la fixation du point de départ du délai de la prescription du délit d'abus de biens sociaux à compter de la présentation des comptes annuels sociaux à compter de la

¹ CA. Paris, 12 janv 1965, D 1965, p.687 ; CA Paris, 18 mai 1965, GP 1965, II, p.260.

² Cass. crim., 18 mars 1986, n° 85-94-491, Bull. crim., n° 109, Rev. sociétés 1987, p.85, note B. Bouloc.

³ Cass. crim, 10 août 1981, n° 80-93.092, Bull. crim, n° 244, Gaz. Pal 1981, 2, jur., p.696, note J. Cassom.

⁴ Cass. crim., 9 juill 1996, n° 95-85.418, D. aff. 1996, p.425, Cass. crim., 20 févr 1997, n° 96-81.613, Rev. sociétés 1997, p.572, note M-P. de Leyssac.

présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses sont mises à la charge de la société, sauf dissimulation, il est permis d'observer une harmonisation des solutions¹.

En tout cas, il est clair que le délit de présentation ou de publication de comptes non fidèles est une infraction instantanée. Le délai de la prescription ne peut courir que du jour de la présentation ou de la publication des documents comptables².

En se fondant sur sont demandé si, outre la présentation des comptes aux associés, le délai de la prescription ne pourrait pas courir à nouveau du fait d'une publication. A vrai dire, l'arrêt reprochait à la chambre d'accusation de ne pas avoir procédé à des recherches quant à une publication postérieure à la présentation des comptes sociaux. Et il semble que si le plaignant était associé, il n'y avait pas lieu de retenir la publication ultérieure comme renouvelant le délit. En revanche, s'il n'était pas associé, il n'a pas pu être concerné par la présentation, et, de ce fait, le délai de la prescription ne devrait courir qu'à partir de la publication.

Contrairement à l'opinion des éminents commentateurs, le fait de la publication n'a pas pu renouveler le délit, si les comptes non fidèles sont ceux qui ont déjà été présentés aux associés.

En cas d'infractions multiples pouvant avoir des liens entre elles, la jurisprudence considère qu'elles sont connexes et peuvent être jugées en même temps (par ex, présentation de comptes non fidèles et abus de biens sociaux). La

¹ Cass. crim., 5 mai 1997, n° 96-81.482, Bull. crim, n° 159, Rev. sociétés 1998, p.127, note B. Bouloc.

² Cf., J-H. Robert et H. Matsopoulou, Traité de droit pénal des affaires, PUF, Coll. Droit fondamental, 2004, n° 305, p.492.

Cour de cassation Française en déduit que l'acte interruptif à l'égard de l'une des infractions produit le même effet à l'égard des autres¹.

Par ailleurs, la présentation des comptes sociaux doit d'autant plus être fidèle que c'est elle que permet souvent de faire apparaître le délit d'abus de bien sociaux et de faire courir le délai de prescription de cette infraction.

Section 02 : La fictivité du dividende

Pour que le délit soit caractérisé, il faut que les dividendes aient été distribués en l'absence de bénéfices². Cette condition se trouve réalisée lorsque, après rétablissement des chiffres véritables de l'actif et du passif, tels qu'ils auraient dû être portés au bilan, il apparaît qu'en réalité il n'y avait pas de bénéfices ou que les bénéfices étaient insuffisants pour permettre la distribution.

En effet, il est facile de comprendre qu'il n'y ait pas d'inventaire mais que l'on ait néanmoins réalisé des bénéfices. Il pourrait même se faire que des fraudes aient été commises dans l'établissement du bilan mais que, de l'autre côté, des omissions dans l'actif, volontaires ou non, compensent le déficit résultant de ses fraudes. En d'autres termes, la fictivité du dividende comme deuxième élément ou condition de délit est indépendante de l'inexactitude du bilan qui est une des conditions essentielles pour que le délit de bilan inexact soit caractérisé. Cette inexactitude du bilan n'est alors qu'un moyen de réalisation de la fictivité du dividende et non une de ses conditions³.

Un dividende, c'est-à-dire la fraction des bénéfices nets attribuée annuellement aux actionnaires, ne peut être fictif en lui-même ; ce qui peut être fictif, c'est le bénéfice net ainsi distribué⁴.

¹ Cass. crim., 19 juin 1997, n° 96-83.274, Bull. crim., n° 250 ; cass. Crim., 17 nov 2004, n° 03-82.657, Bull. crim., n° 291.

² Crim., 13 fév 1997, Rev. Soc 1997, p.575, note B. Bouloc.

³ Cf, C. Voutsis, op.cit, p 61.

⁴ Cf, Léon Constantin et Maurice Aydalot, op.cit, p 625.

La fictivité des dividendes distribués implique que les dividendes ont été réparties en l'absence de bénéfices. Mais quel sens convient-il d'attribuer aux termes « dividendes fictifs » ?

Avant la loi de 1966 en France, et depuis 1937, deux thèses s'opposaient à ce sujet :

- **Selon quelques auteurs :** les dividendes fictifs sont prélevés sur le capital social, c'est-à-dire les distributions de sommes qui n'étaient pas représentées par un excédent de l'actif sur le passif¹.
- **Selon d'autres auteurs :** il y avait dividende fictif toutes les fois que le dividende était distribué sur les bases d'un bilan inexact faisant ressortir un bénéfice supérieur à celui effectivement réalisé au cours de l'exercice.

Comme le précise le dernier alinéa de l'article L.232.12 de la loi Française et l'article 723 du code de commerce algérien², est fictif tout dividende distribué en violation des règles énumérées par cet article qui ne permet que l'attribution aux associés ou actionnaires d'une part des sommes distribuables ou d'un acompte sur dividende.

L'article L.232-11 Français et l'article 722 Algérien prévoient que le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des

¹ Cf, Henry Blaise, « la notion de dividendes fictifs », le droit pénal spécial des sociétés anonymes, études de droit commercial sous la direction de Joseph Hamel, ISJF appliquées aux affaires, Faculté de droit de Paris, DALLOZ, Paris, 1955, p 285.

² Art 723 du C.C.A : « après approbation des comptes et constatation de l'exercice de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous formes de dividende. Tout dividende distribué en violation de ces règles constitue un dividende fictif.

Toutefois, ne constituent pas des dividendes fictifs les comptes à valoir sur les dividendes d'exercice clos ou en cours dont le conseil d'administration décide la répartition avant que les comptes de ces exercices aient été approuvés :

- 1- Lorsque la société dispose, après la répartition décidée au titre de l'exercice précédent, de réserves autres que celle prévue à l'article 721, d'un montant supérieur à celui des acomptes.
- 2- Ou 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 a réalisé, au cours de l'exercice, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, et déduction faite, s'il y a lieu des pertes antérieures, ainsi que du prélèvement prévu à l'article 311, des bénéfices nets supérieurs au montant des acomptes.

pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report déficitaire.

L'assemblée peut toutefois décider de mettre en distribution des sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition.

En outre, hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut intervenir si elle a pour effet de porter les capitaux propres de la société à un niveau inférieur au montant de capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer¹.

Par ailleurs, la fictivité des bénéfices peut résulter de la distribution de bénéfices alors que les frais de constitution de la société ne sont pas complètement amortis ou lorsque les pertes des exercices antérieurs ne sont pas épongées par les bénéfices de l'exercice².

Sous section I : Le principe de la fixité du capital social critère de fictivité

La connaissance du capital engagé par les associés représentant une fonction subalterne de la protection des créanciers tant que la responsabilité était illimitée. Dans la mesure où celle-ci est limitée aux apports, il devient fondamental de s'assurer de l'existence dans l'entreprise de leur valeur. C'est la raison pour laquelle est édictée, à mots couverts, le principe de fixité ; car, il convient également de ne pas décourager les actionnaires et donc être en mesure de leur assurer un dividende, même en l'absence de bénéfices³.

Pendant longtemps, le principe de la fixité du capital social était considérée comme le critère unique permettant de distinguer si un dividende distribué aux actionnaires était réel ou fictif⁴.

¹ Cf, Eric Dezeuze, op.cit, p.48.

² Cf ,Nicole Stolowy, les délits comptables, op.cit, p.101.

³ Nicolas Praquin, op.cit,p.275.

⁴ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.61.

D'après ce principe, pour qu'il y ait bénéfice il ne suffit pas que les résultats d'un exercice, pris isolément, soient bénéficiaires, mais il faut encore que le capital social soit intact, c'est-à-dire que la société possède un actif au moins égal à son passif réel et au montant de son capital nominal. Seul, par conséquent, le dividende qui entame le capital social est un dividende fictif.

L'atteinte à la fixité du capital social, serait-elle nécessaire pour fonder le critère de fictivité du dividende ?

En examinant la notion de capital social, le principe de la fixité dans sa signification et la nécessité de reconstituer le capital en cas de pertes, pourra plus facilement aider à comprendre la valeur exacte de ce critère.

A) La notion de capital social :

La plupart des auteurs insistent en définissant le capital social, qu'il est constitué de l'ensemble des apports faits par les associés à la société, le capital est ainsi avant tout, le chiffre représentant la valeur des apports, mis en commun¹, qui doit servir de base aux opérations sociales pendant le fonctionnement de la société, et de base à la répartition des valeurs sociales au moment de la liquidation.

Jean Thaller définit le capital social comme : « Le capital est une ligne d'arrêt tout idéale tracée dans l'actif, sans identifier des valeurs précises, autour du cercle de la valeur primitive des apports. Dans l'intérieur de ce cercle, la société prend l'engagement de ne pas retirer cet actif et elle le rend indisponible

¹ Art 416 du code civil modifié par la loi n° 88-14 du 3 mai 1988 (J.O n° 18, p.541) : « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes physiques ou morales conviennent à contribuer à une activité commune, par la prestation d'apports en industrie, en nature ou en numéraire dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter, de réaliser une économie, ou, encore, de viser un objectif économique d'intérêt commun... ».

au regard des créanciers ; tout ce qui déborde de ce cercle demeure disponible, les associés gardant la faculté d'en faire la distribution entre eux »¹.

Il faut cependant remarquer, que le capital social, dont l'intangibilité trouve son fondement juridique dans l'interdiction légale de reprise par les associés de leurs apports, et constitue pour la doctrine classique le critère de fictivité du dividende, ne se confond pas nécessairement avec la somme des apports et, par conséquent, le critère de fictivité fondé sur le principe de la fixité du capital social n'est pas général.

Mais c'est surtout dans le cas des apports en industrie, des primes d'émission et des réserves incorporées un capital que le divorce entre la notion de capital et celle d'apport apparaît le plus manifeste. Donc, la notion de capital social se trouve à certains égards plus ou moins large que la notion d'apport.

Le capital nominal suppose l'estimation des apports en nature et leur libération intégrale lors de la constitution définitive de la société, les apports en industrie ne peuvent y figurer².

Le capital, alors n'est pas la somme de tous les apports mais seulement la somme de certains d'entre eux. Il en est de même des primes d'émission.

¹ Cf, Jean Thaller, « De l'augmentation du capital par transformation en actions soit du passif soit des réserves de la société », annales de droit commercial, 1907, p.194, cité dans N. Praquin, op.cit, p.273.

² Art.567, al.1 du code de commerce : « Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés et intégralement libérées, qu'elles représentent des apports en nature ou en numéraire. Elles ne peuvent représenter des apports en industrie. La répartition des parts est mentionnée dans les statuts... », cet article a été aboli par la loi n°15-20 du 30/12/2015 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 26/09/1975 portant code de commerce (JORADP n° 71 du 30 décembre 2015).

Et aussi art.596 du code de commerce : « Le capital doit être intégralement souscrit.

Les actions en numéraire sont libérées, lors de la souscription, d'un quart ou moins de leur valeur nominale. La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre de commerce. Il ne peut être dérogé à cette règle que par une disposition législative expresse. Les actions d'apports en nature sont intégralement libérées dès leur émission ».

C'est presque exclusivement en matière d'augmentation du capital que la prime d'émission est utilisée. Les actionnaires nouveaux versent un apport complémentaire du montant de leurs actions en contrepartie des retenues subies par les actionnaires anciens sur les bénéfices antérieurs. La prime consiste donc en un supplément d'apport qui vient grossir l'actif de la société sans augmenter pour autant le capital social¹.

Les primes entrent dans l'actif social mais non dans le capital entre actionnaires². Enfin, elles présentent les mêmes facilités d'utilisation que les réserves statutaires et doivent suivre le même régime que celles-ci en matières de dividendes fictifs.

En Europe, au contraire des Etats-Unis, aussi bien en Algérie, le capital social a conservé, au moins pour le moment, son rôle de gage pour les créanciers de la société. Même si le principe a été quelque peu atténué par la reconnaissance du droit pour les sociétés de racheter leurs propres actions dans certaines circonstances³, la vision traditionnelle reste dominante. Dès l'origine de la société, il faut éviter une sous-capitalisation qui pourrait mener ultérieurement à un surendettement, voire à l'insolvabilité ou encore une tromperie à l'égard des souscripteurs ou des tiers co-contractants sur la réalité de ce capital⁴, et tout particulièrement il ne saurait être restitué aux actionnaires sous forme de distribution de dividendes. La loi Française l'exprime clairement contrairement au législateur Algérien⁵.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.63.

² Cf, idem, p.64.

³ Art.714 et Art.715 bis introduite par le Décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993 au code de commerce.

⁴ Cf., Geneviève Giudicelli-Delage, Droit pénal des affaires en Europe, P.U.F, 1^{ère} édition, 2006, p.252.

⁵ Art.346, al.3 de la loi française du 24 juillet 1966 : « 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... ».

Dans les sociétés par actions, la règle de l'intangibilité du capital social est primordial, le capital social étant conçu en quelque sorte comme « la rançon de la limitation de la responsabilité »¹.

D'une façon générale, tous s'accordent pour considérer que la distribution d'un dividende prélevé sur le capital social comporte violation de la fixité dont la fonction est précisément d'interdire cette distribution afin que le capital demeure intact. C'est ainsi que la question des dividendes fictifs à longterm a été considérée comme rigoureusement liée à ce principe qui doit intervenir tout au long de la vie sociale pour déterminer les bénéfices distribuables et protéger, de la sorte, les créanciers sociaux.

B) La fixité du capital social :

La plupart des auteurs s'accrochent à dire que « d'abord d'origine coutumière, ce principe a été consacré progressivement par la loi, non pas d'une façon formelle... »² ; D'autres n'y voient qu'une origine « jurisprudentielle et doctrinale : on la cherchait vainement dans un texte législatif »³.

Le principe prend vraisemblablement sa source dans l'instruction du 11 juillet 1818⁴ sur l'établissement des sociétés anonymes. Mais il est suivi de peu d'effets pour deux raisons : d'une part, l'ambiguïté de sa rédaction – dissolution obligatoire lorsque les pertes atteignaient une certaine quotité de capital mais possibilité de distribuer des intérêts statutaires n'a pas favorisé son respect ; et d'autre part l'étroitesse de son champ d'application (les sociétés anonymes) n'a pas encouragé à sa diffusion.

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.196.

² Cf, A. Barrault, la notion de dividendes fictifs, les éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1937, p.20.

³ Cf, R. Plaisant, le principe de la fixité du capital social et la notion de bénéfice, Journ.soc 1946, p.333 et s.

⁴ Instruction du 11 juillet 1818, Annales des Mines, 1^{ère} série, vol.IV, 1819, p.327 et S. cité dans Nicolas Paquin, op.cit, p.277.

Il convient donc d'attendre la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle pour que ce principe surgisse à mots couverts. On le retrouve successivement dans les lois Françaises du 17 juillet 1856 (Art.10), du 23 mai 1863 (Art.27) et du 24 juillet 1867 (Art.10) qui énoncent que toute distribution de dividendes doit reposer sur un inventaire¹.

Quant au principe de fixité, aucun des articles n'y fait clairement allusion, il faut se pencher sur les discussions parlementaires pour le voir évoquer un peu plus explicitement : « les tiers peuvent dire : tout prélèvement qui n'est pas fait sur des bénéfices réellement acquis est nécessairement fait sur le capital. Or, ce capital est la garantie de ceux qui traitent avec la société ; il sert de gage aux créanciers qui ont suivi sa foi.

Le commanditaire n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise, cela est vrai ; mais il ne faut pas que cette mise soit diminuée par des prélèvements qui, de quelque nom qu'on les nomme et dans quelque condition qu'on les opère, conduisent à ce double constat d'amoindrir le gage des tiers, et la perte du commanditaire »².

Si le terme de fixité n'est pas employé, nous n'en sommes pas loin : non seulement le dividende dépend d'un inventaire sincère et régulier, mais il ne doit pas être prélevé sur le capital : c'est-à-dire que celui-ci doit rester intact pour préserver la garantie des créanciers.

La notion de fixité du capital social repose tout entière sur la distinction fondamentale qu'il y a lieu d'établir entre le patrimoine social et celui de l'associé.

¹ Cf, Lefebvre-A. Teillard, La société anonyme au XIXe siècle : du code de commerce à la loi de 1867, P.U.F, Paris, 1985.

² Cf, N. Praquin (2003), Comptabilité et protection des créanciers : une analyse de la fonction technico-sociale de la comptabilité (1807-1942), thèse, Paris IX, p.780.

En effet, lorsqu'il s'agit d'un simple commerçant, cette destination n'existe pas puisque le fonds de commerce ne constitue pas une personne juridique distincte de la personne qui l'exploite. Il n'en est pas de même de la société qui forme une personne distincte de la personne de chacun de ses membres. Dans ces conditions, les biens mis en commun par les associés forment un patrimoine autonome, ayant son actif et son passif propres¹, détachés de l'actif et du passif de chaque apporteur. L'article 433² du code civil est très significatif à l'égard des associés lorsqu'il les prive de tout voir de disposition sur le fonds social.

En affirmant que le capital social constitue le gage exclusif des créanciers sociaux, ce qui veut dire que les apports mis à la disposition de la société doivent être exclusivement affectés à la réalisation de l'objet social et que, par conséquent, les valeurs représentatives de ce capital, comme d'ailleurs toute autre valeur sociale, ne peuvent être l'objet d'une reprise individuelle de la part des associés, en raison de leur entrée dans le patrimoine social. Mais la société, comme tout autre débiteur, répond de ses dettes non seulement sur son capital mais sur tout son patrimoine qui, à proprement parler, constitue le gage exclusif des créanciers sociaux.

D'ailleurs, le capital social fixé par les statuts originaires ne reste intangible en écritures qu'aussi longtemps qu'une assemblée générale extraordinaire n'a pas décidé d'en modifier le montant, soit pour l'augmenter, soit plus rarement, pour le réduire. Dans l'un ou l'autre cas, il résulte de l'opération une nouvelle valeur du capital, nouveau terme de comparaison pour la détermination des bénéfices³.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.66

² Art 433 du code civil Algérien : « L'associé qui prend ou retient une somme appartenant à la société, doit, s'il y a lieu, réparer le préjudice subi par la société ».

³ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.67.

Quoi que dans le code de commerce ou dans les lois postérieures, on cherchait en vain un texte qui énonce le principe de la fixité du capital, sauf que le législateur pour certaines sociétés commerciales tels que les sociétés par actions ou sociétés à responsabilité limitée, s'est contenté d'exiger un capital minimum¹.

En résumé, le principe de la fixité du capital social, ainsi entendu ne peut donner aux créanciers sociaux et aux tiers que l'assurance que la société, au jour de sa constitution, a effectivement disposé d'un ensemble de biens d'une valeur au moins égale au montant du capital annoncé, et qu'aucune notification de ce capital ne sera valable sans l'intervention de l'organe compétent de la société et sans une publication spéciale, étant entendu que la réduction du capital social, même conforme à la loi, est inopposable aux créanciers antérieurs, c'est ainsi que la fixité du capital social est relative² et ne dépend que de la volonté des organes compétents de la société³. Il est cependant indiscutable qu'en dehors des conditions légales de compétence et de publicité les organes sociaux ne peuvent distribuer aucune somme aux actionnaires par prélèvement sur le capital car, en agissant ainsi, ils distribuent des dividendes fictifs⁴.

C) La reconstitution du capital social :

Si une société, qui a éprouvé des pertes entament son capital réalise des bénéfices durant les années ultérieures, peut-elle distribuer immédiatement ces bénéfices sous forme de dividendes ou doit-elle réparer les pertes antérieures et reconstituer avant toute distribution son capital ?

En cas de pertes, la collectivité des associés ou l'assemblée générale peut ⁵:

¹ Art 591-1 et Art 566-1 du code de commerce algérien.

² Cf, V.A. Dalsace, de la relativité de la notion de fixité du capital social, Rev. soc 1947, p.75 et s.

³ Cf, J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, Droit commercial, Vol 1 et 2, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1980, n° 733 et s.

⁴ Art 723-1 du code de commerce : « Après approbation des comptes et constatation de l'exercice de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividende. Tout dividende en violation de ces règles constitue un dividende fictif ».

⁵ Cf, Mémento pratique, droit des affaires, sociétés commerciales, éd Foncés Lefebvre, 2009, p.1303.

-
- Ou bien, laisser substituer cette perte dans un compte « report à nouveau » lequel, bien que « débiteur », figure au passif du bilan, mais en déduction du total des autres comptes de situation nette (capital, réserves, primes d'émission) ;
 - Ou bien l'imputer sur les comptes de réserves (y compris la réserve légale mais non les écarts de réévaluation) s'il en existe.

Si la société adopte la première solution (affectation au compte « report à nouveau »), les bénéfices ultérieurs devront être utilisés par priorité à l'pureté de ce compte, avant même la dotation à la réserve légale, et c'est seulement une fois que ce compte sera soldé (ou redevenu créateur) que les distributions de bénéfices pourront être reprises¹.

Pour le législateur Algérien, en cas de pertes constatées dans les documents comptables et qui font que l'actif net de la société devient inférieur au quart du capital en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée (Art 803) et les sociétés anonymes (Art 832)² qui sont tenues de :

- 1- Convoquer l'assemblée générale extraordinaire (pour les : SPA) et consulter l'ensemble des associés (pour les SARL) et cela dans les quatre mois qui suivront l'approbation des comptes ayant fait apparaître ces pertes afin de décider s'il y a lieu à une dissolution anticipée de la société.
- 2- De déposer au greffe du tribunal et publier dans un journal habilité à revoir les annonces légales et inscrit au registre de commerce, la décision adoptée par l'assemblée générale ou les associés (SAR).

¹ En effet, l'art 723, al.1 du code de commerce, subordonne la distribution des dividendes à la constatation de l'existence de « sommes distribuables », ce que suppose un bénéfice distribuable correspondant lui-même au bénéfice diminué des pertes antérieures (art.722, al.1).

² Les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandité simple ne sont, quant à elles, tenu à aucune obligation si leur capital vient à être entamé par des pertes.

Notons enfin que le législateur n'a pas exigé en cas où la dissolution de la société est écartée de reconstituer le capital social de la société.

- Le législateur Français quant à lui parle de la perte de la moitié du capital existant à la clôture de l'exercice et prévoit à cet effet la consultation des associés ou actionnaires afin de statuer sur la dissolution éventuelle de la société et aussi diverses mesures de publicité, et si la dissolution est écartée, l'obligation de reconstituer les capitaux propres de la société dans un délai de deux ans¹. Et le montant des capitaux propres² correspond à la somme des apports (capital et primes d'émission, d'apport ou de fusion), des écarts de réévaluation, des réserves, du report à nouveau créditeur, du bénéfice non distribué de l'exercice, des subventions d'investissement et des provisions réglementées sans déduction des pertes (report à nouveau débiteur et perte de l'exercice). Parmi les capitaux propres figure également, s'il est positif, l'écart global pouvant résulter, dans les sociétés qui établissent des comptes consolidés, de la mise en équivalence des titres des sociétés qu'elles contrôlent.

À la base, la perte ne représente aucune valeur pour la société et ne peut, de ce fait, profiter à aucun exercice quoi que portée pour des raisons strictement comptables, à l'actif du bilan. C'est pourquoi, il est nécessaire de l'éliminer avant le calcul de bénéfice annuel net. Dans ces conditions, lorsqu'on parle de bénéfices, on veut dire simplement que le compte profits et pertes s'est soldé par un excédent de recettes sur les dépenses mais comme le passif n'en n'est pas moins toujours supérieur à l'actif, nous ne sommes pas en présence de bénéfices nets. Il reste, en d'autres termes, une fraction du capital social sans valeur correspondant à l'actif. Il faut donc en conclure que les dits bénéfices

¹ Cf, Mémento pratique, droit des affaires, sociétés commerciales, op.cit, p.1304.

² Cf, Idem, p.1304.

distribués avant la reconstitution du capital social devront être traité à l'égard de la loi pénales comme dividendes fictifs¹.

Enfin, il faut noter que pour éviter que la société passe beaucoup d'années sans distribuer des dividendes, elle peut procéder à la réduction de son capital en représentant toutes les conditions et formalités à cet effet.

D) La notion de dividendes fictifs :

La loi sur les sociétés commerciales s'est efforcée de définir la notion de dividende fictif. A cette fin, elle a d'abord défini la notion de bénéfice. L'article 720 du code de commerce et l'article 344 des sociétés commerciales Françaises précise que les produits nets de l'exercice, déduction faite des frais généraux et d'autres charges de la société, y compris tous amortissements et provisions constituent des bénéfices nets. Puis dans l'article 721 (article 345 de la loi sur les sociétés commerciales Françaises), impose l'obligation de prélever sur les bénéfices nets de l'exercice, diminués, le cas échéant, des pertes antérieures, un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds dit « réserves légales » ; prélèvement qui cesse d'être obligatoire lorsque la réserve atteint le dixième du capital social.

Enfin, dans l'article 722, alinéa 1 (art 346, alinéa 1 de la loi sur les sociétés commerciales Françaises), elle définit le bénéfice distribuable comme étant celui qui est constitué par le bénéfice net de l'exercice, diminué des pertes antérieures et du prélèvement affecté à la réserve légale et augmenté des reports bénéficiaires ; l'alinéa 2 de ces articles précisant toutefois, ainsi qu'il a été ci-dessus indiqué, la possibilité de procéder ouvertement à la distribution des réserves disponibles.

¹ Cf, E. Thaller, traité élémentaire de droit commercial, 8^e éd, par J. Percerou, t.1, n° 381, p.266, note 1, cité dans C. Voutsis, op.cit, p.69.

Cette notion de bénéfice distribuable étant ainsi dégagée, l'article 723 alinéa 1(en parallèle Art 374 de la loi du 24/07/1966 Française), stipule que : « Après approbation des comptes et constitution de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividende ». Puis, dans ce même texte qui consacre donc le principe de la complète information des actionnaires sur l'origine des sommes qui peuvent leur être attribuées, le législateur précise expressément que « tout dividende distribué en violation de ces règles constitue un dividende fictif ».

Une dérogation a été apportée à ce principe par la loi du 6 janvier 1969 en France, afin de permettre la distribution d'acomptes sur dividendes¹, et on la retrouve aussi dans les textes Algériens et plus précisément dans l'article 723 alinéa 2 du code de commerce.

- La réalité du bénéfice ne doit pas être confondue avec sa liquidité². L'idéal pour une société, est que, à la suite de recouvrements effectivement opérés, le bénéfice final, dans la mesure où il est mis en distribution, soit représenté dans les caisses sociales par des espèces. Alors, la distribution du dividende est aisée et elle n'apporte aucune gêne à la trésorerie sociale. Mais il peut arriver que les recouvrements prévus n'aient pas été réalisés et que la société ne dispose que d'un actif liquide ou immédiatement réalisable insuffisant par rapport aux exigibilités. En telle hypothèse, dès lors que les évaluations ont été correctes, la distribution du bénéfice, qu'il eût été préférable de reporter à nouveau, ou de mettre en réserve, se présente sans doute comme une opération imprudente susceptible de grever lourdement la trésorerie de la société, notamment en se prouvant par voie d'emprunt, les liquidités nécessaires. Mais on ne peut y voir un délit de distribution de dividendes fictifs.

¹ Cf, A. Touffait, op.cit, p.238.

² Cf, idem, p.238.

En effet, malgré les insuffisances ou les difficultés de la trésorerie, il n'y a pas moins de bénéfice, c'est-à-dire excédent de l'actif sur le passif¹.

Par contre, le délit de présentation ou de publication de bilan ne donnant pas une image fidèle de la société pourra éventuellement se trouver constitué et peut être même, le cas échéant, celui de publication de faits faux, ainsi que le soutien d'auteur Copper-Royer² qui considère, en effet, que c'est bien une publication de faits faux que de distribuer un dividende, ce qui implique une trésorerie à l'aise, alors qu'en fait les moyens de trésorerie font défaut, et qu'ainsi la distribution accroît les risques sociaux qu'elle a pour objet de dissimuler.

Reprenant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 724 du code de commerce, et après avoir indiqué dans son alinéa 1, que 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, pose le principe, dans son alinéa 2, que la mise en paiement des dividendes doit avoir lieu dans un délai maximal de neuf mois après la clôture de l'exercice.

Ce texte prévoit aussi le cas où cette distribution pourrait être une gêne pour la société, décide que la prolongation de ce délai peut être accordée par décision de la justice. Ainsi, il sera donc possible de retarder la mise en distribution des dividendes dans les cas critiques et d'attendre, ou de provoquer, la décision d'une assemblée générale afin d'amener les actionnaires à se prononcer, après avoir été complètement informés, sur l'opportunité de distribuer des dividendes malgré l'absence de liquidité, par exemple au moyen d'un emprunt, ou de procéder à un report à nouveau³.

¹ Cf, A. Touffait, op.cit, p.238.

² Cf, Copper-Royer, Traité des sociétés anonymes, T.II, Dalloz, 1931, n° 271.

³ Cf, A. Touffait, op.cit, p.239.

Sous section II : L'imputation du dividende sur les réserves

La société possède, en dehors des valeurs nécessaires pour représenter son capital, le montant des bénéfices qui n'ont pas été distribués mais qui pourtant étaient distribuables. Il se peut que dans le bilan d'une même société se trouve un nombre plus ou moins grand de comptes de réserves¹ ayant pour but de pourvoir aux nécessités les plus diverses qui s'imposent à son entreprise.

Les réserves jouent un rôle central dans la distribution et il est, important de savoir si une société peut mettre en distribution n'importe quelle réserve, autrement dit 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. Ainsi, tout dividende prélevé sur des sommes non distribuables est-il fictif ?² la réponse dépend de la catégorie de réserves concernées, car, ces sommes sont nombreuses.

A) Réserves légales :

La loi impose à toutes les sociétés à responsabilité limitée et à toutes les sociétés par actions³ la constitution d'une réserve légale par prélèvement d'un vingtième ou moins de bénéfice de l'exercice diminué, le cas échéant, des pertes antérieures. Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque la réserve atteint le dixième du capital. Cette réserve est assimilée au capital et ne peut être, comme lui, distribuée et elle est une garantie pour les créanciers de la société : « elle permet de renforcer leur gage, le capital étant souvent trop faible »⁴. Elle ne peut donc justifier une distribution opérée en l'absence de bénéfices. Cependant,

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.69.

² Cf, P. Merle, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 7^e éd. 2000, n° 297.

³ Art .721 du code de commerce.

⁴ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.196.

un prélèvement serait possible si le montant de cette réserve dépassait 10% du capital¹.

B) Réserves statutaires :

Les réserves statutaires ne sont pas obligatoires puisque leur constitution est prévue par les statuts. Au regard des bénéfices distribuables, elles sont assimilées à la réserve légale par l'article L.232-11, alinéa 1 et 3 du code de commerce Français (anciennement Loi du 24 juillet 1966, art.346, al.3) ou regard des bénéfices distribuables². Gage des créanciers sociaux, ces réserves renforcent la situation de la société. Elles doivent être constituées, conformément aux statuts, avant toute distribution de dividendes³. Mais ces réserves statutaires ne sont pas intangibles : elles peuvent être modifiées ou supprimées par modification des statuts, sur décision de l'assemblée générale extraordinaire⁴.

Dans la loi Algérienne, le législateur n'a guère mentionné les réserves statutaires, mais s'est contenté à l'article 722, al. Du code de commerce de signaler que l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition en indiquant expressément les postes de réserves sur lesquels les prélèvements sont effectués.

C) Réserves de réévaluation :

Elles permettent de traduire en comptabilité l'augmentation de valeur d'un bien (par exemple, plus-value tenant à l'évolution du marché) tout en maintenant l'inscription de celui-ci à sa valeur d'origine. Ces réévaluations sont assimilées par le droit fiscal à des bénéfices imposables mais elles ne font que rétablir la

¹ Cf, Nicole Stolowy, Les délits comptables, op.cit, p.102.

² Cf, Marie-Paule Lucas de Leyssac, Alexis Mihman, op.cit, p.414.

³ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.197.

⁴ Cf, Nicole Stolowy, les délits comptables, op.cit, p.102, et aussi G. Ripert et R. Roblot, op.cit, par M. Germain et L. Vogel, n° 1892.

valeur d'actif qui était sous-évaluée. Elles ne correspondent donc pas à des bénéfices effectivement réalisés, c'est pourquoi l'article L.232-11-4.

Nouveau code de commerce Français énonce que l'écart de réévaluation n'est pas distribuable et peut être incorporé en tant ou partie au capital ». Donc, tout dividende prélevé sur les réserves de réévaluation doit être considéré comme dividende fictif¹.

Le code de commerce algérien ne fait pas allusion à l'écart de réévaluation sauf dans l'article 728 alinéa 2 concernant le calcul des tantièmes qui ne peut pas se faire sur les sommes incorporées au capital ou prélevées sur les primes d'émission.

D) Les réserves libres et les réserves occultes :

Les réserves libres (ou facultatives) sont constituées sur les bénéfices qui ont été réalisés lors de l'exercice antérieur et que l'assemblée générale a décidé de ne pas distribuer pour une raison ou pour une autre (par exemple, constitution de provision, manquement de trésorerie). Les bénéfices distribués sur les réserves libres sont licites dès lors que cette distribution n'est pas rattachée, par un artifice comptable, aux bénéfices nets de l'exercice écoulé, un tel rattachement laissant croire en la réalisation, en cours d'exercice, de bénéfices qui, en réalité, n'ont pas eu lieu. Consacrée dès 1937 par la chambre criminelle dans son arrêt Léonard², cette solution est aujourd'hui écrite dans l'article L.232-11-al.2 du code de commerce Français qui dispose : « l'assemblée générale peut décider de la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la distribution. Dans ce cas, la décision indique expressément les postes de réserves sur lesquels les prélèvements sont effectués.

¹ Cf., Nicole Stolowy, Les délits comptables, op.cit, p.104.

² Arrêt Léonard, Crim 22 janv 1937, Bull. crim., n° 7 ; D 1937, 171, note Tchernoff, S 1938, 1, 297, note A, légal ; journ. sociétés 1938, p.279, note Lecompte.

Toutefois, les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice ».

- Les réserves occultes sont des réserves comme leur nom l'indique n'apparaissent pas au bilan. Elles sont « constituées à défaut de toute expression comptable »¹.

Elles peuvent provenir d'une volonté délibérée de majorer un poste du passif ou de minorer un poste de l'actif. Elles peuvent légalement apparaître en cas : « d'inadéquation flagrante entre la valeur comptable et certains biens et leur valeur réelle qui est souvent supérieure »². La constitution de telles réserves peut entraîner des poursuites du chef de publication ou présentation de bilan ne donnant pas une image fidèle.

La Cour de cassation Française avait décidé que les réserves « cachées » pourraient être distribuées puisque le capital n'était pas entamé et le bénéfice n'était pas fictif³. Cette jurisprudence ne semble plus pouvoir être maintenue depuis que l'article L.232-11-2° nouveau code de commerce Français oblige l'assemblée générale à indiquer expressément sur quels postes de réserves les prélèvements sont effectués.

Le législateur Algérien a adopté la même solution dans l'article 722 alinéa 2 du code de commerce qui stipule : « ... 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 ».

¹ Cf., F. Goré, les réserves occultes dans les sociétés par actions, journal des sociétés, 1947, p.149.

² N. Stolowy, Les délits comptable , op.cit, p.104.

³ Affaire Moreau, Cass. crim., 17 juin 1942 JCPG 1943, II, p.120, note D. Bastian ; S. 1944, 1, p.143, note A. Légal.

E) Bénéfices futurs :

Distribuer des bénéfices futurs, non encore réalisés peut être très tentant, mais l'existence incertaine de tels bénéfices fait à l'évidence tomber leur distribution sous le coup de la loi pénale, car il n'y a pas eu constatation par l'assemblée d'un excédent des produits nets sur les frais généraux. Mais le législateur aussi bien français (C. com, art L.232-12) qu'algérien (Art.723 du code de commerce) autorise la distribution d'acomptes sur dividendes avant l'approbation des comptes de l'exercice, moyennant de sévères précautions. Il faut en effet qu'un bilan établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes fasse apparaître que la société a réalisé un bénéfice depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires et 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.

F) Intérêt fixe :

La clause d'intérêts fixes permet à la société de verser un intérêt aux actionnaires même en l'absence de bénéfices et de réserves libres¹. L'avantage d'une telle clause est de fidéliser les actionnaires, surtout lorsque la société connaît une période difficile. Mais le législateur (C. com Français., art. L.232-15) et (C. com Algérien, art.725-alinéa1) a préféré privilégier la protection des créanciers sociaux en interdisant la stipulation d'un intérêt fixe ou intercalaire au profit des associés et en réputant non écrite toute clause contraire. Toutefois, ces dispositions ne soit pas applicables si l'Etat a accordé aux actions la garantie d'un dividende minimal.

Le problème de l'imputation du dividende sur les réserves, est l'un des plus délicats de ceux qui se posent en matière de dividendes fictifs et qui a fait couler

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.198.

beaucoup d'encre, comme à propos des affaires « Léonard » et « Moreau », et d'autres arrêts venus renforcer la théorie de l'arrêt « Léonard ».

- **L'affaire « Léonard » :**

Jusqu'à l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, rendu le 22 janvier 1937 dans l'affaire « Léonard », la doctrine et la jurisprudence tendaient à admettre que même en l'absence de bénéfices réalisés au cours de l'exercice considéré, le dividende distribué ne serait pas fictif s'il pouvait s'imputer sur des réserves. On en donnait généralement pour motif que, dans cette hypothèse, le capital social demeurait intact, que l'intangibilité était sauvegardée et, par conséquent, le délit de distribution de dividendes fictifs ne pouvait exister.

Si l'on admet, en effet, que la condition nécessaire et suffisante pour qu'un dividende soit fictif est que celui-ci soit prélevé sur le capital social, il est incontestable que l'existence de réserves à due concurrence empêche l'atteinte à l'intégrité du capital et, par la suite, la consommation du délit.

Cette thèse a été soutenue par tous les auteurs et adoptée généralement par la jurisprudence d'une manière implicite et quelquefois explicite.

C'est ainsi que le Tribunal correctionnel de la Seine avait décidé par son jugement du 27 mai 1935 qu'on ne doit pas considérer comme une distribution de dividendes fictifs la distribution effectuée sur les réserves extraordinaires ou facultatives de la société. En l'espèce, qui était soumise au tribunal, le prévenu était poursuivi pour avoir fait ressortir dans le bilan de l'exercice 1929 un bénéfice et pour avoir distribué un dividende prétendu fictif de 12%.

« Attendu, déclare le tribunal, que le bilan a fait, de la part de l'expert l'objet d'abattement important sur le portefeuille titres de la société mais qu'il résulte des explications fournies au cours des débats par l'expert lui-même que

le dividende distribué a été en définitive pris sur les réserves accumulées de la société ; Attendu que les sommes réparties à titre de bénéfices n'ayant pas été imputées sur le capital social, qui n'a pas subi d'amputation, le délit de distribution de dividendes fictifs n'est pas caractérisé »¹.

Mais les doctrines tendant à permettre l'imputation des dividendes distribués sur les réserves ont été formellement condamnées pour la première fois par la Cour de cassation dans l'affaire « Léonard ».

En l'espèce, l'administrateur délégué d'une société anonyme avait été poursuivi pour distribution de dividendes fictifs du fait que le bilan comportait une majoration d'actif réalisée par l'inscription, sans provision correspondante au passif, de deux créances d'une réalisation difficile.

Le tribunal d'Avesnes, prenant prétexte de ce que la prévention n'avait pas englobé dans la poursuite, en même temps que l'administrateur délégué, les autres administrateurs, s'est borné à relaxer purement et simplement le prévenu. Sur appel, du Ministère public, la Cour de Douai, après avoir proclamé le principe que le dividende, afférent à un exercice, doit être normalement prélevé sur le bénéfice net réalisé au cours de cet exercice, et constaté qu'il n'y aurait pas eu de bénéfice si les deux créances litigieuses n'avaient pas figuré dans le bilan pour leur valeur nominal, a décidé qu'il y a eu délit de contribution de dividendes fictifs, et condamné l'administrateur délégué. Celui-ci s'est pourvu contre l'arrêt de condamnation en alléguant que la distribution était justifiée par l'existence de réserves d'un montant supérieur au dividende distribué. Par conséquent, toujours d'après le pourvoi, si le prélèvement ainsi opéré sur les réserves, sans autorisation de l'assemblée générale, pouvait éventuellement engager la responsabilité civile de l'administrateur délégué, il ne pouvait, par contre, constituer le délit de distribution de dividendes fictifs. La chambre

¹ Trib. corr. Seine, 27 mai 1935, Rev. trim. Soc, 1935, p.373.

criminelle de la Cour de cassation a écarté, à juste titre, le moyen du pourvoi en ces temps :

« Qu'il est prétendu par le pourvoi que, si les résultats de l'exercice n'autorisaient pas la distribution d'un dividende, cette distribution n'est point cependant constitutive du délit, le bilan accusant l'existence de réserves extraordinaires, non grevées d'affectation spéciale, d'un montant supérieur au dividende distribué, réserves dont l'assemblée générale eut été en droit d'ordonner la répartition entre les actionnaires. Mais entendu que l'arrêt déclare que Léonard n'a pas été autorisé par l'assemblée générale a décidé, non une répartition de réserves, mais la mise en distribution des bénéfices afférents à l'exercice écoulé et tels que les faisait apparaître le bilan établi par Léonard. »¹.

Cet arrêt a été vivement critiqué par la doctrine qui portait de ce principe bien des fois énoncé par les décisions de justice, que le dividende ne pourrait être réputé fictif que si sa répartition avait pour effet d'entamer le capital social. Or, en l'espèce, la règle de la fixité du capital social et de la nécessité de sa conservation, règle essentielle au fonctionnement des sociétés par actions, était sauve.

On faisait, en outre, observer que la portée de ce principe de la fixité du capital social était d'autant moins susceptible d'extension que, depuis la création du délit du bilan inexact, le domaine du délit de distribution de dividendes fictifs se trouvait délimité avec plus de précisions qu'auparavant. Dans le cas de l'affaire « Léonard », il ne pouvait alors s'agir que d'inexactitudes commises dans le bilan susceptibles de tomber sous le coup de l'article 15-5° et non pas de

¹ Cass. crim, 22 janv, 1937, D.P, 1937.1.71, note Tchernoff, Journ. Soc. 1938, p.279, note Lecompte, Rev, sp, Soc, 1937, p.583, note Copper-Royer, Rev. trim. soc. 1937, p.313, note Constantin.

nature à entraîner l'application de l'article 15-4° visant spécialement la distribution de dividendes fictifs¹.

D'ailleurs, si le raisonnement qui est à la base de l'arrêt était exact, disait-on, il faudrait admettre que le caractère délictueux d'un acte dépendrait de la volonté de l'assemblée générale. « Mais comment soutenir, écrit M. Légal, qu'une décision de la société soit en mesure de modifier les conditions d'application d'un texte pénal, ce qui aboutirait à faire prévaloir la loi d'une collectivité privée sur celle de l'Etat et lui permettrait d'utiliser la sanction répressive pour assurer le respect de ses règlements ? Solution d'autant moins concevable en l'occurrence que le texte n'a pas, nous l'avons rappelé, pour but la protection des actionnaires, que son objet n'est pas de réprimer une atteinte à leurs droits, mais avant tout de sauvegarder ceux des tiers. »².

Pourtant, la solution donnée par la Cour de cassation n'est pas difficilement défendable.

Certes, dans l'hypothèse où des réserves suffisantes existent pour couvrir la distribution de dividendes le capital reste intact. Mais précisément la question qui se pose est de savoir s'il y a là une condition nécessaire pour que le délit existe, et, nous avons vu, qu'en raison de la relativité du principe de la fixité, l'intégrité du capital social ne peut pas servir comme critère de fictivité du dividende.

L'argument tiré de l'existence de réserves portées au bilan est, en outre, inopérant car, s'il est certain que les réserves ordinaire ou extraordinaire statutaires ou libres sont distribuables, elles ne le sont que dans des conditions légales de compétences d'ordre public, par des organes qualifiés et surtout sans tromperie des actionnaires et des tiers qui doivent être expressément informés

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.72.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.72.

qu'il s'agit d'une distribution de réserves et non d'une distribution de bénéfices de l'exercice. Encore faut-il pour la distribution de réserves qu'il n'y ait pas fraude, car le dividende ne peut pas être considéré comme payé sur les réserves lorsque par un artifice comptable la somme ainsi prise sur les réserves a été aussitôt remplacée par un prélèvement sur les prétendus bénéfices de l'exercice, ce qui constitue en réalité une distribution faite exclusivement sur les prétendus bénéfices¹.

D'ailleurs, la préoccupation de la Cour de cassation de protéger non seulement le capital social, mais ce qu'elle considère, à juste titre, comme ses annexes est bien justifiée car la fictivité du dividende a sa source dans le fait que la distribution a pour effet de priver la société d'une partie de son patrimoine dans des conditions illégales.

En effet, l'approbation des comptes par l'assemblée générale, la fixation par cette assemblée du montant des bénéfices sont de ces rouages essentiels qui dominent toute la réglementation des sociétés par actions. Dès lors, il suffit que l'assemblée générale décide expressément la distribution à titre de dividendes des réserves dont elle a la disposition pour que l'opération soit licite. Il appartient ainsi aux organes qui ont pris une décision d'en modifier ultérieurement les effets, d'annuler le cas échéant la première décision par la prise d'une décision contraire².

Il en résulte que l'administrateur n'est pas fondé à prétendre, pour échapper aux sanctions pénales, que l'assemblée générale eut été en droit d'ordonner cette distribution en opérant un prélèvement sur les réserves existantes alors que la dite assemblée n'a autorisé aucun prélèvement de cette nature et a, seulement,

¹ Cass. crim., 22 nov. 1935, Rev. crim. Soc. 1936, p.357, affaire "Guiraut".

² Cf, J.Leblond, Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président-directeur général, et du directeur-général adjoint, dans la doctrine institutionnelle, Gaz. Pal. 1957.1. Doctr. 29 ; cité dans C. Voutsis, op.cit,p.74.

décidé la mise en distribution des bénéfices, tels que les faisait apparaître le bilan frauduleusement établi. Vainement, donc, soutiendrait-on que, du fait que l'assemblée générale aurait pu autoriser une répartition de réserves, elle pouvait après coup valider cette répartition présentée à tort comme une distribution de bénéfices car, une fois le délit accompli, il n'était plus possible de l'effacer.

La jurisprudence inaugurée par la Cour de cassation avec l'arrêt « Léonard » semble, par conséquent, parfaitement conforme à la volonté du législateur qui veut protéger le patrimoine social contre les agissements frauduleux de certains administrateurs et gérants.

- **L'affaire « Moreau » :**

Un nouvel arrêt rendu le 27 juin 1942 dans l'affaire « Moreau » allait permettre à la Chambre criminelle de la Cour de cassation d'affirmer à nouveau la fermeté de sa jurisprudence et, surtout, de parachever l'énonciation de sa doctrine en matière de distribution de dividendes fictifs.

En l'espèce, un dirigeant d'une société anonyme était poursuivi pour avoir, au cours des années 1933 et 1934, présenté aux assemblées générales un bilan inexact et opéré, au moyen de ce bilan, la distribution entre les actionnaires de dividendes fictifs. L'inexactitude du bilan apparaissait incontestable car on avait dissimulé une perte importante résultant des détournements commis par un inspecteur de la société.

Mais l'expertise avait révélé l'existence des réserves occultes provenant notamment de la surestimation de certaines charges sociales (réserves mathématiques surévaluées par rapport aux estimations régulières, amortissements supérieurs à ceux auxquels la société était tenue, etc).

En présence de telles circonstances, le tribunal correctionnel de la Seine avait estimé que le délit de distribution de dividendes fictifs n'était pas caractérisé.

La Cour de Paris, sur appel du Ministère public, influencée, semble-t-il, par l'arrêt que la Cour de cassation avait rendu dans l'affaire « Léonard » avait réformé la décision du tribunal par les considérants ci-après.

« Qu'il importe peu que le montant de bénéfices non apparents et afférents à chacun des exercices sociaux incriminés eut permis d'après les résultats de l'exercice comptable la réparation d'un dividende supérieur à celui qui a été distribué, le législateur ayant entendu, avant tout, prohiber la représentation au public ou aux actionnaires, de bilans intentionnellement inexacts. »

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, par son arrêt du 17 juin 1942, cassé l'arrêt de la Cour de Paris qui, cependant paraissait faire une exacte application de l'arrêt « Léonard ».

« Mais attendu, déclare la Cour de cassation, qu'en l'état de ces constatations desquelles il résulte que les dividendes distribués au titre des exercices 1932 et 1933 étaient couverts par un excédent certain de bénéfices afférents à chacun des dits exercices, la Cour d'appel n'a pu, sans se contredire et sans violer les textes visés au moyen, décider que Moreau, en s'abstenant de faire figurer au passif des bilans la créance Beck, avait au moyen d'inventaires frauduleux, opéré entre les actionnaires de la société, la répartition de dividendes fictifs. »¹

On voit ainsi que la Cour de cassation permettait aux prévenus d'invoquer l'existence de réserves occultes pour écarter la condamnation ; et certains

¹ Cass. crim., 17 juin 1942, J.C.P., 1943.11.2120, note Bastian. S.1944.1.141, note Légal, Journ, Soc. 1943, p.264, obs. Lecompte.

auteurs voulurent y voir un revirement de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt « Léonard ».

Mais, en réalité, les faits de la cause étaient bien différents dans les deux affaires. Dans l'affaire « Léonard » le prévenu avait distribué des réserves qui ne pouvaient donner lieu à des répartitions que par décision de l'assemblée générale tandis que dans l'affaire « Moreau » les réserves étaient restées intactes. Seul le redressement des postes du bilan faisait apparaître qu'en réalité les bénéfices avaient été plus considérables que ceux qui résultaient du bilan tel qu'il avait été établi par le prévenu, en sorte que c'était bien sur des bénéfices que les dividendes s'imputaient et non sur des réserves, même occultes. L'existence du bénéfice est un fait exclusif par lui-même du délit du moment que ce bénéfice se trouve établi par n'importe quel moyen. Si, donc, grâce aux précisions d'un bilan correctement dressé, on peut déterminer que dans l'ensemble l'actif est supérieur au passif, cet excédent peut être pris en considération pour écarter la qualification de dividende fictif. En un mot, ce qui importe, c'est l'exactitude finale du bilan.

D'ailleurs, la solution ainsi donnée par la Cour de cassation dans l'affaire « Moreau » avait été implicitement admise non seulement par des décisions antérieures¹ de Cours d'appel ou de Tribunaux mais encore par un arrêt de la Chambre criminelle elle-même du 3 août 1938 qui relève, en l'espèce qui lui était soumise, le fait que se trouvait établi le caractère non réel du bénéfice occulte invoqué².

Or, si ces décisions s'étaient refusées, dans les espèces qui leur étaient soumises, à tenir compte des bénéfices occultes, c'était uniquement sur la

¹ Paris, 4 avr. 1938, Journ. Soc. 1939, p.462, 1^{re} espèce ; Trib. Corr. Seine, 7 avr. 1938, Rev. trim. Soc. 1939, p.462.

² Cass. crim., 3 août 1938, Gaz. Pal. 1938.2.814, Rev. sc. crim. Soc. 1939, p.89, obs. Donnedieu de Vabres, Journ. Soc. 1940, p.172.

constatation qu'en fait ces bénéfices étaient inexistantes ou insuffisants pour compenser la distribution de dividendes. Ce qui revenait à reconnaître que sur le terrain du droit l'argument n'était pas irrecevable, sinon elles l'auraient écarté sans plus ample examen.

On peut donc en conclure que l'arrêt de la Cour de cassation rendu dans l'affaire « Moreau » ne manquait point, en ce qui concerne l'imputation du dividende sur les réserves, un revirement de la jurisprudence inaugurée, en cette matière, par l'arrêt rendu dans l'affaire « Léonard ». des arrêts plus récents en sont, d'ailleurs, la preuve puisqu'ils sont venus renforcer et consacrer définitivement la théorie de l'arrêt « Léonard » relative à la notion de dividendes fictifs.

- **Jurisprudence postérieure aux arrêts « Léonard » et « Moreau » :**

La meilleure preuve que la Cour de cassation n'avait pas renoncé à la conception de la notion de dividendes fictifs exprimés à l'occasion des affaires « Léonard » et « Moreau » est que, dans l'affaire « Rouvier » la même doctrine était intégralement reprise.

En l'espèce, l'administrateur délégué d'une société anonyme avait été poursuivi et condamné pour distribution de dividendes fictifs, parce que en vue de parvenir à la distribution d'un dividende il avait établi en bilan frauduleux en majorant l'estimation des marchandises constituant l'actif et en y faisant figurer certains stocks dépourvus de valeur. Le pourvoi alléguait que la condamnation était intervenue en violation de la loi, car la distribution était justifiée par l'existence des réserves apparentes et occultes. Mais la Cour de cassation, par son arrêt du 10 novembre 1942 a écarté ce moyen de pourvoi en déclarant qu'il y a distribution de dividendes fictifs, même dans le cas où les énonciations

inexacts du bilan sont rectifiées par des réserves occultes lorsque ces réserves sont ignorées des actionnaires qui n'en ont pas autorisé la distribution¹.

Il ressort clairement de cet arrêt que la répartition aussi bien de réserves occultes qu'apparentes, sous couleur de dividendes provenant de bénéfices inexistant de l'exercice considéré, constitue toujours une distribution de dividendes fictifs.

Un nouvel arrêt rendu le 5 mai 1949 dans l'affaire « Vincent » allait permettre à la Chambre criminelle d'affirmer à nouveau la fermeté de sa jurisprudence, en matière de dividendes fictifs, et de la préciser davantage. En l'espèce, l'administrateur délégué d'une société anonyme, condamné par la Cour de Paris pour distribution de dividendes fictifs réalisée à l'aide d'un bilan frauduleux, s'était pourvu au motif que la condamnation avait été prononcée alors que cette distribution était justifiée par l'existence, d'une part, de réserves –argument un peu usé désormais- et, d'autre part, de l'article 23 des statuts de la société qui autorisait le conseil d'administration à régler l'emploi des réserves de toute nature, ce qui constituait un élément nouveau.

La Chambre criminelle, comme l'y invitait son rapporteur² a rejeté le pourvoi dans les termes suivants :

« Mais attendu que l'arrêt constate que l'assemblée générale n'a pas autorisé Vincent à effectuer un prélèvement sur les réserves ; que si les statuts donnaient au conseil d'administration pouvoirs pour régler l'emploi des réserves, seule l'assemblée générale avait qualité pour en décider la répartition entre les actionnaires ; que l'assemblée générale a décidé non pas une répartition

¹ Cass. crim., 10 nov. 1942, J.C.P. 1943.11.2332, obs, Bastian, Rev.Soc. 1943, p.302.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.77.

de ces réserves mais la mise en distribution des bénéfices afférents à l'exercice écoulé tels que les faisait apparaître le bilan. »¹.

Dans un autre arrêt du 4 mai 1954, la Cour de cassation² maintient la jurisprudence qu'elle a établie, en ce qui concerne l'imputation du dividende sur les réserves, par l'arrêt « Léonard », confirmée et précisée, en 1942 et 1949, par les arrêts « Moreau », « Rouvier » et « Vincent ».

Pour résumer, dans une vue d'ensemble, la jurisprudence de la Cour de cassation, on peut dire qu'il est définitivement acquis maintenant que le délit de distribution de dividendes fictifs est consommé si le dividende mis en distribution excède le bénéfice, tel qu'il apparaît après redressement de comptes, sans que les dirigeants de sociétés puissent faire valoir, qu'à défaut de bénéfices, les sommes distribuées peuvent du moins s'imputer sur les réserves apparentes ou occultes. Le dividende fictif n'a plus depuis l'arrêt « Léonard » pour condition nécessaire d'être prélevé sur le capital social.

Sans doute, la société peut-elle distribuer ses réserves, mais c'est là une mesure exceptionnelle qui exige une initiative spéciale, souvent même l'intervention, comme en cas de réduction du capital social, d'une assemblée extraordinaire. Les sociétés se trouvent ainsi limitées à tout moment par la nécessité de se conformer aux règles plus ou moins strictes qu'elles ont édictées pour l'emploi de leurs réserves.

Pour terminer, on ne peut qu'approuver la jurisprudence inaugurée par l'arrêt « Léonard » car elle donne au patrimoine social, contre des entreprises blâmables, une plus grande sécurité.

¹ Cass. crim., 5 mai. 1949, S. 1949.1.104, note signée MR et MP, Journ. Soc. 1951, p.22, Rev. Soc. 1950, p.384.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.77.

Sous section III : Le caractère juridique du bénéfice distribué à titre de dividendes

Pour que le bénéfice d'un exercice puisse être distribué aux actionnaires sous forme de dividendes, il faut qu'il soit du point de vue juridique certain. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'il y ait un excédent d'actif sur le passif pour que le dividende distribué ne soit pas fictif mais il faut encore que cet excédent soit réellement acquis à la société¹. La notion de bénéfice réellement acquis prend alors une importance particulière car un bénéfice futur, éventuel, aléatoire ne pourrait former qu'un dividende fictif. Donc, la question qui se pose est de savoir à partir de quel moment, un excédent d'actif sur le passif peut être considéré à l'égard de la loi pénale comme réellement acquis à la société ?

C'est là une question d'appréciation qui a donné naissance à trois systèmes principaux et qui a été progressivement mise en lumière par la jurisprudence relative au délit de distribution de dividendes fictifs.

Le système le plus libéral est celui qui admet comme bénéfice réalisé et, donc, distribuable la simple constatation d'une plus-value.

Un deuxième système est caractérisé d'une sévérité extrême et ne veut considérer comme bénéfice réellement acquis à la société que le bénéfice encaissé.

Enfin, un système intermédiaire entre ces deux conceptions opposées, exige un bénéfice d'une réalisation certaine.

A) *Le système de simples plus-values :*

D'après ce système adopté par un arrêt de la Cour de Douai en France rendu le 21 avril 1862 dans l'affaire « Mirès », la simple constatation par le

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.78.

bilan d'une plus-value suffit à donner à celui-ci le caractère de bénéfices acquis et distribuable.

En l'espèce, soumise à la Cour de Douai¹, un gérant d'une société en commandite par actions avait été poursuivi pour avoir dans la gestion de cette société de crédit et de banque, dite « Caisse des chemins de fer », commis divers actes constitutifs des délits d'abus de confiance, d'escroquerie et de distribution de dividendes non réellement acquis. Ceux-ci reposaient surtout sur une convention conclue, au sujet de chemins de fer romains, entre le Gouvernement pontifical et Mirès. Ce dernier, espérait retirer de cette convention un bénéfice de 16 millions, dont les 8 furent distribués. Il n'y avait, en réalité, là qu'une espérance de bénéfices, car il fallait, tout d'abord, que toutes les conditions, mises pour l'exécution de la convention, soient remplies pour que le bénéfice attendu soit réalisé. Pourtant Mirès avait fait figurer ce bénéfice dans le bilan et, au moyen de ce bilan frauduleux, avait distribué les dividendes incriminés.

Le tribunal correctionnel de la Seine avait condamné Mirès à cinq ans de prison, et la Cour de Paris a, par son arrêt du 29 août 1861 confirmé le jugement du tribunal. Sur pourvoi de condamné, la Cour de cassation a, par arrêt du 28 décembre 1861, cassé l'arrêt et renvoyait l'affaire devant la Cour de Douai qui, considérant que le bénéfice incriminé avait été réellement acquis à la société dès le jour de la convention, a annulé le jugement de condamnation.

Les conséquences de la théorie adoptée par l'arrêt de la Cour de Douai montrent, cependant, l'inadmissibilité de cette conception libérale en matière de dividendes fictifs.

En effet, d'après cette théorie, une valeur sociale peut figurer à l'actif à un prix supérieur à son prix de revient si, lors de l'établissement du bilan, celui-ci

¹ Douai, 21 avr. 1862, sous Cass. crim., 28 juin 1862, D.P. 1862.1.305.

constate cet excédent¹. En outre, dès la conclusion d'une opération, les bénéfices doivent être considérés comme acquis et distribuables, car il importe peu que les travaux qui leur assurent la réalité et la certitude soient terminés ou même en cours d'exécution. De plus, un bénéfice présenté, par exemple, par une simple diminution du prix d'achat² de terrains, par une simple économie³ sur l'outillage ou le matériel d'une société qui fabrique l'un ou l'autre elle-même, par une créance conditionnelle peut, dans ce système, constituer également un bénéfice acquis et certain.

Mais le caractère aléatoire de ces plus-values à venir interdit aux dirigeants de sociétés de les faire inscrire au bilan dont l'actif ne doit comprendre que des valeurs définitivement entrées dans le patrimoine social à moins que la valeur future inscrite à l'actif ne soit contrebalancée par un poste corrélatif au passif. La Cour de cassation allait donc condamner la conception libérale de la Cour de Douai en ces termes :

« Attendu qu'il ne suffit pas que le bénéfice se fonde sur une convention qui l'assure ; qu'il faut qu'il soit complètement réalisé ; qu'il n'est acquis à la société, dans le sens de la loi qui a voulu écarter les dividendes frauduleux et même ceux qui ne seraient que hasardés, qu'autant qu'il est le résultat d'une opération accomplie ; que, par conséquent, l'arrêt en réputant acquis un bénéfice par cela seul qu'il est stipulé, et en exigeant pas, pour qu'il pût être régulièrement distribué, que l'opération qui le procure fût exécutée, a méconnu le véritable sens de la loi et en a commis la violation. »⁴.

La conception libérale de la Cour de Douai était depuis cet arrêt de la Cour de cassation définitivement condamnée et ne devait plus trouver par la suite ni

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.79.

² Paris, 16 avr. 1870, D.P. 1870.2.121.

³ Lyon, 16 mai. 1899, D. 1900.11.139.

⁴ Cass. crim., 28 juin. 1862, S. 1862.1.655, D.P. 1862.1.305.

défenseur en doctrine, ni écho en jurisprudence. Aucune plus-value ne peut donc être distribuée tant qu'elle n'est pas le résultat d'une opération accomplie.

Pourtant un élément nouveau résulte de l'existence dans le bilan des plus-values d'une nature particulière et qui sont comptabilisées sous la forme d'une réserve spéciale de réévaluation¹. La question se pose alors de savoir si ces plus-values, d'ailleurs nominales, peuvent être distribuées sous forme de dividendes.

Cette question demeure l'une des moins élucidées et des plus controversées en doctrine².

Un certain nombre d'auteurs considèrent que, si la hausse des éléments d'actif est une hausse acquise dans des conditions telles qu'un fléchissement des valeurs réévaluées ne doit pas être envisagé, il n'y a aucune raison pour que la société ne procède à la distribution de sa réserve de réévaluation³.

Mais il faut remarquer que, si, en théorie, la distribution aux actionnaires de réserve de réévaluation ne semble pas être illicite, pratiquement, la plus simple prudence conseille presque toujours de s'abstenir d'une telle opération, car, en réalité, comme tous les auteurs le reconnaissent, la réserve de réévaluation, bien que les coefficients de réévaluation soient fixés par le législateur, a un aspect particulier en tant que réserve : elle ne provient pas d'une rétention de bénéfices provenant d'opérations réalisées et exécutées, et de ce fait, elle ne traduit pas une augmentation réelle de l'actif social mais elle est la conséquence d'une opération interne et comptable effectuée sans que se produise aucun changement ou mutation dans les divers éléments patrimoniaux de la société. Il n'est donc pas certain que la Cour de cassation Française admette la distribution d'une

¹ Ces plus-values ne deviennent des éléments d'actif véritable que lorsque l'opération d'où elles proviennent est accomplie, jusque-là elles ne sont que des expectatives.

² Ripert et Roblot, t.1, n° 1472, p.683 .

³ C. Voutsis, op.cit, p.80.

pareille réserve¹, car, comme nous venons de voir dans l'affaire « Mirès », les bénéfices réellement acquis, qui seuls peuvent donner lieu à une distribution aux actionnaires sous forme de dividendes, ne doivent s'entendre que comme des bénéfices résultant d'opérations accomplies.

B) La théorie du bénéfice encaissé :

D'après cette théorie, un bénéfice résultant d'une opération accomplie n'est réellement acquis à la société, et, par conséquent, susceptible d'être mis en distribution, que s'il a été préalablement encaissé. C'est à cette doctrine, qui semble avoir sa justification dans l'idée qu'un dividende avant de sortir de la caisse sociale doit y être préalablement entré, que la jurisprudence s'est à l'origine ralliée.

En effet, la Cour de Paris, dans un arrêt en date du 16 avril 1870, ne considère comme bénéfices susceptibles d'être mis en distribution que « ceux qui sont certains, provenant d'opérations accomplies, encaissés ou d'un encaissement prochain, et pouvant être jugés équivaloir à des espèces en caisse ».² De même il a été jugé « qu'on ne peut considérer comme bénéfices susceptibles d'être distribués que ceux se composent de l'excédent de l'actif sur le passif, provenant d'opérations accomplies au jour de la clôture de l'exercice, et, comprenant des espèces en caisse ou des valeurs d'un encaissement prochain équivalent à des espèces en caisse, ou encore des créances d'un recouvrement immédiat et non susceptible de discussion. ».

Il ne fait pas de doute que les bénéfices encaissés ne soient des bénéfices réels, acquis et distribuables mais, si cette exigence se justifie d'autant mieux qu'elle réagit contre le système de la simple plus-value, du moins elle ne

¹ V. Bourges, 11 déc. 1962, D. 1963 1. 309, note A. Dalsace, confirmant un jugement du Tri. Com. De Nevers, 25 mai 1960, D. 1960.1.266, note A. Dalsace.

² Paris 16 avr. 1870, précité.

s'accorde guère avec les exigences de la pratique et ne trouve aucun fondement dans les textes.

En effet, on ne pourrait songer à prendre dans une période donnée les opérations d'encaissement et de décaissement d'espèces pour justifier la distribution de dividendes, car, ces opérations sont sans aucune relation avec les résultats de l'exploitation. Ceux-ci dépendent aussi des opérations de crédit - emprunts, prêts, achats et ventes à crédit- qui ne peuvent pas être suivies par le compte de caisse. Il faut donc ne pas confondre la réalité du bénéfice avec sa liquidité, la « recette » avec le bénéfice qui seul doit être pris en considération lorsque les tribunaux ont à apprécier la légalité d'une distribution de dividendes¹. La réalisation des sommes nécessaires à cette distribution n'est qu'une simple opération de trésorerie pour laquelle la société n'aura qu'à s'adresser à une banque pour faire face au paiement du dividende qui n'en deviendra pas pour autant fictif.

Aussi, la jurisprudence et la quasi-unanimité des auteurs en France ont-ils à juste titre abandonné cette théorie rigoureuse², qui sembla un instant devoir s'affirmer, pour s'attacher à la réalisation certaine des bénéfices.

C) La réalisation certaine du bénéfice :

D'après la jurisprudence actuelle qui doit être considérée comme définitivement acquise, la réalisation certaine de l'excédent d'actif, constaté par le bilan, suffit à donner à cet excédent, sous la condition bien entendu qu'il soit le résultat d'opérations accomplies, le caractère de bénéfice réellement acquis et distribuable.

¹ Hamel et Lagarde, t. I, n° 729, p.856 ; Ripert et Roblot, t. I, n° 1480, p.686 et s. ; Copper-Royer, t. II, n°217, p.220.

² Paris, 2 mai 1935, S. 1939.2.180 ; 22 Juill. 1938, D. 1939.2.44 ; Trib. Com. Seine, 4 mars 1933, S. 1935.2.15 ; cité dans C. Voutsis, op.cit, p.82.

C'est en ce sens qu'on doit interpréter la jurisprudence lorsqu'elle parle « de l'excédent certain des produits annuels sur les dépenses provenant d'opérations accomplies, et encaissé ou d'un encaissement prochain et équivalent à des espèces en caisse » ou « de valeurs réalisées ou immédiatement réalisables »¹ ou encore « des créances d'un recouvrement immédiat et non susceptible de discussion ».

La formule la plus exacte, parce qu'elle est la plus large et aussi suffisamment précise, paraît être celle qu'on trouve dans un arrêt plus récent de la Cour de Douai rendu le 20 juin 1936 dans l'affaire « Léonard ».

« Attendu... qu'on ne peut considérer comme des bénéfices susceptibles d'être distribués que les sommes formant l'excédent de l'actif sur le passif provenant d'opérations accomplies au jour de la clôture de l'exercice et comprenant soit des espèces en caisse soit des valeurs d'un encaissement certain et prochain équivalent à des espèces en caisse, soit des créances d'un recouvrement aisé et immédiat ».

C'est là la seule solution acceptable et conforme à la volonté du législateur qui, pour protéger le patrimoine social, a voulu sanctionner pénalement la distribution de bénéfices non réellement acquis à la société. Le rapport présenté par M. du Miral au Corps législatif sur la loi du 23 mars ne laisse aucun doute sur ce point :

« On a voulu ainsi exprimer les bénéfices qui ne peuvent plus échapper à la société, qui ne sont plus à l'état de simple éventualité, dont aucun coup du sort, excepté une insolvabilité imprévue ou une destruction fortuite, ne peut plus priver la société. Sans doute, il ne sera pas toujours nécessaire que le bénéfice ait été encaissé ; il pourra résulter d'une valeur, d'une traite, même d'une simple

¹ Cass., 7 mai 1872.1.233, S. 1872.1.123.

créance, pourvue qu'elle soit réputée bonne, non susceptible de discussion, et de nature, suivant les usages du commerce, à figurer à l'actif. »¹.

Certes, la loi du 23 mars 1863 a été abrogée par la loi de 1867 qui a remplacé les termes « bénéfices non réellement acquis à la société » par « dividendes fictifs », mais l'exposé des motifs de cette dernière loi ne laisse aucun doute sur l'identité des termes².

En résumé, le bénéfice réellement acquis à la société est celui qui, sans être nécessairement encaissé, résulte d'une opération accomplie et n'est plus à l'état de simple éventualité de réalisation mais il est d'une réalisation certaine.

Dans l'affaire déjà évoquée auparavant des comptes du Crédit Lyonnais ; la Cour d'appel de Paris³ a relevé, au sujet des comptes sociaux de l'exercice 1941, que l'assemblée générale avait décidé la distribution d'un dividende représentant une somme totale d'environ 807 millions de francs pour un bénéfice distribuable de 1.183 millions de francs, alors que des provisions auraient dû être constituées, à hauteur de 1.100 millions de francs sur le risque SASEA et à hauteur de 100 millions de francs sur un risque immobilier.

Ces provisions, selon la Cour, auraient rendu le résultat négatif et n'auraient pas permis la distribution de dividende, ce qui l'a conduit à juger comme caractérisé le délit de distribution de dividende fictif dont l'ancien président de la société était prévenu.

Section 03 : La distribution d'un dividende

Le délit de distribution de dividendes fictifs ne peut exister qu'à condition que les dividendes aient été effectivement réparties aux actionnaires. C'est là le

¹ C. Voutsis, op.cit, p.83.

² V . historique du délit de distribution de dividendes fictifs, supra, p.16.

³ Cf, E. Dezeuze, op.cit, p.48 ; CA Paris, 9 ch., 23 fév.2005, préc.

troisième et dernier élément objectif du délit, les deux autres étant l'absence ou l'inexactitude du bilan et la fictivité du dividende distribué.

La distribution ou la répartition de dividendes fictifs veut dire mettre effectivement à la disposition des actionnaires les sommes qui leur reviennent à titre de dividendes.

Mais qu'elle est le régime de répartition de dividendes et à quel moment doit on considérer que cette répartition a été effectuée ? et enfin qu'elles sont les formes de distributions de dividendes ?

Sous section I : Le régime de répartition des dividendes

Les dividendes représentent la part de bénéfices que l'assemblée générale ordinaire des associés, lors de sa réunion annuelle, décide de distribuer. Aux termes de l'article L.232-12 et aussi l'article 721-1 du code de commerce algérien, dans les sociétés commerciales, l'assemblée des associés doit d'abord approuver les comptes puis constater l'existence de sommes distribuables et enfin déterminer la part qui revient à chaque associé sous forme de dividendes. En principe versés sous la forme d'espèces, les dividendes peuvent aussi être distribués en actions, voire par attribution à chacun des associés d'actifs sociaux non monétaires¹.

Le droit des biens, longtemps considéré conservateur, présente une potentialité d'adaptation relativement importante. Il avance dans le sens des évolutions techniques et se tourne vers le commerce et l'économie. Ses institutions traditionnelles s'adaptent et l'insertion des droits sociaux dans les catégories juridiques du droit des biens ne les dénature nullement. Il est possible d'observer ainsi que les dividendes sont l'expression du droit de jouissance du

¹ V. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy , Droit des sociétés : Litec 2007, 20^e éd, n° 670 et s ; F.-X. Lucas, Théorie des bénéfices et des pertes : J-Cl, jan.2008.

propriétaire de titres et, qu'en tant que tel, ils suivent le bien dans ses différents transferts jusqu'à leur détachement.

A) *Les dividendes sont l'expression du droit de jouissance du propriétaire :*

Encore une fois¹, le droit des biens vole au secours du droit des sociétés. En effet, le recours à ses catégories juridiques permet de résoudre la question de la répartition des dividendes en cas de transmission des titres. Comme tout propriétaire d'un bien, le propriétaire de titres sociaux est titulaire d'un droit de jouissance. Il est libre de faire fructifier sa chose en percevant les fruits. La jurisprudence s'est ainsi inspirée de la classification des « revenus » des biens, qui distingue les fruits des produits, pour justifier le régime applicable en matière de transmission des titres et elle affirme de façon récurrente que les dividendes sont des fruits. Mais cette qualification, si elle est aujourd'hui largement admise, pose le problème de la naissance des dividendes. Ainsi, après avoir récemment réaffirmé que les dividendes sont des fruits, sans toutefois préciser desquels il s'agit, les juges précisent de manière non équivoque qu'ils n'existent qu'à compter de la décision de l'assemblée générale de les distribuer.

1- les dividendes sont des fruits :

La notion de *fructus* traduit le droit de percevoir les fruits de la chose et de lui en faire produire. Le droit de jouir de la chose peut se manifester de deux manières, l'une matérielle, l'autre juridique. Matériellement, le propriétaire peut percevoir lui-même les fruits de la chose, puis en faire ce que bon lui semble. Il peut également jouir de la chose en ayant recours à des actes juridiques d'administration, voire de disposition en louant le bien, par exemple.

La doctrine et la jurisprudence sont à l'origine de la notion de fruits, qui vise tout ce qui est produit périodiquement par une chose sans qu'elle n'en soit

¹ V. Mercier, « le droit des biens au secours du droit des sociétés, droit des sociétés, Revue mensuelle LexisNexis, Jurisclasseur, Janvier, 2008.

diminuée, c'est-à-dire sans altération de sa substance¹. Ils apparaissent donc comme les revenus d'un bien frugifère, comme des excroissances du capital². Ils présentent deux caractéristiques : ils sont produits à intervalle régulier et ils n'épuisent pas la substance de la chose, contrairement aux produits qui entament le capital et qui ne présentent pas de caractère de périodicité³. L'article 582 du Code civil Français opère une distinction entre différents types de fruits. Les fruits naturels sont définis par l'article 583 du Code civil Français comme étant ceux que la chose produit spontanément sans le travail de l'homme, comme par exemple les fruits recueillis sur des arbres non cultivés, le fourrage des prairies naturelles, le croît des animaux. Les fruits industriels sont définis par l'article 583 du Code civil Français comme étant ceux qui sont produits à l'aide du travail de l'homme, tels que les récoltes des champs, des prairies artificielles, des jardins ou des vignes, les coupes de bois taillis ou de futaies aménagées, la pêche d'un étang. Le propriétaire acquiert ces fruits même s'ils ne sont pas nés de son propre travail, c'est-à-dire s'il fait cultiver sa terre par d'autres individus à son service. Les fruits civils consistent, conformément à l'article 584 du Code civil français, dans les revenus périodiques dus par les tiers auxquels le propriétaire a concédé la jouissance de la chose. Les fruits civils sont constitués par les revenus procurés par l'utilisation juridique de la chose, tels que les loyers des biens loués, les intérêts ou arrérages des sommes prêtées. Le législateur

¹ Cf, M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, les biens, par M. Picard, t.3, LGDJ, 1952, n° 255 ; C. Larroumet, Droit civil, t. 2, Les biens, Droits réels principaux : Economica, 5^e éd., p.224 et s.

² Cf, V. Mercier, op.cit, étude n°1.

³ Idem, étude n°1 : Par opposition aux fruits, on appelle produits tout ce qui provient de la chose, mais sans périodicité ou en épuisant la substance, c'est-à-dire en appauvrissant la valeur de la chose, comme les coupes du bois dans les futaies non aménagées, les matériaux extraits de carrières non exploitées.

Algérien, n'a pas défini chaque type de fruits mais, il a juste expliqué la manière de possession de chacun des fruits naturels, industriels et fruits civils¹.

Il faut donc rapprocher de cette notion, d'une part, les revenus et, d'autre part, les indemnités. Ainsi, le législateur estime que les intérêts sont les fruits d'une somme d'argent, et une partie de la doctrine tend à assimiler à des fruits les indemnités allouées au titre de l'occupation ou de l'utilisation de la chose². Selon cette définition, aucun obstacle n'empêche alors de qualifier de fruits les revenus perçus à la suite d'opération de prêt de titres ou de location d'actions. Les droits sociaux sont donc des choses frugifères, dans la mesure où ils peuvent faire l'objet de contrats à titres onéreux.

Si l'on s'attache plus particulièrement aux obligations, force est de constater que l'obligataire perçoit un intérêt pendant la durée de l'emprunt et obtient, à l'échéance, le remboursement de la somme prêtée. L'intérêt est généralement fixe, mais il est possible de prévoir un intérêt variant en fonction de divers paramètres tenant à l'activité de la société, le résultat ou le chiffre d'affaires, voire le cours de bourse de la société émettrice³. Cet intérêt perçu doit s'analyser en un fruit civil au sens de l'article 584 du Code civil Français.

Quant à la nature juridique des dividendes distribués aux actionnaires, la qualification de fruits est aujourd'hui largement admise⁴, et paraît dériver de la nature des choses, car le seul fait que les dividendes soient des revenus du capital impose de les qualifier de fruits⁵. Cette affirmation n'est pas nouvelle¹ et

¹ Art 837 du code civil Algérien: « le possesseur acquiert les fruits perçus tant qu'il est de bonne foi. Les fruits naturels ou industriels sont réputés perçus du jour où ils sont séparés. Quant aux fruits civils, ils sont réputés perçus au jour le jour ».

² Cf, F. Terré et P. Simler, Droit civil, les biens : Précis Dalloz, 6^e éd., 2002, n° 123, p.117.

³ Cf, M. Cozian et F. Deboissy ,op.cit, n°680.

⁴ CA Versailles, 23 fév. 1990 : Juris-Data n° 1990-600358 ; Bull. Joly 1990, p.553.

⁵ En ce sens, F. Zenati, note sous Cass. com., 23 oct. 1990 : RTD civ. 1991, p.361. Contra. H. Croze et Y. Reinhard, note sous CA Lyon, 23 févr. 1984 : D.1984, p.127 ; cité dans V.Mercier,op.cit, étude n°1

vient d'être réaffirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui énonce que les bénéficiaires « participent de la nature des fruits »².

Doit-on alors considérer qu'il s'agit de fruits civils³ ou, au contraire, refuser cette qualification⁴. La réponse à cette question présente un intérêt dans la mesure où ces différents fruits ne s'acquièrent pas de la même façon. En effet, les fruits civils, sont réputés s'acquérir au jour le jour, comme les intérêts ou des loyers, du fait de leur fixité et de leur périodicité. Par opposition, les fruits naturels ou industriels se détachent régulièrement, au jour de leur réalisation, et s'acquièrent par la perception, comme les fruits d'un arbre fruitier. L'acquisition au jour le jour signifie que les fruits civils sont acquis instantanément avant leur perception. Appliqué à l'associé, cela implique que les dividendes fruits civils s'acquièrent à mesure que s'accumule le bénéfice social. Ainsi, en cas de décès d'un associé, la fraction de dividende courue au jour du décès entre la succession même si le dividende a été fixé et mis en distribution postérieurement au décès. D'autre part, le cédant de droits sociaux a droit, sauf stipulation contraire, aux dividendes distribués postérieurement à la cession, au prorata de la durée de détention des actions. Au contraire, si on les qualifie de fruits naturels, ils reviennent au cessionnaire qui les percevra au jour où ils seront mis en distribution. Selon cette qualification, si le propriétaire cède ses titres après la décision de distribution, mais avant le recouvrement des dividendes, on peut alors envisager une attribution exclusive en faveur du nouvel associé.

¹ Cass. civ., 21 oct. 1931 : DH 1931, p.553; DP 1933, 1, p.100, note P. Cordonnier ; S. 1933, 1, p.137, note Batiffol. Dans le même sens, Cass. civ., 7 juill. 1941 : DH 1941, p.370. Cass. com., 5 oct. 1999 : Juris-Data n° 1999-003368; Bull. Joly 1999, p.1104, note A. Couret.

² Cass. com., 28 nov. 2006 : Juris-Data n° 2006-036163 ; Dr. Sociétés 2007, comm. 12, note J. Monnet; D. 2006, p.3055, obs. A. Lienhard.

³ F. Zenati, note sous Cass. com., 23 oct. 1990 : RTD civ. 1991, p.361 ; V. également Y. Guyon, note sous CA Paris, 6 mai 1993 : Juris-Data n° 1993-021736 ; Rev. sociétés 1993, somm., p.661.

⁴ V. H. Croze et Y. Reinhard, note sous CA Lyon, 23 févr. 1984 : D. 1985. P.127. –Y. Reinhard, note sous Cass. com., 23 oct. 1990 : D. 1991, p.173. –F. Auckenthaler, note sous CA Paris, 29 nov. 1996: ICP E 1997, II, 957.

Dans un premier temps, la jurisprudence a posé le principe de l'assimilation des bénéfices aux fruits civils dès leur réalisation, pour en déduire que les dividendes sont répartis *pro rata temporis*. Elle admettait alors que leur sort dépendait de leur affectation : mis en réserve, ils accroissaient le capital et pouvaient être qualifiés de produits ; distribués, ils conservaient au contraire leur qualité initiale et demeuraient des fruits. Ainsi, qu'il s'agisse de cession ou de succession, la Cour de cassation Française a utilisé, à dix ans d'intervalle, une formule identique : (...) les bénéfices des sociétés commerciales, dans la mesure où, d'après les statuts, ils doivent être répartis périodiquement entre les ayants droit, participent de la nature des fruits civils, auxquels il y a lieu de les assimiler, en ce qu'ils sont réputés s'acquérir jour par jour au cours de chaque exercice social ». la première décision ajoute « qu'il en résulte que, bien que le cessionnaire (...) ait droit aux bénéfices, ceux-ci, lorsqu'ils sont mis en distribution postérieurement à la cession, ne peuvent, à moins de stipulation contraire expresse ou explicite, lui être attribués qu'en proportion de la durée de sa jouissance ». la Cour de cassation Française semble donc, par cette dernière phrase, admettre que les bénéfices sont, dès l'origine, des fruits civils, de sorte que le cédant d'abord, le cessionnaire ensuite, les acquièrent jour après jour et qu'une répartition doit ainsi être faite entre les partenaires en proportion de leur détention. Ainsi, les dividendes se rapportant aux exercices clos avant la cession étaient attribués au cédant, alors que les dividendes de l'exercice en cours au jour de la cession devaient être répartis entre le cédant et le cessionnaire proportionnellement à la durée de leur jouissance respective.

La doctrine majoritaire ne se joint pas à la jurisprudence et préfère adopter une autre argumentation. Les bénéfices sociaux ne seraient des fruits civils qu'à compter de leur mise en distribution. Ainsi, selon l'expression de Monsieur Colomer, « ce n'est pas le bénéfice distribuable qui est le fruit, c'est le bénéfice

distribué »¹. Selon cette analyse, avant leur distribution, les bénéfices ne sont que des capitaux et le demeurent d'ailleurs s'ils sont mis en réserve, de sorte qu'ils n'auront, dans cette hypothèse, jamais reçu la qualification de fruits et n'auront jamais figuré dans le patrimoine du cédant. Si le propriétaire cède ses titres après la décision de distribution et avant le recouvrement, le montant doit alors être réparti *prorata temporis* entre le cédant et le cessionnaire. Ainsi, le cédant a droit, sauf stipulation contraire, aux dividendes distribués postérieurement à la cession, au prorata de la durée de détention des actions. Par ailleurs, en cas de décès d'un actionnaire, la fraction de dividende courue au jour du décès entre dans la succession même si le dividende a été fixé et mis en distribution postérieurement au décès.

Abandonnant, dans un second temps, la règle du *prorata temporis*, la jurisprudence écarte la qualification de fruits civils, au motif que les dividendes ne présentent pas la double condition de fixité et de périodicité². Elle indique que le versement de dividendes dépend à la fois du résultat de l'exercice social et de la décision de l'assemblée générale. Puis elle précise que 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. La Cour suprême s'est donc prononcée en faveur d'une distribution exclusive des dividendes au cessionnaire ou à l'héritier des titres³.

La Cour de cassation Française a récemment réaffirmé la qualification de fruits des dividendes en énonçant que « les sommes qui, faisait partie du bénéfice distribuable sont, après décision de l'assemblée générale, réparties

¹ A. Colmer, Réserves des sociétés et régimes matrimoniaux communautaires : Defrénois 1980, p.1009, spéc, p.1021 ; Droit civil, Régimes matrimoniaux : Litec 1990, 4^e éd ; n° 682.

² R. Micha Goudet, Nature juridique des dividendes : JCP E 1998, p.68, spéc, p.70.

³ Cass. com., 23 oct. 1984 ; Bull. Joly 1985, p.97 ; Rev. Societies 1986, p.97, note J.-J. Daigre. –Cass. com., 11 mars 1986: Bull. Joly 1986, p.506.

entre les associés, participent de la nature des fruits (...) »¹. Cependant, la jurisprudence ne prend pas partie pour qualifier les dividendes de fruits civils ou non. En effet, pour la Cour de cassation, les bénéfices distribués sont des fruits et, le plus souvent, ce constat est suffisant au règlement du litige.

La remise en cause de la qualification de fruits civils n'a cependant pas permis de préciser la nature juridique des dividendes. La difficulté relève de la nécessité d'adapter les catégories traditionnelles du droit des biens. Cela incite donc les auteurs à interpréter le silence des magistrats. Certains nostalgiques de la jurisprudence antérieure affirment que les dividendes ne sauraient souffrir d'une qualification différente de celle des fruits civils, dans la mesure où ils ne sont ni des fruits naturels, ni des fruits industriels². Or, si le dividende a en commun avec le fruit civil d'être monétaire, il s'en distingue en ce qu'il ne rémunère pas la mise à disposition des titres au profit un tiers³.

Parallèlement, une autre partie de la doctrine rejette catégoriquement la qualification de fruits civils et considère que le caractère parfaitement aléatoire de l'existence d'un bénéfice jusqu'à la clôture de l'exercice est difficilement compatible avec la règle de l'article 586 du Code civil Français⁴. Il serait alors envisageable de qualifier les dividendes de fruits par nature, et tout particulièrement de fruits industriels⁵ car « ils résultent de la mise en valeur et de l'exploitation économique de l'entreprise, expression actuelle de l'industrie » et « comme les fruits obtenus par culture, [ils] sont d'une périodicité et d'une quantité aléatoire ». En effet, les dividendes sont directement rattachés aux droits sociaux et ne doivent pas être regardés comme la simple rémunération

¹ Cass. com., 28 nov. 2006, op.cit, note 13 – Cass. com., 5 déc. 2000: Juris-Data n° 2000-007352; Dr. Sociétés, comm., 45, note F.-X. Lucas; Bull. Joly 2001, n°8-9, p.883.

² En ce sens, V. F. Terré et P. Simler, Les biens : Dalloz 2006, 7^e éd, n° 814. – Y. Palcot, Remarques sur le démembrement des droits sociaux : JCP E 1997, I, n° 674.

³ T. Revet, note sous Cass. 1^{re} civ. 12 déc. 2006 : Juris-Data n° 2006-036436 ; Dr. sociétés 2007, comm. 32 ; Bull. Joly 2007, n° 3, p.132.

⁴ S. Piedelièvre : Rép. civ. Dalloz, V° Fruits, mars 2006, n° 33.

⁵ V. not., M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op.cit, n° 681, p.304.

d'un capital investi. « Par nature, donc, l'action a vocation à produire des fruits, sans égard à la quelconque entremise d'un tiers, ni à quelque opération juridique que ce soit ».

Reste à savoir si cette question présente encore une importance. En effet, un auteur relève que la classification tripartite des fruits proposée à l'article 582 du Code civile Français est relative à la détermination des droits de l'usufruitier, et n'a pas une portée générale. Il estime que les « revenus de biens meubles incorporels, et notamment les revenus d'instruments financiers, peuvent être assimilés à des fruits dès lors qu'ils ont un caractère périodique et qu'ils n'altèrent pas la substance de la chose, sans pour autant être des fruits civils, naturels ou industriels au sens de l'article 582 du Code civil Français »¹. Ils pourraient même constituer une catégorie *sui generis* de fruits, ce qui inciterait à penser, selon une certaine opinion², l'emploi de la formule selon laquelle ils « participent de la nature des fruits »³.

Enfin, la précision selon laquelle les dividendes n'existent qu'à compter de la décision de leur distribution permet de penser que les juges dénie aux dividendes la nature de fruits civils. En effet, s'ils n'existent et ne deviennent des fruits qu'à compter de la tenue de l'assemblée des associés, c'est donc que les dividendes ne s'acquièrent pas au jour le jour et qu'ils n'obéissent donc pas au régime de l'article 586 du Code civil Français.

2- Les dividendes n'existent qu'à compter de la décision de leur distribution

Une fois la qualification de fruit admise, reste la question de savoir à quel moment les dividendes acquièrent cette qualité. La difficulté tient au fait que les bénéfices réalisés par une société ne sont pas automatiquement distribués aux

¹ Cf, V. Mercier, op.cit, étude n°1.

² F.-X. Lucas, note sous Cass. com., 5 oct. 1999 : Ingénierie patrimoniale, nov.-déc. 1999, p.15.

³ Cass. com., 5 oct 1999, préc.

associés. Pour percevoir un dividende, deux conditions doivent être remplies¹. Tout d'abord, les comptes de la société doivent attester l'existence de bénéfices distribuables, calculés selon les règles comptables². Ensuite, une décision collective relative à l'affectation des bénéfices distribuables est nécessaire. L'assemblée des associés peut décider de ne pas distribuer ces bénéfices et de les affecter aux réserves. Mais les bénéfices non distribués ne sont pas des dividendes. Constituent des dividendes « les sommes qui, faisait partie du bénéfice distribuable sont, après décision de l'assemblée générale, réparties entre les associés (...) »³.

Les juges ont ainsi précisé de façon très claire que c'est la décision de l'assemblée générale de distribuer les dividendes qui leur confère l'existence juridique⁴. Reprenant les termes de l'article L.232-12 du Code de commerce Français et l'article 721-1 du Code de commerce algérien, la jurisprudence récente de la Cour de cassation se fait plus précise et affirme que les dividendes « n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables, et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé »⁵. La seule clôture de l'exercice est donc insuffisante à leur création⁶. Ainsi, les dividendes n'existent et ne deviennent des fruits qu'à compter de la décision de les distribuer.

¹ Cf, M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op.cit.*, n° 670 et s. –F. –X Lucas, *Théorie des bénéfices et des pertes*, *op.cit.*, Fasc. 15-10, n° 45 et s. –T. Massart, *Contrat de société : Rép. civ.* Dalloz 2006, n° 69 et s.

² Aux termes de l'art 722 C. com. « Le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice net de l'exercice, augmenté des reports bénéficiaires mais diminué du prélèvement prévu à l'article 721 de la part des bénéfices revenant aux travailleurs et des pertes antérieures ».

³ Cass. com., 28 nov. 2006, *op.cit.* note 13.

⁴ Cass. com., 23 oct. 1990, *op.cit.* – Cass. com., 19 sept. 2006: *Juris-Data* n° 2006-035096; *Dr. Sociétés* 2006, comm. 185, note J. Monnet.

⁵ Cass. com., 28 nov. 2006, *op.cit.*

⁶ R. Salomon, note sous Cass. com., 28 nov. 2006, *op.cit.* Sur la position contraire du droit fiscal, V. B. Jadaud, *La répartition des bénéfices sociaux entre cédant et cessionnaire de parts sociales* : *JCP E* 1996.608.

Cela implique que le droit au dividende appartient à celui qui est associé au jour de la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice¹. Tant qu'il n'a pas été statué sur le sort des bénéfices, ils demeurent un élément du patrimoine de la société et seule la décision des organes sociaux de la société de les distribuer permettra de les détacher du capital². Au cours de l'exercice social, aucun associé ne peut prétendre avoir un droit sur les bénéfices puisque le résultat n'est ni défini ni affecté³. En effet, il convient de distinguer les bénéfices distribuables, que certains auteurs qualifient de fruits appartenant à la société⁴, et les bénéfices distribués ou dividendes, analysés comme étant les fruits des titres revenant aux associés. Avant leur distribution, les bénéfices ne sont donc que des capitaux et le demeurent s'ils sont mis en réserve, de sorte qu'ils n'auront, dans cette hypothèse, jamais reçu la qualification de fruits et n'auront jamais figuré dans le patrimoine du cédant. Ainsi, le droit de l'associé aux dividendes n'est pas acquis au jour le jour, mais du fait de la décision de distribution prise par l'assemblée générale. La règle du *prorata temporis* doit donc être écartée et, par voie de conséquence, la qualification de fruits civils⁵.

B) Les dividendes suivent le bien jusqu'à leur détachement :

Les enjeux sont multiples et la réponse aux problématiques soulevées dépendent du fait que les parties aient ou non anticipé la question de la répartition des dividendes au sein d'une convention.

¹ Cass. com., 9 juin 2004 : Juris-Data n° 2004-024213 ; Bull. Joly 2004, § 208, p.1402, note H. Le Nabasque; Dr. sociétés 2004, comm. 204, obs. F.-G. Trébulle ; Dr. et patrimoine, fév. 2005, p.132, obs. D. Poracchia.

² Cf, G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, Traité de droit commercial : LGDJ, t.1, 16^e éd., 1996, n°1521.

³ CA Paris, 4 oct. 2002 : Juris-Data n° 2002-195714 ; Dr. Societies 2003, comm.. 185: « L'assemblée des associés ayant seule le pouvoir de décider de l'affectation des résultants d'un exercice et de la mise en distribution de bénéfice distribuable sous forme de dividendes, la demande en paiement formée par un associé à cette fin ne peut être accueillie ». CA Versailles, 23 févr. 1990 : Juris-Data n° 1990-041233 ; JCP N 1992, II, 172, note Y. Guyon.

⁴ F. Zenati : Rép. civ. Dalloz, V° Usufruit des droits sociaux, 2006, n° 339 et s.

⁵ A. Couret : Bull. Joly, nov. 1999, p.1104.

Le rattachement des dividendes à une catégorie juridique du droit des biens permet de déterminer si l'acheteur doit l'intérêt du prix de la vente jusqu'au paiement du capital (...) si la chose vendue et livrée produit des fruits ou d'autres revenus », doit s'appliquer. La jurisprudence s'est prononcée à deux reprises sur cette question. La seule affirmation que les dividendes participent de la nature des fruits suffit à en déduire que le prix de vente des titres est productif d'intérêts légaux.

La qualification influe ensuite sur l'affectation à la succession ou non des dividendes produits par des droits sociaux. En effet, en cas de décès d'un actionnaire, les dividendes entrent dans le patrimoine du *de cuius* ou de ses ayants droits, selon que la décision de distribution a été prise par l'assemblée générale avant ou après le décès. Selon les principes énoncés par la jurisprudence, si l'assemblée générale décidant la distribution des dividendes a eu lieu avant le décès de l'associé, les dividendes entrent dans la succession. Inversement, si la décision de les distribuer est intervenue après le décès de l'associé, les dividendes ne font aucunement partie de l'actif successoral et reviennent aux héritiers.

Enfin, la question se pose de savoir qui, du cédant ou du cessionnaire, doit percevoir les dividendes de l'exercice précédent ou de l'exercice en cours. La première hypothèse à envisager est celle où la transmission des titres a lieu en cours d'exercice, mais qu'elle est antérieure à la décision de distribution des bénéfices. La jurisprudence a ainsi affirmé que « le droit aux dividendes appartient à celui qui est associé au jour de la décision de l'assemblée de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice »¹. ainsi, la répartition des dividendes se fonde sur le moment d'existence de ces derniers.

¹ Cass. com., 9 juin 2004, préc. Note 44. – Cass. com., 23 oct. 1990, op.cit. – CA Versailles, 23 fév. 1990: Bull. Joly 1990, p.553.

Comme l'a expressément précisé un arrêt récent¹, la créance de dividendes ne naît qu'à compter de la décision de distribution prise en assemblée générale. Avant cette date, les dividendes n'existent pas et l'associé ne peut donc pas les réclamer. En application de cette solution, les actions existant à la date de l'assemblée générale arrêtant les dividendes ont droit à la totalité de ceux-ci. C'est d'ailleurs ce qui a été jugé à propos d'actions créées peu de temps avant la tenue de l'assemblée à la suite de la levée d'options de souscription d'actions². Ainsi, sauf stipulation contraire des parties dans l'acte, l'acquéreur d'actions a droit aux dividendes mis en distribution postérieurement à la cession.

La question est plus délicate dans l'hypothèse où la transmission des titres est postérieure à la décision de l'assemblée générale de distribution des bénéfices, mais antérieurs à leur distribution effective. Pour les sociétés commerciales, l'article L. 232-13 du Code de commerce Français et l'article 724-2 du code de commerce algérien prévoient que le paiement des dividendes a lieu dans les neuf mois de la clôture de l'exercice, l'assemblée générale devant se tenir dans les six mois de la clôture de l'exercice. Les associés peuvent donc prévoir la distribution immédiate des dividendes ou reporter cette date, dans la limite des trois mois suivant l'assemblée des associés. Or, une transmission des droits sociaux peut intervenir pendant ce délai. Doit-on alors attribuer les dividendes à celui qui était propriétaire au moment de la décision de distribution ou à celui qui est propriétaire au moment de la distribution effective.

Certains auteurs estiment que les dividendes ne doivent pas bénéficier au cessionnaire. Ils estiment que le droit aux dividendes étant attaché à la propriété des parts, ces derniers reviendraient pour partie au cédant, au prorata de la durée de sa propriété et pour partie au concessionnaire. Cette analyse se base sur

¹ Cass. com., 28 nov. 2006, op.cit.

² CA Paris, 29 nov. 1996 : Juris-Data n° 1996-023685 ; JCP E 1997, II, 957, note F. Auckenthaler; Bull. Joly 1997, p.207, note J. – P. Valuet; RJDA 1997, n° 513.

l'idée selon laquelle les dividendes seraient des fruits civils à partir de la décision de l'assemblée des associés de les distribuer. La règle de l'acquisition des fruits civils au jour le jour impliquerait alors une attribution immédiate du dividende à l'associé au jour de la décision de l'assemblée.

D'autres auteurs place le problème sur le terrain de l'entreprise et adoptent une vision purement comptable du dividende en l'appréhendant comme le revenu net de l'entreprise. Les dividendes constituent une rémunération du risque lié à la qualité d'associé et leur répartition, comme d'ailleurs celle des pertes sociales, doit se faire en fonction du temps pendant lequel l'intéressé a été associé. C'est donc, la qualité d'associé qui fonde la répartition *pro rata temporis*.

Le recours au droit des biens permet de répondre différemment à cette problématique. Le propriétaire de titres exerce toutes les prérogatives dévolues par le droit réel principal et il est, à ce titre, titulaire d'un droit de jouissance sur ces biens. Les dividendes sont des richesses produites par les droits sociaux. Ils sont l'expression du droit de jouissance du propriétaire et ils appartiennent donc à ce dernier. En tant que fruits, les dividendes font intégralement partie du bien, tant qu'ils n'en n'ont pas été détachés. La propriété des dividendes découle de la propriété des titres et ils suivent donc le bien lors de ses différents transferts. La cession porte sur tous les droits et prérogatives attachés au bien. Les fruits doivent donc être versés en totalité à la personne qui a la qualité de propriétaire au jour de la mise en distribution¹. Cette appréhension est d'ailleurs conforme au droit des sociétés. En effet, comment justifier l'attribution des dividendes à l'usufruitier, alors que celle-ci n'a jamais été considéré comme associé, cette qualification revenant au nu-propriétaire des titres. En revanche, le

¹ Art 676 du Code civil Algérien: « à moins de disposition légale ou de convention contraire, le propriétaire de la chose a droit à tous les fruits produits et accessoires de cette chose ».

démembrement de la propriété lui permet de bénéficier de l'*usus* et du *fructus*, et par conséquent de percevoir les dividendes distribués.

Cette solution a déjà été énoncée en jurisprudence. La Chambre commerciale de la Cour de cassation, confirmant la décision rendue par la Cour d'appel de Lyon, a précisé que les dividendes qui demeuraient attachés aux actions vendues devaient revenir à la société cessionnaire.

Cette analyse, si elle est conforme au droit des biens, est également en adéquation avec les règles boursières, dans la mesure où le règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) dispose que « l'acheteur bénéficie dès le jour de l'exécution de l'ordre de la propriété des droits détachés entre le jour de la négociation et le jour de l'inscription des titres en compte ». Ainsi, l'intégralité du dividende non encore mis en paiement au moment de la négociation est attribuée à l'acheteur. Cette disposition peut paraître choquante, car le cessionnaire acquiert les dividendes alors que l'inscription des titres en compte n'a pas été effectuée et donc à un moment où il n'en est pas encore propriétaire. Cela tient aux conditions de cotation des titres et à l'intégration de la valeur des dividendes dans le prix intégrant le coupon, ce dernier lui est acquis alors même que le transfert de propriété n'interviendra que trois jours de bourse plus tard.

En revanche, la convention de cession des titres peut envisager le sort des dividendes à naître et les attribuer au cédant. Dans cette hypothèse, doit-on considérer que le cédant en est titulaire dès l'origine et quelles en sont les conséquences.

Sous section II : La forme de la distribution de dividendes

Le délit est généralement dénommé « distribution de dividendes fictifs » alors que le texte emploie le terme « répartition » comme le fait observer M.

Delmas-Marty¹. On pourrait croire que le délit n'est constitué que si les associés ont perçu les dividendes fictifs.

Le seul mot de « distribution » est trompeur puisqu'il n'est nullement nécessaire, en effet, que les actionnaires aient effectivement perçu les dividendes dont il s'agit. Sinon la négligence de ces actionnaires ou leur volonté retarderait la consommation du délit. C'est pourquoi il peut y avoir infraction du seul fait de la compensation entre le compte de dividendes à payer et un compte courant d'associés².

Il suffit donc ; pour qu'existe cet élément de l'infraction, que les dividendes soient mis à la disposition des actionnaires, qui acquièrent ainsi un droit privatif sur la valeur répartie.

Il n'y a pas encore délit, de ce point de vue, lors de l'approbation du bilan, ni du seul fait du vote de l'assemblée générale.

À ce stade aucun droit privatif n'existe au profit de l'actionnaire et la tentative n'est pas punissable. Mais l'élément de l'infraction sera constitué par la décision du conseil d'administration (ou des gérants dans les SARL) ordonnant le paiement du dividende³.

À partir de cette décision, les actionnaires acquièrent un droit de créance sur la société égal au montant de leur part de dividende : de revenu social, le bénéfice devient alors un revenu personnel, propre à chaque actionnaire⁴.

Dans un arrêt de 1936, la chambre criminelle Française a bien précisé que le délit de distribution de dividendes fictifs était consommé, dès que le

¹ Cf, M.Delmas-Marty et G.Giudicelli-Delage, Droit pénal des affaires, PUF Thémis, 4^e édition refondue, 2000, p.371-372.

² Cf, Nicole Stolowy, Les délits comptables, op.cit, p.100.

³ Cass.crim.,19 déc.1924, Bull. crim.,n° 420,S.1925,I, p.286., cite dans Lamy droit pénal des affaires, op.cit, p.860.

⁴ Cf, Nicole Stolowy, op.cit, p.101.

dividende a été mis à la disposition des actionnaires, par une décision ouvrant à leur profit un droit privatif dont la valeur entre aussitôt dans leur patrimoine¹. A nouveau cette solution a été reprise, par un arrêt de la chambre criminelle, du 4 décembre 1947 : « le délit est consommé par la décision des administrateurs ouvrant un droit privatif au profit des actionnaires »².

La date d'ouverture de ce droit privatif pourrait être fixée par l'assemblée générale. Mais il n'y aurait pas infraction si les administrateurs, prenant conscience de l'existence des irrégularités du bilan, s'abstenaient de mettre en paiement le dividende décidé par l'assemblée générale³. Or, même si les administrateurs chargés de l'application des décisions de l'assemblée générale exécutent cette résolution, ce sont eux qui commettent le délit de répartition de dividendes fictifs car la loi sanctionne la répartition « opérée », c'est-à-dire la mise en distribution des dividendes et non celle « décidée » par l'assemblée générale.

Peu importe, pour la constitution de l'infraction le mode de répartition des dividendes. Ceux-ci peuvent être payés en espèces, ou selon un autre mode. Le plus souvent les dividendes sont payés en numéraire, mais ils pourraient donner lieu à un paiement car des titres, voire à une compensation. Il y aurait répartition au regard de la loi⁴.

Dans certaines sociétés, il est d'usage de distribuer un acompte sur dividendes en cours d'année, et d'attribuer des tantièmes aux administrateurs.

L'allocation d'une avance sur les bénéfices attendus, ne serait-elle pas alors assimilable, du point de vue pénal, à une distribution d'un dividende fictif ?

¹ Cass.crim., 28 mars 1936, Bull.crim., n° 39, Rev.Trim.Soc.1936, p.172.

² Cass.crim., 4 déc.1947, Dr.pén.1948, p.95.

³ Cass.crim., 21 mai 1935, Rev.Trim.Soc.1935, p.474.

⁴ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, p.860.

A) *Les acomptes sur dividendes :*

En principe, le paiement du dividende se fait annuellement après la clôture de l'exercice social et à une date fixée par les statuts, par l'assemblée générale ou par les dirigeants eux-mêmes.

Cependant, certaines sociétés procèdent, soit en vertu d'une clause spéciale des statuts, soit dans certains cas, même dans le silence des statuts, à la distribution en cours d'exercice d'un acompte sur le montant des bénéfices attendus de cet exercice. Le dividende attribué à chaque actionnaire est ainsi divisé en deux fractions : l'une représentée par l'acompte et payée par prélèvement avant la fin de l'année sociale, l'autre correspondant au solde et répartie seulement après la confection des écritures sociales annuelles et leur approbation par l'assemblée générale.

La distribution d'un acompte doit être traitée de la même manière que la distribution d'un dividende de fin d'exercice. Elle donne lieu, par conséquent, à l'application des peines du délit de distribution de dividendes fictifs si elle est opérée en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux alors que la situation sociale n'est pas bénéficiaire¹. L'acompte doit donc être justifié à l'époque de sa distribution par un inventaire mensuel ou semestriel faisant ressortir des bénéfices suffisants à son paiement. Dans ces conditions, la distribution d'un acompte ne peut, quels que soient les événements ultérieurs, donner lieu à des poursuites pénales.

Cette faculté de distribution des acomptes sur dividendes est prévue par l'article 723alinéa 2 du code de commerce, de même par l'article L.232-12 du nouveau code de commerce Français², qui fixe les règles de cette

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.89.

² Art .232-12 du c.com Français : « 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 et déduction faite, s'il y a

distribution. « ...Toutefois ne constituent pas des dividendes fictifs les acomptes à valoir sur les dividendes d'exercice clos ou en cours dont le conseil d'administration décide la répartition avant que les comptes de ces exercices aient été approuvés :

1°- lorsque la société dispose, après la répartition décidée au titre de l'exercice précédent, de réserves autres que celle prévue à l'article 721, d'un montant supérieur à celui des acomptes ;

2°- Ou 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 a réalisé, au cours de l'exercice, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, et déduction faite, s'il y a lieu, des pertes antérieures, ainsi que du prélèvement prévu à l'article 311, des bénéfices nets supérieurs au montant des acomptes ».

B) L'attribution de tantièmes aux administrateurs :

Les administrateurs des sociétés anonymes ne reçoivent pas forcément un salaire mais il est rare que les statuts ne leur accordent pas en dehors du remboursement éventuel de leurs frais de déplacement ou de mission une rémunération sous la forme de jetons de présence, passés pour frais généraux, et des tantièmes prélevés sur les bénéfices dans les limites édictées par les articles 727 et 728 du code de commerce qui stipulent que le versement des tantièmes au conseil d'administration, selon le cas, est subordonné à la mise en paiement des dividendes aux actionnaires . et le montant des tantièmes ne peut excéder le dixième du bénéfice distribuable, sous déduction :

1° des réserves constituées en exécution d'une délibération de l'assemblée générale ;

lieu, des pertes antérieurs ainsi que des sommes à porter en réserves en application de la loi ou des statuts, a réalisé un bénéfice, il peut être distribué des acomptes sur dividende avant l'approbation des comptes de l'exercice ».

2° des sommes reportées à nouveau pour la détermination des tantièmes, il peut, en outre, être tenu compte des sommes mises en distribution qui sont prélevées dans les conditions prévues à l'article 722 alinéa 2. Les sommes incorporées au capital ou prélevées sur les primes d'émission ne peuvent rentrer en compte pour le calcul des tantièmes.

Certains auteurs en France estiment que les tantièmes, étant prélevés sur les bénéfices nets de la société, doivent être assimilés à des dividendes, et, par conséquent, le délit de distribution de dividendes fictifs devrait être retenu si les bénéfices étaient fictifs¹.

D'autres, en faisant valoir que le droit fiscal a son domaine propre, soutiennent que l'attribution aux administrateurs des tantièmes ne pouvait en aucun cas réaliser le délit de distribution de dividendes fictifs².

Mais il faut reconnaître que cette assimilation n'a du point de vue pénal, aucun intérêt pratique puisque l'article 727 du code de commerce subordonne l'attribution aux administrateurs de tantièmes à la mise en distribution aux actionnaires de dividendes.

Il importe alors peu si les tantièmes sont fictifs puisque le délit est déjà caractérisé par la distribution des dividendes.

Sous section III : La date de la distribution de dividendes fictifs

Très précisément la loi vise un acte de répartition. Une première analyse, étroite, veut que l'infraction ne soit constituée que si les associés perçoivent effectivement les dividendes. A l'opposé se situe une analyse maximaliste, repoussant en amont la date de commission du délit au vote de l'assemblée générale. Ces deux conceptions n'ont eu ni faveur de la doctrine, ni celle de la

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.90.

² Idem, p .90.

jurisprudence¹. L'une en effet n'est pas conforme au texte de loi, la distribution n'étant pas en effet synonyme de la répartition. Quant à l'autre, elle a l'inconvénient de faire jouer l'incrimination dans les situations où l'actionnaire ne jouit encore d'aucun droit privatif, ce qui est manifestement abusif.

La jurisprudence Française, approuvée par les auteurs, s'est donc arrêtée à une conception intermédiaire. Le fait de répartition est ainsi réalisé dès que les actionnaires ont acquis « un droit privatif » présentant un caractère « ferme et non précaire », leur conférant un droit de créance sur la société². En d'autres termes, la décision considérée doit « ouvrir à leur profit un droit privatif dont la valeur entre aussitôt dans leur patrimoine »³ et ce droit, selon l'article 723 alinéa 1 du code de commerce et aussi l'article L.232-13 du code de commerce Français est acquis par la décision de l'assemblée générale dans le cas où elle vote elle-même les modalités de mise en paiement des dividendes, ou, le plus souvent, par la décision du conseil d'administration de mettre en distribution le dividende voté par l'assemblée générale⁴.

De ce fait le délit n'est pas constitué si le conseil d'administration ne donne pas suite à la décision de répartition d'un dividende voté par l'assemblée générale.

Dans un jugement du tribunal correctionnel de la seine⁵, la décision de l'assemblée générale ne constitue qu'un acte préparatoire qui ne saurait suffire pour consommer le délit.

L'assemblée générale, tant que la mise en paiement du dividende n'a pas été ordonnée par le conseil d'administration, peut revenir sur sa décision antérieure et a fortiori ajourner la date du paiement¹.

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.199.

² Cf, idem, p.199.

³ Cass.crim., 28 mars 1936 ; journ. Sociétés 1936, p.653 ; Bull.crim, n°34, Rev.trim.Soc.1936, p.172.

⁴ Cass.crim., 28 mars 1936, idem, p.653.

⁵ T.corr.Seine, 20 déc. 1933 : Gaz.Pal.1934, 1, p.331.

Le vote de l'assemblée générale autorisant la distribution des dividendes, pas plus que le quitus obtenu pour sa gestion, ne sauraient dégager l'administrateur de sa responsabilité pénale encourue².

Il en est de même en cas d'annulation ultérieure par la juridiction civile de la distribution délictueuse³.

- **Modalités de paiement du dividende :**

Par application du principe que le délit est caractérisé dès qu'une décision du conseil d'administration ou du gérant a créé un droit définitif au profit des actionnaires, la distribution effective et délictueuse peut être réalisée par tout moyen légal de paiement.

Certes, lorsque le conseil d'administration annonce par exemple que les fonds sont mis à la disposition des actionnaires aux guichets de la société ou remis à une banque pour être mis en paiement, ce paiement aura lieu normalement par remise matérielle d'espèces⁴.

Mais il peut arriver que la société procède différemment, soit vis-à-vis de tous les actionnaires par voie de remise d'actions gratuites à la suite d'une incorporation des réserves au capital, soit vis-à-vis de certains d'entre eux par voie de compensation, de virement en banque ou d'attribution d'obligations⁵. Ce mode de distribution des dividendes est indifférent en l'hypothèse, du fait que l'infraction est consommée au jour de la décision du conseil d'administration, et que les modalités de cette répartition n'en sont plus que la conséquence et la mise en application : ainsi en matière de distribution d'obligations à un actionnaire en paiement de sa part de dividendes est assimilé, pour

¹ Cass.crim., 21 mai 1935 : Rev. trim.soc 1935, p.474.

² Cass.crim., 21 juill. 1898 : Rev.sociétés 1898, p.407 ; 10 nov.1942 :Rev.sociétés 1943, p.302.

³ CA Lyon, 16 mars 1899 : DP 1900,2, p.139 ; cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.199.

⁴ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.95.

⁵ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p .200.

l'accomplissement du délit, à une remise d'espèces. Sur ce point, la Cour de Lyon s'est exprimée ainsi¹ :

« Qu'il importe peu qu'il n'ait pas touché sa part en espèces monnayées, et qu'il ait été payé soit par l'inscription au crédit de son compte avec la société de la somme à laquelle il avait droit, soit, comme il déclare lui-même, en se faisant attribuer en paiement des obligations de la société ».

La distribution effective du dividende et son paiement peuvent donc résulter de l'attribution d'obligations qui, en droit, transforme l'actionnaire, jusqu'à concurrence du montant nominal de ces obligations, en créancier de la société.

Le paiement du dividende pourraient également être opérés par voie de compensation et de virement de comptes, c'est ce qu'après la Cour de Paris² et la Cour de Cassation³ a décidé en ces termes :

« Attendu qu'il n'est point nécessaire que la distribution ait eu lieu matériellement ; qu'elle peut s'effectuer par voie de compensation et spécialement par l'affectation de valeurs à la libération d'actions antérieurement souscrites, que ce mode d'attribution n'enlève pas aux bénéficiaires distribués le caractère légal de dividendes et que si la valeur ainsi employée n'est pas fictive, l'opération rentre dans les termes des articles 15, n°3, et 45 de la loi du 24 juillet 1867 ».

La distribution effective et délictueuse de dividendes fictifs peut donc être réalisée par tout moyen légal de paiement.

¹ CA Lyon, 16 mars 1899, op.cit, p.139.

² Paris, 19 mars 1883, DP.1883.1.426, Journ. Soc.1883, p.428, cité dans C. Voutsis, op .cit, p.96.

³ Cass.crim., 23 juin 1883, DP.1883.1.425, S.1883.1.428 ; cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.200 ;

v .aussi, J.H.Robert et H. Matsopoulou, Traité de droit pénal des affaires, P.U.F, Coll. Droit fondamental, 2004, n°302.

**CHAPITRE II : L'ÉLÉMENT MORAL ET LE PROBLÈME DE
L'IMPUTATION**

La distribution de dividendes fictifs, envisagée du point de vue pénal, suppose un élément moral, c'est-à-dire le fait interne sur lequel se fonde la culpabilité du prévenu.

C'est dans cet élément moral que se range l'intention délictueuse à défaut de laquelle le délit de distribution de dividendes fictifs ne saurait être relevé. Celui-ci se différencie de la sorte des délits, d'une part, d'imprudence, et, d'autre part, purement matériels qui ne sont punis que sur la simple constatation de la transgression d'une disposition légale sans qu'il soit nécessaire de prouver l'intention délictueuse ou l'existence d'une faute¹.

Aussi il est nécessaire d'étudier tout d'abord l'intention délictueuse, élément constitutif du délit de distribution de dividendes fictifs, et d'examiner, ensuite, les questions relatives à l'imputation de la responsabilité pénale et à la répression.

Section 01 : La mauvaise foi

Le délit suppose que les dirigeants aient eu connaissance de la fictivité des dividendes dont ils ont opéré la répartition. Donc pour qu'il y ait infraction, il ne suffit pas qu'il y ait répartition de sommes ne constituant pas des bénéfices distribuables, il faut encore que le dirigeant ait agi sciemment, c'est-à-dire de mauvaise foi².

La mauvaise foi est une notion psychologique qui n'est pas définie par la loi. Aucune règle générale n'a été, en effet, posée par le code pénal, et les lois qui s'y rattachent ont évité de la définir. Nulle part on ne trouve, ainsi, d'article

¹ Cf, P. Bouzat et J. Pinatel, Traité de droit pénal et de criminologie, t.I, Paris, Dalloz, 1963, n°119.

² Cf, M-P Lucas de Leyssac, A. Mihman, op .cit, p.416.

visant uniquement et spécialement la mauvaise foi, soit comme élément constitutif soit comme circonstance aggravante des infractions pénales¹.

Que faut-il alors entendre par intention délictueuse, élément caractérisant la mauvaise foi des administrateurs ou gérants ?

La nécessité d'une intention délictueuse résulte assurément de l'emploi des termes « fictif », « frauduleux » et « sciemment »².

Même si les articles L.241-3, 2° et L.242-6, 1° du code de commerce Français n'en font plus mention, cela résulte de l'alignement du code de commerce sur le nouveau code pénal Français, l'article 121-3 de ce code précisant que tous les délits sont des infractions intentionnelles, sauf lorsque la loi en dispose autrement³. L'intention requise va consister dans la connaissance de l'inexactitude de l'inventaire ou du bilan et de la fictivité des dividendes⁴.

Le législateur Algérien quant à lui a préservé dans les textes incriminants la distribution des dividendes fictifs, l'obligation de l'existence du dol général c'est-à-dire l'acte commis sciemment.

L'intention donc est la réalisation consciente de tous les éléments constitutifs du délit. L'intention délictueuse ou mauvaise foi doit donc s'entendre de la connaissance des circonstances qui d'un acte apparemment licite peuvent faire un délit, autrement dit la connaissance des faits que la loi indique comme constitutifs du délit.

Certes, tous les auteurs d'infractions de même nature juridique poursuivent le même but intentionnel. Mais c'est l'intention finale qui est la cause véritable de

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.99.

² Cass.crim., 23 juin 1883 : DP 1883,1, p.425, cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.200.

³ Cf, H. Matsopoulou, Le nouveau code de commerce et le droit pénal des sociétés, D.2001, P.2021 ; T. Garé, Brèves observations sur la recodification du droit pénal des sociétés, Bull. Joly sociétés 2000, p.885.

⁴ Cf, J-H. Robert et H. Matsopoulou, op. cit, n°301, p.486.

l'infraction, l'origine unique du délit accompli ; en d'autres termes, on n'exécute pas l'acte pour l'acte lui-même mais en vue des avantages, des satisfactions directes ou indirectes qu'il procure. Ainsi à coté de l'intention délictueuse se rattachant au fait incriminé lui-même, viennent se ranger plusieurs intentions corrélatives qui toutes exercent leur influence dans l'appréciation de la culpabilité. Le droit pénal des sociétés trouve de la sorte une raison de plus de son autonomie : le mobile y étant pris en considération plus souvent que le droit commun.

Cette thèse a été notamment soutenue par M. Tchernoff¹ qui écrit :

« ... le dol que le législateur a cherché à atteindre à l'occasion des sociétés par actions est un dol spécial dont la cupidité est le trait caractéristique. La jurisprudence postérieure nous semble avoir dépassé le but en écartant la notion du mobile, qui, dans la circonstance, n'est autre chose que le dol spécial ».

Dès lors la question qui se pose de savoir qu'elle est l'époque de la mauvaise foi et où commence le domaine de la mauvaise foi et finit celui de la négligence ?

Sous section I : La date de la mauvaise foi

Le problème de l'époque à laquelle il faut se placer pour apprécier la mauvaise foi de l'auteur du délit est généralement compliqué du fait que la distribution d'un dividende est une opération successive qui s'effectue en de multiples phases parmi lesquelles la date de la confection du bilan annuel sur la base duquel le dividende est distribué et celle de la mise en distribution effective par une décision du conseil d'administration ou la gérance sont les plus importantes.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.103.

Dans ces conditions le problème qui est posé c'est de savoir si la mauvaise foi doit être appréciée à l'époque où le bilan a été établi, c'est-à-dire à la date de la clôture de l'exercice considéré ou, par contre, à l'époque où les dividendes ont été effectivement distribués.

A) Mauvaise foi à la date du bilan :

On sait que parmi les rôles légaux attribués au bilan ou à l'inventaire, il y en a un qui est fondamental et consiste à révéler le chiffre des bénéfices à répartir entre les actionnaires. C'est lui qui détermine pour les administrateurs ou gérants de sociétés l'obligation impérieuse d'inventorier toute chose appartenant à la société avec exactitude et sincérité¹.

Sans doute la détermination d'un bénéfice annuel revêt-elle un caractère arbitraire et conventionnel. Mais en vertu du principe de l'annualité des répartitions, il faut à la fin de chaque exercice arrêter les comptes sociaux et fixer le chiffre du dividende qui doit être distribué aux actionnaires.

Ce chiffre est d'abord arrêté par les administrateurs ou gérants chargés de déterminer le montant des bénéfices et de proposer la distribution aux actionnaires d'une partie de ces bénéfices. L'assemblée générale est ensuite, appelée à approuver les propositions de dividende qui lui sont faites². Toutes ces opérations expliquent pourquoi, selon certains auteurs, la mauvaise foi ne devrait jamais être appréciée à une date postérieure à la clôture du bilan et à son approbation par l'assemblée générale.

Juridiquement, il faut faire une distinction entre la date à laquelle on doit se placer pour apprécier la fictivité du dividende et la date à laquelle les dirigeants de sociétés ont eu connaissance de cette fictivité, car de toutes les façons les

¹ Cf, J. Lacombe, Régularité et sincérité des comptes et image fidèle de l'entreprise : la quadrature du cercle, in Etudes offertes à R. Roblot, aspects actuels du droit commercial Français, LGDJ, 1984, p.311.

² Cf, C. Voutsis, op.cit , p.109.

dirigeants devraient s'abstenir de mettre en paiement le dividende s'ils ont eu connaissance de l'irrégularité du bilan postérieurement à son établissement¹.

C'est ainsi que s'est prononcée la Cour de Cassation en France dans un arrêt du 25 juin 1927 rendu dans l'affaire « Banque industrielle de Chine », affaire qui a donné lieu à de nombreuses décisions².

Dans cette affaire, la Cour de Paris, dans son arrêt du 16 novembre 1925, après avoir reconnu sincère et régulier à la date de son établissement le bilan, le déclare ensuite frauduleux sous prétexte que les événements postérieurs à l'établissement de l'inventaire auraient modifié la situation de la société.

La Cour de Cassation a annulé cette décision en déclarant que le délit de distribution de dividendes fictifs ne saurait être caractérisé si le bilan, lors de son établissement, était exact et sincère.

Sur renvoi, la Cour d'appel d'Orléans, pour écarter la contradiction et prononcer la condamnation des prévenus, a déclaré que les risques courus par la banque qui avait ouvert des crédits très importants à des particuliers, étaient actuels au moment de la confection du bilan, et dès lors les créances à cette époque auraient dû comporter des provisions suffisantes³.

Mais si le caractère fictif du dividende doit s'apprécier au jour de l'inventaire la connaissance de la fictivité peut être postérieure à l'établissement du bilan et à son approbation par l'assemblée générale, et antérieure à la mise en distribution effective du dividende par la décision du conseil d'administration.

¹ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, n°2013, p.861 ; aussi A. Barrault, La notion de dividendes fictifs, les éditions Domat. Montchrestien F Lovition et C^{ie}, Paris, 1937, p.214.

² Cass.crim., 25 juin 1927, GAZ. PAL. 1927, 2, jur., p726, cité dans Lamy droit pénal des affaires, op.cit , n°2013, p.861.

³ Cf, Deprez, l'élément intentionnel dans les délits relatifs au bilan, in le droit pénal spécial des sociétés anonymes, Etudes de droit commercial, sous la direction et avec une préface de J. Hamel, Dalloz, 1955, p.240 à 275.

En d'autres termes la mauvaise foi doit être appréciée à la date à laquelle le droit privatif au dividende s'est ouvert pour chaque actionnaire.

B) La date de la distribution effective :

Le titre juridique qui crée le droit privatif des actionnaires sur le dividende est d'après la jurisprudence et la majorité de la doctrine soit le vote de l'assemblée générale, si le dividende est réel, soit la décision du conseil d'administration, si le dividende est fictif¹.

Ainsi en adoptant une telle distinction la jurisprudence laisse-t-elle la possibilité aux dirigeants de sociétés de se refuser à la distribution des dividendes fictifs malgré le vote intervenu en assemblée générale ordinaire, c'est ainsi que la Cour de Cassation Française dans son arrêt du 25 juin 1927 cité précédemment a déclaré que : « ... pour apprécier la légalité des dividendes et de l'inventaire, il faut considérer, uniquement la situation de la société à l'époque, soit de la rédaction de l'inventaire , soit de la distribution de dividende incriminée² ».

Dans un autre arrêt³, se trouve la même idée plus nettement exprimée de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 28 mars 1936.l'arrêt est rédigé en ces termes :

« Attendu qu'en l'état de ces constatations, qui fixent au 5 octobre des dividendes fictifs ont été mis en distribution en 1929 et 1930, au profit des actionnaires de la banque, par décision du conseil d'administration des 5 octobre et 15 octobre et au moyen de bilans frauduleusement établis par Ch..., administrateur de la société ;

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit , p.111.

² Cass.crim., 25 juin 1927, D.H.1927.523., cité dans C. Voutsis, op.cit, p.111.

³ Cass.crim., 28 mars 1936, Rev. Sp. Soc.1936, p.454, cité dans C. Voutsis, op.cit, p.111.

Attendu qu'en l'état de ces constatations, qui fixent au 5 octobre 1929 et au 15 octobre 1930 les dates aux quelles un droit privatif a été créé au profit des actionnaires de la société, l'arrêt attaqué n'a pu, sans qu'il y ait contradiction, se placer à la date du 4 juin 1931 pour apprécier le caractère frauduleux des bilans ».

Il résulte de ces arrêts donc que la date extrême à laquelle le juge peut se placer pour apprécier la mauvaise foi du prévenu est celle de la distribution effective du dividende.

Sous section II : La preuve de la mauvaise foi

La mauvaise foi consiste en l'occurrence dans la connaissance, par le prévenu, tant du caractère fictif des dividendes que de l'inexactitude de l'inventaire ou du bilan, ou des conditions dans lesquelles la répartition d'un dividende a été décidée. Il en résulte que la mauvaise foi de l'administration doit exister à la date de confection du bilan.

Si l'irrégularité du bilan n'apparaît qu'ultérieurement, l'administration ne saurait se retrancher derrière sa bonne foi lors de la confection du bilan si, s'apercevant par la suite de la fictivité du dividende, il met effectivement en distribution le dividende voté.

La preuve de la mauvaise foi doit être établie à l'encontre de chacun des administrateurs en vertu du principe de la personnalité de la responsabilité pénale.

Il n'existe pas en l'espèce de responsabilité collective. Certains des administrateurs peuvent bénéficier d'une décision de relaxe et la responsabilité pénale des autres peut être simultanément retenue¹.

¹ Cass.crim., 24 avril 1891 : DP 1893, 1, p.49, cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit , p.200.

Le mobile enfin, auquel a obéi le prévenu, importe peu. Il suffit qu'il ait conscience que la véritable situation de la société a été dissimulée.

À vrai dire, la preuve de la mauvaise foi, dont la charge incombe au ministère public, résultera de la nature des fraudes constatées, certaines étant si évidentes qu'elles n'ont pas pu échapper à la vigilance normale d'un dirigeant. Aussi la mauvaise foi ne saurait être exclue du seul fait que la répartition a été envisagée avec l'accord du commissaire aux comptes¹.

Même si l'ont peut induire la mauvaise foi des connaissances comptables des dirigeants², il peut arriver que la bonne foi soit admise dans les circonstances suivantes :

- Entrée ultérieure des prévenus dans la société, voir même leur entrée récente³.
- Rôle effacé des prévenus dans l'administration de la société⁴, par exemple en ce qui concerne des administrateurs qui n'auraient pas obtenu communication des inventaires et bilans, du fait de l'influence quasi dictatoriale du président⁵.

De même, pourrait ne pas être poursuivi l'administrateur n'ayant pas siégé à la réunion du conseil d'administration ayant opéré la répartition des dividendes, à moins qu'il soit possible d'établir son adhésion à la décision par l'envoi d'une procuration⁶. Il en serait de même si l'administrateur venait de prendre ses fonctions.

Nature des inexactitudes relevées⁷.

¹ Cass.crim., 31 octobre 2007, n°06-85.676., cité dans Lamy droit pénal des affaires, op.cit , p.860.

² Cf, A. Touffait - J .Robin-J. Lacoste, Délits et sanctions dans les sociétés, Sirey, 2° éd, 1973, n°231.

³ Cass. Crim., 19 novembre 1887 : S.1888, 1, p.139.

⁴ CA Douai, 18 avril 1929 : Rev. Sociétés 1929, p.421 ; journ. Sociétés 1931, p.284 confirmé par Cass. crim., 30 mai 1930 : Bull. crim . n°164 ; Rev. Sociétés 1930, p.325.

⁵ Cass. crim., 1^{er} mars 1945 : D.1946, p.129, note Chéron.

⁶ Cf, W. Jeandidier , Droit pénal des affaires , op.cit , n°291.

⁷ T.corr.Seine, 18 mars 1887 et 28 juillet 1887 : DP 1888,2,p.129 ; CA Besançon, 5 novembre 1936 : Rev.Trim .Sociétés 1937, p.51, cité dans P. Conte et W. Jeandidier , op.cit , P.201.

Enfin il est évident que si la preuve de la mauvaise foi n'est pas rapportée, la condamnation du prévenu n'est pas possible.

Une décision récente en France¹ rappelle fort opportunément cette règle. Selon cet arrêt, si les experts désignés par la Cour ont estimé que le président a fait preuve de légèreté en ne s'assurant pas de la sincérité des documents communiqués ad hoc et qu'il ne bénéficiait pas d'une certitude suffisante sur la situation patrimoniale de l'entreprise pour se permettre de proposer le versement d'un acompte sur dividendes, il reste que la preuve n'est pas indubitablement rapportée que la distribution de dividendes ait préjudicié aux intérêts de la société ni que, partant le prévenu ait eu conscience d'agir contre les intérêts de celle-ci.

Certes la négligence dont ont pu se rendre coupables certains administrateurs en ne vérifiant pas avec attention les écritures comptables de fin d'année, négligence susceptible d'entraîner leur responsabilité civile, ne saurait en principe justifier leur maintien dans les liens de la prévention².

Il n'y a pas davantage présomption de mauvaise foi tirée de la seule qualité d'administrateur du prévenu. Néanmoins certaines irrégularités sont d'une nature telle qu'elles rendent vraisemblable l'esprit de fraude chez ceux qui ont établi le bilan. Ainsi la mauvaise foi des prévenus, d'après les principales décisions rendues, ressort de leur fonction même de gérant ou d'administrateur³; de leur expérience des affaires et de leur situation prépondérante dans la société, de leur connaissance de la situation obérée de la société⁴; de l'omission d'établissement d'un inventaire; de la nature et du nombre des fraudes portées sur les inventaires⁵.

¹ CA Paris, 14 juin 1995 : Dr. Sociétés 1995, n°219, obs .D. Vidal, cité dans E. Dezeuze, op.cit, p.49.

² Cass. Crim., 24 avril 1891 : DP 1893, 1, p.49, cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.201.

³ Cass. Crim., 30 mai 1930 : Rev. Sociétés 1930, p.326.

⁴ Cass. Crim., 24 avril 1891 : DP 1893, 1, p.49.

⁵ CA Grenoble, 6 décembre 1934 : Rev. Trim. Sociétés 1935, p.42.

Section 02 : Traitement pénal de l'infraction :

La responsabilité, qui en droit pénal consiste dans l'obligation de répondre des conséquences de ses actes délictueux, exige, en règle générale, la culpabilité, c'est-à-dire la commission d'une faute intentionnelle ou d'imprudence, et l'imputabilité consistant dans la possibilité de mettre la faute au compte de celui qui l'a commise. En d'autres termes, tandis que la culpabilité suppose la commission d'une faute au sens large du terme, qui constitue l'élément moral de l'infraction, l'imputabilité est une qualification de l'auteur de cette infraction.

Donc la responsabilité pénale n'existe pas et en conséquence aucune peine ne peut être prononcée lorsqu'il n'y a pas de faute ou lorsque la faute n'est pas imputable à son auteur.

Ainsi parmi les causes qui suppriment la responsabilité pénale, on peut distinguer les causes objectives de non- responsabilité ou faits justificatifs et les causes de non- responsabilité ou causes de non- imputabilité¹. Alors que les premières, ayant un caractère subjectif, font disparaître seulement la responsabilité pénale de celui chez qui elles se rencontrent, les autres, coauteurs et complices, demeurant responsables.

Mais tout d'abord il est important de savoir à qui est imputable par la loi l'acte délictueux de distribution de dividendes fictifs, et examiner, ensuite, les circonstances diverses qui ont permis aux juges d'imputer ou non la responsabilité pénale aux prévenus.

Sous section I : Personnes punissables

L'action publique, qui tend à l'application d'une peine ou d'une mesure de sureté et qui suppose une responsabilité pénale, ne peut être exercée que contre

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.118.

ceux qui sont pénalement responsables, c'est-à-dire contre les auteurs et les complices du délit.

A) Les auteurs principaux :

Les auteurs principaux du délit sont d'abord et avant tout des dirigeants de droit¹, à savoir dans les sociétés anonymes, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux ; dans les sociétés anonymes à directoire, les membres du directoire ; et dans les sociétés à responsabilité limitée, les gérants.

Les gérants et administrateurs responsables sont ceux qui sont en fonction au jour de la décision du conseil créant un droit privatif au profit des actionnaires, et non pas au jour de la confection du bilan ou de son approbation². Même s'ils n'ont pas assisté à la délibération qui a décidé de rendre publique l'annonce de la mise en distribution, du moment qu'ils étaient au courant des affaires de la société et n'en avaient pas moins laissé décider, commencer et continuer la distribution du dividende à moins qu'ils ne s'y soient opposés. Le tribunal de la Seine a jugé³ que doit être considéré comme ayant participé aux actes délictueux, l'administrateur qui, bien qu'il n'ait pas assisté à la délibération qui a décidé de rendre publique l'annonce de la mise en distribution d'un dividende, reconnu depuis fictif, était en courant des affaires de la société, notamment de la publicité faite autour des actions, et n'en a pas moins laissé décider, commencer et continuer, la distribution du dividende. Il en est de même de l'administration qui, n'assistant pas à la délibération et n'ayant connu qu'après coup la décision prise, s'est contenté d'une protestation purement verbale et platonique et n'est pas intervenu d'une manière effective pour faire annuler une décision qu'il jugeait critiquable.

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.202.

² Cass.crim., 19 novembre 1887 : S.1889, 1, P.139 ; V. aussi, A. Touffait, délits et sanctions dans les sociétés, op.cit, p.243.

³ T.corr. Seine, 4 juin 1923 : Journ. Sociétés 1923, p.509.

Par contre le tribunal correctionnel de la Seine ¹a relaxé un administrateur qui, au conseil décidant de la distribution, s'y était opposé, mais s'était finalement incliné devant la décision des autres membres, en s'abstenant de démissionner. Le tribunal a relevé qu'il n'avait signé le procès-verbal du conseil qui cependant constatait l'unanimité des membres. De même la chambre criminelle de la Cour de Cassation a admis qu'avait pu être légitimement relaxés les administrateurs d'une société dans laquelle le président du conseil d'administration exerçait une sorte de dictature et qui n'avaient pu avoir communication des documents, en particulier des inventaires et des bilans dont l'examen avait révélé plus tard le caractère frauduleux ².

Ne peuvent être retenus comme auteurs principaux les administrateurs ayant participé à la confection de l'inventaire frauduleux, mais ayant cessé leurs fonctions antérieurement à la décision de mise en distribution effective des dividendes. Ils peuvent seulement l'être comme complices³. L'administrateur nommé postérieurement à la décision du conseil de mettre en distribution le dividende fictif, ne peut être condamné en raison du défaut de participation à la préparation du délit⁴. En revanche, le liquidateur ne paraît pas devoir faire l'objet de poursuites pénales. Le délit de distribution de dividendes fictifs n'est en effet pas repris dans l'énumération des infractions qui le concernent (V. notamment art.840 du code de commerce, qui prévoit à son encontre les délits d'abus de biens sociaux).

Enfin pour terminer sur le thème des auteurs principaux, il faut encore faire trois remarques. Les personnes morales ne sont pas responsables

¹ T. corr. Seine, 15 juill. 1937, infirmé sur ce point par CA Paris, 18 juill. 1938 : Gaz. Pal. 1938, 2, p.194.

² Cass. Crim., 1^{er} mars 1945, D.P., 1946. J. 129, note Chéron, cité dans A. Touffait, op.cit, p.244 ; aussi M-P Lucas de Leyssac et Alexis Mihman, op.cit, p.417.

³ Cass.crim., 24 juill. 1866 : Rev. Sociétés 1887, p.6, cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.202.

⁴ Cass.crim., 19 nov.1887 : DP 1888, 1, p.191.

pénalement. Ainsi, si une société est administrateur d'une autre, c'est son représentant permanent qui est exposé aux sanctions pénales¹, car il y aurait quelques illogisme à ce que la société voit sa responsabilité pénale mise en œuvre pour une distribution décidée par l'assemblée générale : la société elle-même serait la première victime du délit puisque la distribution aurait conduit à indûment entamer son patrimoine, et ce au profit des associés².

Et en deuxième lieu, à côté des dirigeants de droit, les dirigeants de fait sont exposés à la responsabilité pénale (art.805, 834, 836 du C.Com) et (les articles L.246-2, L.244-4 et L.241-9 du C.Com Français).

Le législateur dans les textes précités, prend bien soin de viser toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura en fait exercé la direction de la société sous le couvert ou au lieu et à la place de ses représentants légaux.

En troisième lieu, peuvent être poursuivis comme auteurs principaux de ces infractions les mandataires. Par conséquent, par directeurs généraux, il faut entendre le ou les directeurs généraux adjoints qui ont pour mission d'assister le président du conseil d'administration et non les employés supérieurs de la société, même lorsque ceux-ci portent le titre de directeurs généraux³.

Rappelons que l'auteur d'un délit est celui qui réunit en lui tous les éléments constitutifs.

Ce seront, donc, ceux des mandataires sociaux qui, en connaissant le caractère fictif du dividende, auront participé à la décision par laquelle le conseil d'administration aura réglé les modalités de la répartition ou, au cas où ces modalités sont réglées par l'assemblée générale elle-même, dans le fait de lui

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier , op.cit , p.203.

² Cf, E. Dezeuze, op.cit, p.49.

³ Cf, Léon Constantin et Maurice Aydalot, op.cit , p.636.

proposer la distribution du dividende en lui soumettant un bilan inexact, qui seront poursuivis comme auteurs du délit.

B) Les complices :

Les règles de la complicité sont applicables dans les termes du droit commun. Elles permettent de retenir tous ceux qui ont, avec connaissance, concouru à la préparation ou à la consommation du délit¹.

Il n'est pas indispensable que le complice ait participé aux deux éléments matériels nécessaires à la caractérisation du délit, c'est-à-dire à la fois à la confection d'un inventaire frauduleux et à la distribution effective d'un dividende.

Il suffit que le complice se soit rendu sciemment coupable d'actes prévus et définis par les articles 42 et 43 du code pénal et notamment qu'il ait, en connaissance de cause, prêté son assistance aux auteurs principaux dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé le délit².

Peuvent donc être poursuivis à titre de complices tous ceux, étrangers ou non à la société, qui, en connaissance de cause, ont concouru à préparer, faciliter ou perpétrer le délit, notamment les directeurs³ ou employés qui ont simplement pris part à la confection du bilan, même s'ils n'ont joué aucun rôle dans la distribution du dividende, dès lors qu'ils ont su que le bilan devait servir à cette distribution.

Il arrive parfois que certains administrateurs soient choisis parmi les directeurs et sont à la fois administrateurs et directeurs.

¹ Cf, A. Touffait, J. Robin, A. Audureau, et J. Lacoste, *Délits et sanctions dans les sociétés*, Sirey, 2^e éd, 1973, n°233.

² Cf, J-H. Robert, H. Matsopoulou, *op. cit*, n°303.

³ CA Paris, 19 mars 1883 : S. 1883, 2, p.97.

Dans ce cas, les intéressés seront de préférence retenus comme coauteurs du délit en considération de leur qualité d'administrateurs¹.

La responsabilité comme complices de simples directeurs a été envisagée notamment par l'arrêt de la Cour de Paris le 19 mars 1883² :

« Considérant que F... a sciemment aidé B... à tromper les actionnaires, en déclarant lui-même au conseil d'administration que la société ne détenait aucune de ses propres actions ; que chargé, comme directeur, des opérations de bourse, du service des titres et de la comptabilité, il ne pouvait ignorer à quel point cette allégation était contraire à la vérité ; que le bilan avait d'ailleurs été dressé dans les bureaux placés sous ses ordres immédiats ; qu'il avait trop d'expérience pour se méprendre sur le caractère instable et aléatoire des déclarations offertes à la crédulité des actionnaires, comme étant des bénéfices réalisés ».

Le jugement du 15 juillet 1937 du tribunal correctionnel de la Seine en France³ a relevé la culpabilité de T... qui était chargé, en sa qualité de directeur général, de la préparation et de la présentation des projets de bilan, mais il a constaté à sa décharge pour l'application de la peine, son état de dépendance étroite vis-à-vis de l'administrateur délégué.

Les membres du conseil de surveillance des sociétés anonymes à directoire, qui présentent leurs observations à l'assemblée générale sur les comptes de l'exercice (article 656-3° du code de commerce et aussi article L.225-68, dernier alinéa du code de commerce Français).

¹ T. corr. Grenoble, 6 déc. 1934 : Rev. Trim. Sociétés 1935, p.42.

² Cf, A. Touffait, op.cit , p.245.

³ Affaire Banque Syndicale de Paris, T. corr .Seine, 15 juill. 1937, confirmé par CA Paris, 18 juill .1938 : Gaz. Pal. 1938, 2, p.194.

Le conseil de surveillance ne participe pas, normalement, à la direction et à l'administration de la société, mais il est chargé par l'article 654 du code de commerce d'exercer un contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire et, à ce titre, après la clôture de l'exercice, dans un délai fixé à trois mois par l'article 656-1° du code de commerce, le directoire lui présente, aux fins de vérifications et de contrôle les documents sociaux (le compte d'exploitation général, le compte de résultats et le bilan) et le rapport écrit sur la situation de la société, pour lui permettre de présenter à l'assemblée générale ses observations sur les comptes de l'exercice. Sont coauteurs ou complices du délit¹, suivant les circonstances de fait, les membres du conseil de surveillance qui participent sciemment à la réalisation du délit dont il entrait dans leurs attributions, au sens de l'article 655 du code de commerce d'empêcher la réalisation.

Le commissaire aux comptes qui a sciemment certifié le faux bilan peut être, dans les mêmes conditions, retenu comme complice².

Le tribunal de la Seine ³a relevé la culpabilité de S..., commissaire aux comptes, qui avait apporté à l'assemblée générale et avait consigné dans son rapport écrit à cette assemblée, des déclarations mensongères, sur la situation favorable de la société, alors qu'il en connaissait l'état précaire et les embarras financiers. Le tribunal reprochait également à S ... de n'avoir procédé à aucune vérification sérieuse des comptes dont il aurait dû assurer la sincérité⁴.

Par contre, ne peuvent être poursuivis comme complices les commissaires aux comptes pour lesquels il n'est pas rapporté la preuve qu'ils aient eu

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.203.

² Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, n° 2014, p.861.

³ T. corr. Seine, 5 mai 1928 : Rev. Sociétés 1928, p.385 ; cité dans A. Touffait, op.cit, p.246.

⁴ Cass. Crim., 31 mars 1933 : Journ. Sociétés 1933, p.529 ; cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.203.

connaissance des irrégularités comptables commises et qu'ait existé une entente frauduleuse entre eux et les administrateurs¹.

Le comptable peut également être retenu dans les liens de la prévention.

Peuvent être comme complices aussi les chefs comptables² et les tiers étrangers à l'administration de la société³.

Pour retenir une complicité punissable, il suffit que l'acte de complicité s'applique soit à la confection de l'inventaire ou du bilan, soit à la mise en distribution du dividende. Enfin les associés qui toucheraient en connaissance de cause les dividendes fictifs seraient non pas des complices mais des receleurs.

Sous section II : Cas divers d'imputation de la responsabilité pénale

Il ne fait pas de doute, que la bonne foi résultant de diverses circonstances de fait profite aux administrateurs ou gérants poursuivis pour avoir distribué des dividendes fictifs.

Mais que décider de la bonne foi qui résulte de l'ignorance, ou de l'erreur de droit ? Le principe est clair aussi bien en droit pénal qu'en droit civil, « nul n'est censé ignorer la loi », et c'est ainsi que l'ignorance de la loi n'a aucune influence sur la responsabilité. Mais la question qui se pose c'est de savoir si cette règle fondamentale de tout droit positif a un caractère absolu, n'y a-t-il pas des cas où l'erreur de droit constitue sous certaines conditions une cause de relaxe ?

À cet égard, un certain nombre de tribunaux ont fait une distinction entre l'erreur sur une disposition de la loi pénale et l'erreur sur une disposition

¹ Affaire de la banque industrielle de Chine, préc, T. corr. Seine, 2 août 1923 : Rec. Jur. Sociétés 1923, p.331.

² Cass. Crim., 31 mars 1933, préc.

³ CA Douai, 18 avr.1929 : Rev. Sociétés 1929, p.425, confirmé par Cass.crim., 30 mai 1930 : Rev. Sociétés 1930, p.325 ; cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.203.

étrangère à cette loi (loi civile, commerciale, etc...) et ont fait produire un effet exclusif de responsabilité à l'erreur extrapénale ¹.

En la matière étudiée, la question se posera notamment en ce qui concerne les modes d'inscription de divers postes d'actif qui sont controversés.

Le tribunal correctionnel de la Seine en France, dans un jugement du 20 décembre 1933, s'est fondé sur cette circonstance, pour acquitter l'inculpé : l'administrateur délégué d'une société anonyme avait établi un bilan inexact en vue de procéder à une distribution de dividendes fictifs qui, en fait n'a pas été réalisé et à des augmentations de capital social jugées indispensables et effectivement réalisées. Les irrégularités reprochées à l'inculpé consistaient dans la méthode d'inscription au bilan des frais généraux dont une grande partie afférente à l'exercice incriminé a été inscrite à l'actif de sorte que les frais généraux ont été réduits d'autant et le bilan faisait apparaître un bénéfice fictif au lieu d'une perte.

L'inculpé soutenait qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir distrait des frais généraux, pour les porter à l'actif de la société, des sommes exposées pendant la période de pré-exploitation car, normalement, ces sommes ne doivent pas être supportées par le premier exercice mais être amorties au prorata des exercices futurs².

Il résulte de cet arrêt que l'erreur de droit serait une cause de non imputabilité dès lors qu'il est prouvé qu'existe en droit une opinion importante favorable au prévenu. La constatation d'une telle opinion ferait naître dans l'esprit du juge un doute, non pas sur l'existence des faits constitutifs du délit mais doute relatif à l'existence de la mauvaise foi du prévenu.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.125.

² Trib. Corr. Seine, 20 déc. 1933, Gaz. Pal. 1934.1.331, Journ. Soc. 1935, p.375.

Pourtant cette théorie, d'une indulgence excessive pour le prévenu est injustifiée en droit car, poussée jusqu'au bout de sa rigueur, son application risquerait de faire trembler sur ses bases le principe fondamental du droit positif : « nul n'est censé ignorer la loi ». L'existence de controverses en doctrine et même en jurisprudence ne peut en aucun cas excuser l'utilisation de procédés incorrects qui aboutiraient nécessairement à fausser la situation véritable de la société. Quant aux diverses théories comptables, elles tendent toutes à traduire le plus exactement possible la situation de la société et non pas à la fausser.

Ainsi, l'admission dans certains cas de l'erreur de droit comme cause de non imputation malgré la présomption de connaissance de la loi, ne peut s'expliquer que par une assimilation de l'erreur de droit à une erreur de fait.

Les juges pour imputer la responsabilité pénale se sont fondés sur les circonstances de faits comme :

La nature des fraudes constatées dans l'établissement du bilan, car si certaines fraudes peuvent être d'un caractère peu apparent et échapper par la suite, à des administrateurs peu expérimentés, d'autres, par contre, se révèlent plus facilement et il devient inconcevable que les dirigeants de sociétés n'ont pas pu les connaître ¹.

La Cour de Rennes en France dans un arrêt du 3 novembre 1887 s'est prononcée sur ce point :

« Considérant que, si des gérants sont excusables lorsqu'ils ont de bonne foi porté à l'actif un compte débiteur partiellement ou totalement insolvable, il en est différemment lorsqu'il s'agit de sommes considérables qu'eux-mêmes ont puisées soit dans la caisse, soit dans le crédit de la société quand la dette

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.127.

ainsi contractée excède de beaucoup l'actif qu'ils pourraient réaliser dans les délais usuels, et qu'il est démontré qu'au moment où ils ont porté à l'actif leur compte débiteur tout entier, ils savaient être insolvable »¹.

La fraude est évidente en cas d'une majoration en bloc. D'un tant pour cent, de divers éléments actifs, de même le nombre des majorations frauduleuses des postes de l'actif peut être à lui seul, démonstratif de la culpabilité des prévenus².

Il faut ajouter encore que la connaissance par les prévenus de la véritable situation de la société est, celle aussi, un élément fondamental d'appréciation pour l'imputation de la responsabilité pénale. Et à titre d'exemples :

- Le cas d'un administrateur qui fait un rapport pour critiquer un bilan, puis qui cède après coup sans que les critiques aient été réfutées et présente le bilan à l'assemblée générale³.
- Le cas des administrateurs qui se faisaient remettre chaque mois un relevé des comptes créditeurs et débiteurs et faisant figurer inexactement ces comptes au bilan de la société⁴.
- Le cas d'un administrateur qui a effectivement établi et discuté les bases du bilan, l'a arrêté définitivement et l'a présenté au conseil, alors surtout qu'il connaissait mieux que personne le curriculum vitae de la société, qui était son œuvre, et ne pouvait se faire aucune illusion sur la précarité de l'entreprise⁵.

Parfois aussi l'importance des fonctions emplies ainsi que les responsabilités qu'elles confèrent, enfin l'expérience que le prévenu avait des

¹ Rennes, 3 nov. 1887, D.P. 1888.2.233, Journ .Soc. 1890, p.213.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.128.

³ Paris, 18 juill. 1938, J.C.P.1938.844.

⁴ Trib. corr. Seine, 19 avr.1893, Rev. Soc.1893, p.299.

⁵ Paris, 2 déc. 1936, Journ. Soc. 1937, p.659.

affaires et la connaissance approfondie des questions comptables sont des éléments d'appréciation très sérieux en faveur de l'imputation de la responsabilité pénale en matière de dividendes fictifs¹.

Sous section III : Cas de non- imputation

Dans l'application judiciaire de la peine, souvent le juge prend en considération les mobiles de l'acte incriminé ; quand le motif ne lui paraît pas répréhensible ou déshonorant, il n'hésite pas à prononcer l'acquittement, en déclarant que le prévenu n'est pas coupable, ou qu'il a agi avec bonne foi. Voilà donc une expression dont il est fait constamment usage, aussi bien dans le langage juridique, et cependant son sens est loin d'être précis.

Sans doute, la bonne foi est-elle bien, en droit, l'antithèse de la mauvaise foi. Mais elle est entendue dans deux sens qui sont assez différents².

Dans son premier sens, la bonne foi est, en la matière étudiée, un état d'esprit consistant à croire par erreur que toutes les conditions requises pour la distribution régulière des dividendes aux actionnaires sont réunies.

La bonne foi repose donc sur l'existence d'une situation apparente et correspond sur le plan psychologique, contrairement à la mauvaise foi, dissimulation, à la sincérité.

Cette bonne foi est l'antithèse de la mauvaise foi connaissance constituant l'élément moral du délit.

Dans le second sens, la bonne foi signifie que le prévenu s'est abstenu de toute ruse, de tout procédé malhonnête, de tout calcul frauduleux. Dans cette acception, la bonne foi suppose la pureté du mobile ; elle est, en conséquence le

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.129.

² Cf, C. Voutsis, idem, op.cit, p.129.

contraire de la mauvaise foi mobile frauduleux qui, rappelons-le, reste en dehors de la définition légale du délit de distribution de dividendes fictifs.

Les juges, dans l'appréciation de la bonne foi, se montrent généralement assez larges mais certaines décisions lui donnent une interprétation très stricte.

C'est ainsi que le tribunal correctionnel de la Seine en France a déclaré que « la bonne foi n'existe que là où il y a incapacité ou incompetence avérée, ignorance des faits, de tous indices ou circonstances susceptibles de les révéler, confiance absolue dans les hommes, absence d'intérêt commun et particulier, franchise dans la reconnaissance, aveu spontané même de la faute ou de l'erreur, autorité morale et indépendance de contrôle¹.

Cette théorie a été à juste titre critiquée comme étant rigoureuse pour le prévenu et inexacte du fait qu'elle cherche à condenser dans des formules abstraites les circonstances de fait qui certainement se présentent, selon les espèces, dans des conditions différentes et spéciales².

Dans un sens plus large, un grand nombre de décisions ont été rendues par les juges qui ont tenu compte notamment, pour la non-imputation de la responsabilité pénale, de l'ignorance, de l'erreur, de l'incompétence, etc.

C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de Cassation dans un arrêt du 1^{er} mars 1945 a décidé que le fait que les administrateurs et les commissaires aux comptes étaient soigneusement tenus par le président du conseil d'administration dans l'ignorance de ses malversations constitue une cause d'excuse et, en conséquence, de relaxe des prévenus.

D'autre part, le fait qu'un administrateur n'a pas été présent à la réunion du conseil au cours de laquelle a été décidée la distribution incriminée constitue pour certains tribunaux une cause de non-imputation de la responsabilité pénale.

¹ Trib. Corr .Seine, 1^{er} déc. 1884, Rev. Soc. 1885, p.94.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.130.

Un arrêt de la Cour de Paris du 24 juin 1885 s'exprime sur ce point en ces termes :

« Considérant que Georges Robert n'assistait pas à la réunion du conseil qui a voté la répartition de l'acompte, que s'il n'a point protesté ultérieurement cette circonstance n'est pas suffisante pour déterminer sa responsabilité au point de vue pénal »¹.

Cette jurisprudence semble être inspirée par l'idée, que la responsabilité du conseil n'est pas collective mais individuelle.

Mais est-ce qu'il faut hausser l'absentéisme systématique de paraître aux réunions du conseil à la dignité d'un fait justificatif car, d'une part, les administrateurs ont l'obligation de participer à la gestion et d'en contrôler la légalité et, d'autre part, et surtout, ils participent malgré leur absence aux actes délictueux s'ils connaissent la véritable situation de la société. Il s'agit, en effet, d'une participation juridique et non d'une présence physique.

C'est pour cette raison que certaines décisions de justice ne sont pas favorables à tant d'indulgence en faveur de l'administrateur².

Un autre élément d'appréciation, rendant admissible la bonne foi du prévenu, et retenu par les tribunaux comme tel, c'est la connaissance insuffisante par les gérants ou administrateurs des questions financières et d'industrie à laquelle se livre la société. Cette connaissance peut résulter souvent de la date récente de l'entrée en fonction des administrateurs³.

Il faut ajouter enfin que la confiance dans l'avenir de la société ou dans le succès des opérations engagées par elle est parfois prise en considération par les

¹ Cf, C. Voutsis, idem, p.131.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.132.

³ Trib. Corr. Seine, 24 juill.1887, préc, Rev. Soc. 1887, p.574.

juges lorsqu'il s'agit de ne pas imputer la responsabilité pénale à certains administrateurs¹.

Section 2 : répression du délit :

Comme toute infraction à la loi pénale et aux lois qui s'y rattachent, le délit de distribution de dividendes fictifs porte atteinte à l'ordre social et donne naissance contre son auteur à une action publique.

Se sont, d'une part, le ministère public (Procureur de la République) qui met en mouvement cette action par un réquisitoire supplétif pris dans le cadre d'une procédure déjà ouverte pour présentation ou publication de comptes infidèles, et, d'autre part, les personnes pouvant se constituer partie civile, lesquelles sont au nombre de trois².

Il s'agit, tout d'abord, de la société, sa recevabilité tenant à ce que le délit compromet gravement sa situation. Il s'agit, ensuite, des actionnaires agissant à titre individuel, à condition qu'ils aient acquis leurs titres après la distribution des dividendes (fictifs) et en raison de cette distribution³. Il s'agit, enfin, des créanciers, s'ils ont acquis cette qualité avant la commission du délit, leur recevabilité tient à ce que l'infraction réduit leur gage. S'ils sont devenus créanciers après la commission du délit, ils ne peuvent être recevables que s'ils établissent que c'est l'apparence de prospérité à laquelle faisait croire la distribution de dividendes fictifs qui les a déterminés à contracter avec la société et à en devenir ainsi créanciers⁴.

À préciser aussi le rôle de La Commission d'Organisation et de Surveillance des Opérations de Bourse (COSOB) qui est une autorité de

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.132.

² Cf, Marie-Paule Lucas de Leyssac et Alexis Mihman, op.cit, p.417.

³ cf, M-P Lucas de Leyssac et A. Mihman, op.cit, p.418 : Les actionnaires qui avait cette qualité avant la commission du délit ne sont pas, en principe, recevables car ils sont les bénéficiaires des dividendes fictifs. Toutefois, ils le sont s'ils ont dû restituer les dividendes illégaux.

⁴ Cf, idem, p. 418.

régulation indépendante, jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Elle a été instituée par le décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993, modifié et complété, relatif à la bourse des valeurs mobilières.

La COSOB a pour mission d'organiser et de surveiller le marché des valeurs mobilières en veillant notamment :

- à la protection de l'épargne investie en valeurs mobilières ou tout autre produit financier donnant lieu à appel public à l'épargne ;
- au bon fonctionnement et à la transparence du marché des valeurs mobilières.

Elle a pour objectifs de s'assurer que : les Intermédiaires en Opérations de Bourse respectent les règles visant à protéger le marché de tout comportement frauduleux ou inéquitable ;

- Le marché fonctionne selon les règles garantissant la transparence et la protection de l'investisseur ;
- L'administration et la gestion des titres sont effectuées conformément aux dispositions légales et réglementaires les régissant.

En outre, lorsqu'une pratique contraire aux dispositions législatives et réglementaires est de nature à porter atteinte aux droits des investisseurs en valeurs mobilières, le Président de la Commission peut demander au tribunal qu'il soit ordonné aux responsables de se conformer à ces dispositions, de mettre fin à l'irrégularité, ou d'en supprimer les effets. Il communique une copie de sa demande au parquet à toute fin de droit. Et sans préjudice des poursuites pénales, l'instance judiciaire compétente statue en référé et peut prendre même d'office, toute mesure conservatoire et prononcer pour l'exécution de son ordonnance une astreinte versée au Trésor public.

En cas d'infractions pénales, le président de la commission peut se constituer partie civile¹.

La victime de la distribution peut se constituer partie civile devant le juge d'instruction ou cite directement le délinquant devant le tribunal du siège social qui est pratiquement compétent en matière de dividendes fictifs. L'article 37 du code de la procédure pénale permet en effet, à la partie lésée de porter son action civile soit devant le juge civil normalement compétent, soit devant le juge répressif en même temps que l'action publique².

Celle-ci a pour but de réprimer le trouble causé par la distribution et pour objet l'application d'une peine aux auteurs principaux et aux complices.

On examinera tout d'abord, les peines applicables aux administrateurs ou gérants et leurs complices du fait de la distribution de dividendes fictifs, et on étudiera ensuite la tentative du délit et la prescription de l'action publique.

Sous section I : Peines applicables

Les peines applicables sont un emprisonnement d'un an à cinq ans et une amende de 20.000 DA à 200.000 DA, ou l'une de ces deux peines.

En droit Français les peines applicables sont un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375.000 euros.

Ces peines sont élevées par rapport au droit Algérien et en comparant ces peines à celles prévues pour le délit d'escroquerie³, rien d'étonnant car l'infraction étudiée est intrinsèquement grave.

¹ Art.40 du décret législatif n°93-10 du 23 mai 1993, COSOB/S^{ce} Documentation/octobre. 2014, p.17 ;<http://www.cosob.org/wp-content/uploads/2015/03/Decret-legislatif-%C2%B093-10-modifie-complete.pdf>

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.133.

³ Art.372 du code pénal ; Art .60 de la loi n°06-23 du 20 décembre 2006, qui a modifié le montant des amendes en matière délictuelle et contraventionnelle.

En France, le rapport Marini, en 1996, avait proposé de conserver le délit de distribution de dividendes fictifs et les textes dépenalisateurs de 2001, 2003 et 2004 n'ont pas touché à ce délit, alors qu'ils ont supprimé nombre d'incriminations en droit des sociétés, et non des moindres en certains cas ¹.

Ensuite on remarquera que les peines d'emprisonnement et d'amende ne peuvent être prononcées qu'en cas d'infraction consommée. La tentative n'est par conséquent pas punissable. Dans cette hypothèse particulière, il ne peut alors être fait application que du seul délit de présentation ou de publication d'un faux bilan ². Le vide répressif apparent est d'autant mieux comblé en définitive que les peines prévues pour cette autre infraction sont exactement les mêmes.

Le législateur Français a prévu aux deux peines principales précitées, les peines accessoires de l'interdiction d'exercer une activité commerciale ou industrielle ³ et les activités de démarchage bancaire et financier et de conseiller en investissements financiers⁴, à condition que le tribunal ait prononcé une peine d'emprisonnement ferme d'au moins trois mois.

La première de ces peines accessoires est devenue en réalité une peine complémentaire facultative⁵ mais pas les deux autres qui sont postérieures au nouveau code pénal Français.

En droit Algérien les peines accessoires ont été abrogées par la loi n° 06-23 du 20 décembre 2006, et les peines complémentaires restent facultatives en matière délictuelle. Le législateur ne les pas mentionnées dans les articles 800-2° et 811-1° du code de commerce mais on peut se référer au droit commun, l'article 9 du code pénal énumère les peines complémentaires et celles qui

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.203.

² T. corr .Seine, 13 déc.1882 : Rev. Sociétés 1883, p.105.

³ Art. 1 de la loi du 30 Août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles.

⁴ C. monét. Fin Français.art.L.341-9 et L.541-7.

⁵ Cass. Ass .plén .22 nov. 2002 : JCP 2003, II, 10042, note W. Jeandidier

correspondent à notre délit c'est la confiscation partielle des biens¹, l'interdiction temporaire d'exercer une profession ou une activité² ;

La fermeture d'un établissement³ et enfin la diffusion ou l'affichage du jugement ou de la décision de condamnation⁴.

On voit que la réaction sociale contre le délit de distribution de dividendes fictifs se manifeste tout d'abord sous la forme d'une réaction répressive consistant à l'application d'une peine proprement dite qui est la peine principale.

Elle se manifeste aussi sous la forme de mesures préventives consistant à l'application de peines complémentaires ou accessoires.

Toutefois en matière délictuelle la peine complémentaire est prononcée pour une durée qui ne peut excéder cinq ans.

L'article 372 du code pénal dans son 2^{ème} paragraphe a créé une circonstance aggravante de l'escroquerie, dispose que si ce délit a été commis par une personne ayant fait appel au public en vue de l'émission d'actions, obligations, bons, parts ou titres quelconques, soit d'une société, soit d'une entreprise commerciale ou industrielle, l'emprisonnement pourra être porté à dix années et l'amende à 400.000 DA.

Que faut-il décider sur la question d'application de la circonstance aggravante et, partant, de l'aggravation de la peine en notre matière ?

On peut estimer que l'aggravation de peine par l'article 372-2° ne doit pas s'appliquer au délit de distribution de dividendes fictifs, car cette circonstance aggravante est inhérente au seul délit d'escroquerie.

¹ Art.15 du code pénal.

² Art. 16 bis du code pénal.

³ Art. 16 bis 1 du code pénal.

⁴ Art. 18 du code pénal.

À cet égard, MM. Rousselet et Patin écrivent¹ :

« En effet, la circonstance aggravante fondée sur ce que l'infraction a été commise par une personne ayant fait appel au public est inhérente au délit d'escroquerie lui-même. Elle ne peut jouer qu'en matière d'escroquerie. Mais les délits définis par l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 ne constituent pas des escroqueries, et c'est seulement pour la détermination de la peine, que le législateur se réfère à l'article 405 du code pénal.

On ne peut donc sans arbitraire étendre aux délits de l'article 15 une circonstance aggravante prévue seulement pour le délit d'escroquerie ».

Pour terminer la pénalité en droit positif est une pénalité individualisable.

Elle est donc par essence susceptible d'être graduée entre le maximum et le minimum prévus par la loi, comme aussi d'être abaissée par des circonstances atténuantes².

Tentatives :

La loi n'ayant visé que la répartition de dividendes fictifs, l'incrimination ne saurait s'appliquer en cas de simple tentative. Faute d'un texte spécifique, celle-ci n'est pas punissable. Ainsi, la préparation de documents inexacts, de même que la soumission d'un projet de répartition à l'assemblée générale, ne peuvent être sanctionnées, la loi punissant le comportement frauduleux à partir du moment où la décision de répartition est devenue effective³.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.135.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.136.

³ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, p.862.

Sous section II : Prescription de l'action publique

La prescription est un mode général d'extinction de l'action publique comme par exemple, le décès ou la chose jugée. Elle est une institution d'ordre public même quant à l'effet extinctif qui en découle¹.

Le délinquant qui a obtenu le bénéfice de la prescription ne peut donc y renoncer et demander à être jugé. Quant au moyen tiré de la prescription, il peut être opposé en tout état de cause, même devant la Cour de Cassation, et le juge doit y suppléer d'office si l'inculpé ne s'en prévaut pas².

Si, en règle générale, la prescription s'applique à toutes les infractions, légères ou graves, le délai, cependant varie suivant la gravité de l'acte incriminé.

En matière de crime, l'action publique se prescrit par dix années (Art. 7 du code de procédures pénales), en matière de délit, elle est de trois années (Art.8 du C.P.P) et enfin en matière de contravention, la prescription est de deux années (Art.9 du C.P.P).

Ainsi conformément au droit commun, le délai de prescription de l'action publique qui naît du délit de distribution de dividendes fictifs est-il de trois ans, le calcul de ce délai ne présente guère de difficultés.

Le délit de distribution de dividendes fictifs est une infraction instantanée, même si ses effets se prolongent dans le temps, aussi la prescription de trois ans court-elle à compter du jour de la mise à disposition du dividende aux actionnaires et leur confère un droit privatif, et non du jour de la prescription matérielle du dividende par les actionnaires³.

¹ Cf, P. Bouzat et J. Pinatel, op. cit, P.826

² Rennes, 3 nov.1887, D.P.1888.2.233, cité dans C. Voutsis, op.cit, p.137.

³ Cass.crim., 28 mars 1936 : Bull. crim., n°39 ; DH 1936, p.270 ; cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.204.

Il est sans intérêt au point de vue de la prescription que le paiement effectif ait été réalisé postérieurement¹.

En doctrine, ils se sont demandé s'il n'était pas souhaitable de retarder le point de départ du délai au jour de la révélation du fait délictueux², si celui-ci a été dissimulé. Il serait curieux que la prescription de l'action civile en responsabilité contre les administrateurs se prescrive à compter du jour de la révélation du fait dissimulé et non la prescription pénale³. Mais aucune décision de jurisprudence publiée n'est en ce sens et c'est heureux⁴.

Il est importerait peu, qu'une fois le délit réalisé, les administrateurs s'efforcent de le réparer en reversant dans les caisses sociales les fonds qu'ils ont indûment distribués, soit de leurs deniers personnels, soit en réclament la restitution à ceux qui en ont bénéficié.

Il n'existe aucune fin de non-recevoir.

On ne saurait, en particulier, tirer aucun argument en faveur des administrateurs, du vote de l'assemblée générale qui a pu autoriser la distribution des dividendes qualifiés de fictifs⁵.

« Considérant, a dit ce dernier arrêt, que le vote de l'assemblée générale qui a autorisé la distribution de dividendes fictifs, ne saurait en rien couvrir D... au point de vue de la responsabilité pénale qu'il a encourue. Que rien ne prouve que les membres de cette assemblée qui avaient pour la plupart foi en D... aient connu le caractère frauduleux de l'inventaire. Qu'en supposant même qu'ils

¹ Cf, A. Touffait, op.cit, p.246.

² Cf, A. Touffait, J. Robin, A. Audureau et J. Lacoste, op.cit, n° 234.

³ Art. 715 bis 26 du code de commerce.

⁴ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.204.

⁵ Cass.crim., 21 juill. 1898, Rev. Soc., 1898, p.447 ; Lyon, 16 mars 1899, Rev. Soc., 1899, p.447 ; cité dans A. Touffait, op.cit, p.247.

l'aient connu, il en résulterait simplement qu'ils se seraient rendus complices du délit commis par D... ».

On notera donc que l'accord des associés, qui serait caractérisé par un vote, ne peut pas faire disparaître le délit, qui tend à protéger les tiers et non les associés.

À fortiori, le quitus donné par l'assemblée générale au gérant ou à l'administrateur est dépourvu d'efficacité¹.

D'autre part, comme la prescription du droit civil, la prescription de l'action publique peut être interrompue ou suspendue par certains événements.

On sait que quelle qu'en soit la cause, qu'elle soit un acte de poursuite ou d'instruction, l'interruption de la prescription a pour effet essentiel d'effacer le temps déjà écoulé avant sa survenance.

C'est un nouveau délai qui commence à courir mais le même que celui qui a été interrompu. La suspension, par contre, n'est qu'un simple temps d'arrêt dans l'écoulement du délai si bien que le temps déjà écoulé entre en ligne de compte pour le calcul du délai de la prescription.

En d'autres termes, le délai reprend son cours lorsque la cause de suspension, telle notamment qui est la force majeure, disparaît².

¹ Cass. Crim., 22 janv.1937, JCP 1932, II, p.299, S. 1938, I, p.297, note A. Légal; cite dans Lamy droit pénal des affaires, op.cit, n° 2015, p.861.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.137.

DEUXIÈME PARTIE
CONSÉQUENCES CIVILES DE LA
DISTRIBUTION DES DIVIDENDES FICTIFS

En exposant, dans la première partie de notre étude, les règles concernant la responsabilité pénale des dirigeants sociaux en matière de dividendes fictifs, nous avons indiqué à quelles conditions les bénéficiaires pouvaient être considérés comme réellement acquis et susceptibles de distribution. Si ces conditions n'ont pas été observées et si des dividendes ont été distribués, ils devront être tenus pour fictifs. Nous avons pu ainsi préciser le critérium de la distinction entre un dividende réel et un dividende fictif et, partant, le domaine de la responsabilité pénale des administrateurs ou gérants lorsqu'ils distribuent sciemment ou laissent sans opposition distribuer des dividendes fictifs.

Mais la réglementation établie par la loi comporte, indépendamment des sanctions pénales, certaines conséquences civiles.

En effet, la mise en jeu de la responsabilité pénale de ceux qui ont violé la loi ne suffit pas à protéger l'épargne et le crédit. La peine ne procure à la Société, aux actionnaires, aux créanciers sociaux et aux tiers, victimes de la distribution illégale, qu'une satisfaction de principe. Ce qui importe à une victime, beaucoup plus que l'application des peines, aussi rigoureuses soient-elles, c'est la réparation du dommage éprouvé, ce sont les conséquences civiles qui suivent les agissements dommageables des organes sociaux de gestion et de contrôle.

Nous nous proposons, donc, d'examiner ces conséquences au double point de vue, des administrateurs ou gérants qui ont fait la distribution, et des actionnaires qui en ont profité. Nous allons, ainsi, étudier dans le premier chapitre de cette deuxième partie de notre étude l'action en responsabilité du fait de la distribution de dividendes fictifs, et dans un deuxième chapitre l'action en répétition, permise dans certaines conditions, contre les actionnaires et les associés.

**CHAPITRE I : LA RESPONSABILITE CIVILE DU FAIT DE LA
DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS**

Le problème de la responsabilité civile des organes de gestion et de contrôle en matière de dividendes fictifs se pose généralement pour toutes les sociétés mais, en raison de la responsabilité limitée des associés, plus particulièrement pour les sociétés par actions et la société à responsabilité limitée.

On sait, en effet, que la distribution des bénéfices non réellement acquis à la société, entraîne généralement un préjudice grave pour un grand nombre de personnes, notamment pour les créanciers sociaux et les tiers. Or, si la société en nom collectif, loin de limiter les risques de ses membres rend les associés solidairement responsables de l'exécution des obligations sociales, les autres types de sociétés permettent au contraire de limiter cette obligation pour certains ou pour tous les associés. Il en est ainsi pour les commanditaires dans les sociétés en commandite, pour les actionnaires dans les sociétés anonymes ou pour les associés membres de la société à responsabilité limitée. La responsabilité des organes de gestion et de contrôle, qui ont distribué ou laissé distribuer sans opposition des dividendes fictifs, ne fait donc qu'assurer aux victimes la réparation du dommage injustement causé.

Sans doute, est-il juste et normal de mettre en œuvre en premier lieu, la responsabilité civile de la société¹ en tant que personne juridique distincte de ses membres. De la sorte, face à l'irresponsabilité des associés, la responsabilité civile de la société va constituer la meilleure sécurité des victimes de la distribution incriminée. Et il n'est pas, semble-t-il, difficile de trouver dans le système général de la responsabilité, le fondement juridique d'une responsabilité pareille.

¹ V. Levasseur, Les personnes morales victimes, auteurs, ou complices d'infractions, Rev. dr. Pén. Et de criminologie, 1955, p.827.

S'agit-il de mettre en jeu la responsabilité qui doit peser sur la personne morale de la société du fait de ces préposés ? Il ne peut y avoir aucune difficulté puisqu'on admet généralement qu'il n'y a là qu'une obligation légale de garantie envers les tiers¹. Le problème ne devient délicat que s'il s'agit du fait d'un organe². Mais, ici encore, les idées de faute et de risque se sont successivement affrontées pour servir comme fondement juridique à la responsabilité civile de la société.

Pourtant, si l'on peut ainsi admettre la responsabilité civile de la personne morale de la société, il est impossible de faire disparaître la responsabilité personnelle des organes sociaux de gestion et de contrôle alors que surtout ceux-ci causent un préjudice à la société elle-même lorsqu'ils distribuent ou laissent distribuer des dividendes fictifs.

C'est ainsi que le législateur, tout en réglementant minutieusement les droits et attributions de chaque organe social pour la bonne et loyale gestion de la société, a proclamé la responsabilité civile des organes qui abusent de leurs pouvoirs et compromettent par leurs agissements les intérêts qui leur sont confiés.

Aussi, est-il nécessaire, pour attribuer sa part de responsabilité à chacun des organes de gestion et de contrôle qui distribuent ou laissent distribuer sans opposition des dividendes fictifs, d'examiner successivement le fondement juridique de cette responsabilité dans la section 1, le droit d'action des victimes de la distribution dans la section 2 et, pour terminer ce chapitre, étudier le problème de la réparation du dommage injustement causé dans la section 3.

¹ Cf, G. Ripert et R. Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, 5^e éd, t.I, 1963, n° 682, p.341.

² Cf, C. Voutsis, Op.cit, p.145.

Section 01 : Fondement de la responsabilité

La première question qui se pose en étudiant la responsabilité civile des organes sociaux de gestion et de contrôle en matière de dividendes fictifs est de rechercher le fondement et la base de cette responsabilité. L'intérêt théorique et pratique de cette question est d'autant plus important, que ces organes ne sont pas apparemment les bénéficiaires directs de dividendes distribués. Ce ne sont que les membres de la société qui, par vocation, touchent ces dividendes et bénéficient, ainsi, directement des sommes improprement présentées comme provenant des bénéfices de l'exploitation.

Disons tout d'abord à cet égard que la responsabilité civile des organes sociaux de gestion et de contrôle est caractérisée avant tout par l'exclusion des risques commerciaux¹. Un arrêt du tribunal de commerce de Bordeaux est, sur ce point, particulièrement net. Il est rédigé en ces termes :

« Il peut être posé en axiome que toute affaire commerciale ou individuelle comporte essentiellement une somme de risques susceptibles de conduire parfois à un insuccès relatif comme aussi même à une ruine absolue si bien qu'ait été conçue l'entreprise à l'origine et sans que dans ce cas la gestion proprement dite de ses chefs puisse être incriminée à juste titre et leur responsabilité mise en jeu »².

Sans doute, est-il vrai que les gérants associés de sociétés en nom collectif ou de commandite simple et par actions répondent toujours du passif social mais cela n'est possible qu'à titre d'associé puisque les gérants étrangers de mêmes sociétés échappent à cette responsabilité.

Il en est de même pour les administrateurs de sociétés anonymes et les gérants associés de sociétés à responsabilité limitée, qui ne répondent de dettes

¹ Cf. C. Voutsis, op.cit, p.146.

² Trib. Com. Bordeaux, 16 nov.1904, Journ. Soc. 1905, p.436.

sociales que jusqu'à concurrence de leur apport : les gérants étrangers de sociétés à responsabilité limitée n'en répondent même pas du tout.

Mais s'il est de principe, comme nous venons de rappeler, que les dirigeants sociaux ne sont pas personnellement responsables des actes qu'ils ont commis au nom et pour le compte de la société, il est par contre, bien établi qu'ils peuvent être déclarés responsables de l'acte illégal qu'ils auraient commis dans l'exercice de leurs fonctions. La faute devient, ainsi, le premier élément constitutif de la responsabilité civile des administrateurs et gérants de sociétés commerciales. La responsabilité a donc pour fondement une faute ; elle est une responsabilité pour faute, fondamentalement distincte de l'obligation de garantir un risque. Il ne saurait, en conséquence, être question d'admettre conformément à la théorie, dite du risque, qu'une distribution de dividendes fictifs, non fautive, puisse engager la responsabilité civile des organes de gestion et de contrôle d'une société.

Aussi, conviendrait-il, en ce qui concerne notre matière, de rechercher le principe et de préciser la nature et le caractère de cette responsabilité.

Sous section I : Le principe de la responsabilité

La responsabilité qu'encourent les administrateurs de sociétés anonymes en raison de la distribution de dividendes fictifs est édictée, dans son principe, par l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 dans des termes particulièrement nets.

En effet, aux termes de cet article, et indépendamment de l'article 1850 du Code civil Français qui dispose que chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causé par sa faute, « les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur

gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs ».

Un texte analogue existe en ce qui concerne les gérants de sociétés à responsabilité limitée qui sont également déclarés responsables conformément aux règles du droit commun « soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des violations des statuts, soit des fautes commises par eux dans leur gestion » (art. 25 L. du 7 mars 1925).

Il s'ensuit que les dispositions de ces deux textes, ainsi qu'elles prennent soin de le spécifier, placent dans le droit commun le principe de la responsabilité civile et, de ce fait, ont une portée générale quelle que soit la forme juridique de la société.

Ce principe est posé actuellement par les articles L.223-22, L.225-251, L.225-256 et L.226-12 du code de commerce Français¹.

De même, le législateur Algérien par l'article 715 bis 23 du code de commerce fait que les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou, envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés par actions, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Ainsi, dans les sociétés de personnes, la responsabilité de tous ceux qui ont mission de gérer la société se trouve engagée, conformément aux règles du droit commun, toutes les fois où il y a dans l'acte incriminé une infraction aux dispositions de la loi, une violation des statuts ou une faute commise dans la gestion sociale.

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.205.

La faute consiste à commettre un acte interdit ou s'abstenir d'accomplir un acte auquel on était tenu. On peut donc la définir comme un manquement à une obligation préexistante dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui. Dans ces conditions, la notion de faute ne saurait pas se concevoir séparée, détachée, de la notion d'obligation, de devoir juridique. Le problème revient alors pour nous à déterminer et préciser le contenu des obligations qui incombent aux dirigeants de sociétés de telle sorte que tout manquement à ces obligations sera susceptible d'engager la responsabilité de son auteur.

Les actes juridiques qui font naître cette responsabilité et lui donnent naissance peuvent se diviser en trois catégories¹ :

- 1- Les infractions aux dispositions de la loi ;
- 2- La violation des clauses statutaires.
- 3- Les fautes de gestions.

Nous ne considérons la classification énoncée que comme un plan d'étude, c'est-à-dire du seul point de vue méthodologique sans vouloir établir une différence spécifique entre les fautes au point de vue rationnel et doctrinal.

A) Violation de la loi :

Le législateur a inscrit dans les lois sur les sociétés de nombreuses prescriptions qui, venant s'ajouter aux règles générales du Code civil et du Code de commerce, visent en général l'organisation de la société et, plus particulièrement, déterminent les obligations, parfois très strictes, qui pèsent sur les organes sociaux de gestion et de contrôle relativement à la détermination des bénéfices et leur répartition.

¹ M. Planiol, Etudes sur la responsabilité civile, Rev. crit., 1905, p. 183 ; Art 715 bis 23 du code de commerce algérien.

Parmi ces règles on peut citer celle qui concerne l'établissement d'un bilan et du compte de pertes et profits¹.

L'article 716 du code de commerce rappelle cette règle générale et l'applique aux sociétés anonymes.

On sait que l'inventaire qui sert de base à une poursuite pour distribution de dividendes fictifs n'est pas nécessairement un acte spécial d'une forme sacramentelle et déterminée, mais bien tout compte rendu, tout état de situation au moyen duquel on peut surprendre le vote d'une assemblée générale des actionnaires.

Toutefois il est nécessaire, pour qu'il soit assuré en fin d'exercice la réalité aussi exacte que possible du dividende mis en distribution, que l'inventaire, ainsi entendu, remplisse les deux conditions légales suivantes² :

- 1- L'exactitude matérielle des relevés, sans omission, ni additions ;
- 2- La sincérité dans les évaluations.

Ces deux obligations qui pèsent sur tous ceux qui sont chargés par la loi de la confection des écritures sociales trouvent leur fondement et leur justification sur le fait que la situation d'une société est essentiellement variable et, par conséquent, ses valeurs actives et passives subissent au cours d'un exercice des augmentations ou des diminutions.

Il en résulte que l'inventaire, étant l'œuvre des administrateurs ou gérants, constitue la pièce capitale dans l'examen de la question qui nous occupe ici. L'infraction commise à l'une des règles qui régissent son établissement rend, en effet, nécessairement les dirigeants de sociétés responsables des conséquences dommageables qui pourraient en résulter.

¹ Art 9, 10, 10 bis du code de commerce.

² Cf, Ripert et Roblot, t.1, n° 457 et 1445 ; Art 9 du décret exécutif n° 08-156 du 26 mai 2008 portant application des dispositions de la loi n° 07-11 du 25 nov 2007 portant système comptable financier.

Aussi les administrateurs ou gérants doivent-ils, sous leur responsabilité, déterminer l'importance des réductions à opérer annuellement, du taux des amortissements, et des créances irrécouvrables, mauvaises, douteuses ou contentieuses, étant entendu que seules les créances sérieuses résultant d'opération accomplies doivent figurer à l'actif social pour la détermination des bénéfices à répartir annuellement entre les actionnaires.

Tant qu'on n'a pas déterminé la valeur des amortissements et des provisions, qui doivent être opérés par la société pour réparer les pertes subies ou probables et enregistrées pendant l'exercice considéré, les dirigeants de sociétés ne peuvent donc sans engager leur responsabilité civile, décider la distribution des dividendes aux actionnaires.

Il y a lieu d'ajouter que si en principe il n'est pas interdit de choisir telle méthode du bilan ou du compte des pertes et profits paraissant le mieux convenir à la société, une fois le système adopté pour un exercice, la loi s'oppose à ce que cette forme soit modifiée pour les exercices suivants. C'est la règle de l'immutabilité du bilan et du compte de pertes et profits¹.

En effet, aux termes de l'article 717 alinéa 1 du code de commerce, « le bilan et le compte d'exploitation générale et le compte des résultats établis à chaque exercice, doivent être dans la même forme et les mêmes méthodes d'évaluation que les années précédentes ».

L'idée directrice du législateur a été de permettre la comparaison des bilans successifs et des comptes de pertes et profits d'une année à l'autre et d'empêcher ainsi les trucages relatifs aux méthodes d'évaluation et d'amortissement.

¹ Art 5 du décret exécutif n° 08-156, préc.

Une atténuation très importante est toutefois apportée au principe énoncé. L'alinéa 2 de l'article 717 du code de commerce confère, en effet, à l'assemblée générale le droit d'apprécier s'il y a lieu de déroger à la règle de la fixité du bilan et du compte de pertes et profits, et lui donne le pouvoir d'approuver chacune des modifications supportées, soit au mode de présentation des chiffres, soit aux méthodes d'évaluation.

L'approbation doit être expresse et spéciale, c'est-à-dire faire l'objet d'un vote pour chaque dérogation, et non viser en bloc un système différent d'évaluation¹. Le texte précise, en outre, que la décision, pour être valable, est subordonnée à la lecture des motifs du rapport des commissaires aux comptes qui, indépendamment de ce rapport spécial, sont chargés, en vertu de l'article 715 bis 13 du code de commerce, comme le sont d'ailleurs les membres du conseil de surveillance dans les sociétés à directoire (art. 656 du c.com), de faire chaque année à l'assemblée générale un rapport général dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et inexactitudes, et constater, s'il y a lieu, des motifs qui s'opposent aux distributions de dividendes proposées par les administrateurs. Ainsi, donc, sans imposer aucune règle concernant le mode de présentation du bilan et les méthodes d'évaluation des différents postes, le législateur oblige les dirigeants de sociétés à adopter un principe et s'y maintenir, sinon toute modification doit être approuvée expressément par l'assemblée des actionnaires.

De plus, bien que l'exercice se solde par des bénéfices, il est nécessaire d'effectuer avant toute distribution de dividendes le prélèvement pour la réserve légale².

Remarquons, que l'appréciation de la faute des organes sociaux de gestion et de contrôle pour infraction aux dispositions légales, est du pouvoir des juges¹

¹ Cf, Voutsis, op.cit, p.150.

² Art 721 du code de commerce.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.151.

qui tenant compte de toutes les circonstances de fait, particulières à chaque espèce, décident librement sur le cas fautif de la distribution.

En définitive, les dirigeants de sociétés sont tenus, sous peine de responsabilité, d'accomplir toutes les prescriptions légales qui leur sont imposées.

B) Violation des statuts :

La violation des statuts, constitue, comme l'inobservation des prescriptions légales, une faute qui, lorsqu'elle cause un préjudice, entraîne la responsabilité des administrateurs et gérants de sociétés. Chargés de gérer les intérêts sociaux, leur premier devoir n'est-il pas, de respecter les statuts et d'en observer les clauses ?

On comprend aisément que si la responsabilité d'un administrateur ou gérant doit être engagé quand il y a violation de sa part d'une prescription légale, il ne saurait en être différemment lorsqu'il a enfreint les statuts qui sont en somme la loi de la société¹, la « constitution » sous laquelle la société a décidé de vivre. Les statuts d'une société, disent les plus anciens arrêts, ont à la fois pour objet « l'intérêt public et l'intérêt des actionnaires et des tiers appelés à contracter avec elle ».

Cette cause de responsabilité se trouve dans les dispositions de l'article 715 bis 23 du code de commerce qui stipule que la violation des statuts de la part des administrateurs ou gérants entraîne leur responsabilité.

L'infinie variété des clauses que la liberté des conventions² et la toute puissance de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires¹ permettent

¹ Ripert et Roblot, t.I, op.cit, n° 564 et s.

² V. G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, in Recueil d'études sur les sources du droit à l'honneur de François Gény, t. II, les sources générales des systèmes juridiques actuels, Dalloz, Paris, 1934, p.374 et s.

¹ V. Hamel et Lagarde, t. I, n° 695 et s ; J. Escarra, Principes de droit commercial, t.6, Paris, 1936, n° 857 et s.

d'introduire dans les statuts d'une société rend impossible une énumération générale des cas de responsabilité encourue par les administrateurs ou gérants à raison des infractions commises aux statuts.

Parmi les cas de violation des statuts une place spéciale doit cependant être ici réservée aux actes accomplis par les dirigeants de sociétés concernant la détermination des bénéfices annuels et leur répartition.

En général, les statuts reproduisent en partie les dispositions légales, mais il se peut, que certaines de ces dispositions se trouvent aggravées comme, par exemple, celles qui fixent le montant des réserves, le taux des amortissements ou celles constituant des provisions supplémentaires.

Dans ces cas, les administrateurs ou gérants sont tenus de se conformer à cette loi statutaire lorsqu'ils établissent les comptes définitifs annuels et répartissent les bénéfices qui en résultent. De la sorte, un acte qui ne constitue pas en lui-même une faute de droit commun, se trouve être fautif, pouvant justifier une action en responsabilité¹, si cet acte est qualifié comme tel par les statuts.

C'est ainsi que lorsque les statuts prévoient, en outre de la réserve légale, une autre réserve complémentaire, les administrateurs ou gérants doivent opérer les prélèvements prévus pour cette réserve, et veiller à sa conservation. Les réserves, en effet, font partie de l'actif social, et comme elles sont instituées aussi bien dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt de la société et des associés, les administrateurs ou les gérants seraient responsables, à l'égard des uns et des autres, de l'absence de réserves ou de leur dilapidation².

Même au cas où les statuts contiendraient la disposition d'un prélèvement supérieur au taux de 5 % sur les bénéfices nets de l'exercice ou de 10 % sur le

¹ Cf, C. Voutsis, op.cir, p.152.

² Idem, p.152.

capital pour la constitution de la réserve légale, cette prescription devra obligatoirement être observée¹.

Le plus souvent, les dispositions statutaires ne se contentent pas d'ordonner la formation de réserves – les amortissements et provisions exagérés doivent être assimilés à des réserves – mais, de plus, elles leur déterminent les règles suivant lesquelles elles devront être calculées.

Ainsi est-il possible qu'il sera prévu un prélèvement fixe ou proportionnel sur les bénéfices ou, encore, l'ordre dans lequel devront se faire les prélèvements que la société sera obligée à effectuer avant toute distribution de dividendes aux actionnaires.

En règle générale, toute clause intéressant le mode de calcul ou de répartition des bénéfices doit être considérée comme une des clauses essentielles de la régularité des dividendes mis en distribution, et, partant, soustraites au pouvoir des administrateurs ou gérants chargés de proposer à l'assemblée générale le plan de répartition.

Toujours est-il, en effet, que la réalisation de bénéfices demeure le but fondamental des sociétés commerciales, et, nécessairement, toute décision qui pourrait être prise par les dirigeants sociaux en dehors des règles légales ou statutaires exercera, en fin de compte, une certaine influence sur le chiffre des bénéfices à distribuer et déterminera, sans aucun doute, leur responsabilité.

Il en résulte que les prescriptions des statuts concernant la constitution des réserves s'imposent, sous leur responsabilité, aux administrateurs et gérants de sociétés. La création de ces réserves restreint ainsi les distributions de bénéfices destinés aux actionnaires et, de ce fait, constitue une cause de conflits fréquents,

¹ Cf, A. Amiaud, *Traité des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, 2^e éd, Paris, 1920 ; J. Lacombe, *les réserves dans les sociétés par actions*, thèse, Nancy, 1961, avec une préface de R. Roblot, Paris, 1962, n°71, p.118.

entre ceux-ci et la société car, en définitive, il ne s'agit ici que d'une question d'intérêts antagonistes¹.

Remarquons cependant à cet égard, qu'il appartient aux juges du fond d'interpréter les clauses des statuts relatives à la détermination et répartition des bénéfices.

D'autre part, ce que nous avons dit à propos de la violation des dispositions légales, s'applique également quant à l'appréciation de la faute, à la violation des prescriptions statutaires.

Le fait, donc, que l'on se trouve en présence de bénéfices au sens véritable du mot, n'est pas dans tous les cas suffisant pour permettre une répartition immédiate car, à peine de fictivité du dividende mis en distribution, les réserves statutaires doivent recevoir la part fixée par les statuts². La violation des statuts doit ainsi être au point de vue de la responsabilité, assimilée aux infractions à la loi.

C) Fautes de gestion :

Sans aller à l'encontre de dispositions formelles des statuts, les dirigeants de sociétés peuvent accomplir certains actes ou s'abstenir de certains autres en violation du devoir général défini par leur fonction d'administrateur ou de gérant. Nous sommes ici dans le domaine des fautes de gestion proprement dites dans l'article 715 bis 23 du code de commerce et on peut donner comme exemple significatif la distribution de dividendes fictifs.

Cette cause de responsabilité est certainement beaucoup plus délicate à définir, en raison de la difficulté à préciser ce qu'il faut entendre par faute de gestion.

¹ Cf, C. Voutsis, op. cit, p.153.

² Cf, A. Becquey, La distribution de dividendes fictifs, thèse, Bordeaux, L.G.D.J, Paris, 1939, n°104, p.75.

On peut dire, d'une façon générale, que pour déterminer la faute de gestion, il faut faire une distinction entre la responsabilité qui frappe les administrateurs et gérants en fonction au moment où la nullité de la société a été encourue pour vice de constitution et celle relative aux fautes commises au cours de la vie sociale.

Une telle distinction qui paraît avoir le sens le plus large conduit nécessairement à faire rentrer dans la faute de gestion, lato sensu, aussi bien les fautes de gestion stricto sensu que tous les faits contraires à la loi et aux statuts.

Posée en ces termes la distinction n'élude pas toutes les difficultés car, en dehors du cas où l'organe de gestion mis en cause a manqué à une prescription légale ou statutaire, la faute reste toujours difficile à préciser lorsqu'il s'agit d'une prescription relative aux devoirs de gestion proprement dits.

En effet, il est impossible de déterminer a priori d'une façon exacte dans quels cas il y aura manquement à ces devoirs et, partant, responsabilité civile car, normalement, les facteurs qui concourent au fonctionnement irréprochable des sociétés sont très variables et nombreux ; ils sont multiples aussi bien dans les individus eux-mêmes que dans les actes qui, de ce fait, prennent une signification particulière selon chaque espèce, et commandent des solutions diverses eu égard à la situation sociale.

À cet égard, on sera en effet plus ou moins sévère, pour apprécier la gravité des manquements à leurs devoirs des administrateurs et des gérants de sociétés et déterminer la nature exacte de ces devoirs, en raison des circonstances économiques¹ ou financières propres à chaque société. L'action en responsabilité pour fautes de gestion proprement dites devient ainsi, la plus fréquente comme étant directement liée aux vicissitudes économiques.

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.2 et 3.

Cela veut-il dire que les administrateurs ou gérants doivent être inquiétés pour toutes les conséquences fâcheuses de leurs actes, alors que ces actes ont été accomplis dans des conditions normales ? Assurément non puisque le fondement juridique de la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle réside dans l'existence d'une faute. Les dirigeants de sociétés ne peuvent en effet, s'engager à garantir la prospérité de la société, ce qui équivaldrait à substituer la responsabilité pour risque à la responsabilité pour faute, et la jurisprudence n'a jamais été jusque là malgré la nécessité de protéger l'épargne.

Mais, dans ces conditions, on doit préciser le caractère de cette faute et se demander si, indépendamment des infractions à la loi et aux statuts, il existe des cas où la responsabilité civile des administrateurs ou gérants peut être encourue.

Disons tout d'abord à cet égard qu'il ressort des termes de l'article 715 bis 23 du code de commerce qu'une obligation générale¹ pèse sur les administrateurs comme d'ailleurs sur tout dirigeant de sociétés, celle de bien gérer les affaires sociales. Les administrateurs sont donc responsables, non seulement de leur faute lourde et du dol, mais encore de leurs fautes, c'est-à-dire de leurs erreurs, de leurs négligences, de leurs imprudences, voire même de leurs abstentions, l'appréciation devant être faite d'autant plus sévèrement que la fonction a été stipulée salariée². Ceux qui gèrent les intérêts d'autrui doivent, en effet, y apporter tous leurs soins ou se démettre car nul n'a le droit d'accepter une charge sans en endosser à l'avance les responsabilités. Tels sont donc, les caractères de la faute de gestion.

Mais que faut-il entendre au juste par faute de gestion ?

Aucune définition légale ne permet d'appréhender la notion de faute de gestion. Les textes qui y font référence évoquent simplement d'une part, que le

¹ J. et E. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales*, t. IV, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1955, n°157, p.311.

² Cass. Com., 26 nov. 1956, Bull. cass., 1956.3.262; Douai, 11 juill. 1957, D. 1957.715, note Lagarde.

dirigeant d'une société in bonis, dont la situation est saine, est responsable des fautes qu'il commet dans la gestion¹.

D'autre part, lorsqu'une société est soumise à une procédure collective, le tribunal peut, en cas d'insuffisance d'actif engendrée par une faute de gestion, mettre à la charge du dirigeant les dettes de la personne morale, par le biais de l'action en comblement de passif². Ainsi, au même titre que les violations de dispositions législatives, réglementaires et statutaires³, ce type de faute oblige le dirigeant à réparer le dommage issu de son comportement fautif.

Devant l'absence de définition légale, la doctrine classique la faute de gestion est la faute commise dans l'exécution du contrat de mandat. C'est une faute que ne commettent pas les administrateurs ou gérants prudents et diligents, selon les règles du droit commun du mandat. Cette faute se situe ainsi en dehors de celles constituées par les violations de la loi et des statuts⁴.

Mais le législateur ne retient pas seulement la faute de gestion résultant de la mauvaise exécution du contrat du mandat, qui lie selon la théorie classique les administrateurs et les gérants avec la société et les actionnaires, il fait allusion à la faute délictuelle de gestion. Les administrateurs et les gérants se trouvent donc dans l'obligation de bien gérer à l'égard de tous.

Actuellement, les auteurs admettent unanimement qu'une définition unitaire de ce type de faute est impossible, tant il existe une extrême variété d'actes de gestion¹. Une faute entendue au sens large, même légère, suffit pour engager cette responsabilité².

¹ Art. 432 et 433 du code civil algérien ; aussi Serge Hadji-Artinian, la faute de gestion en droit des sociétés, Juris Classeur, Affaire Finances, Litec, 2001, Paris, p.3.

² Art 434 du code civil algérien.

³ Cf, Y. Guyon, Droit des affaires, Entreprise en difficulté, t.2, 7^e éd, Economica, 1999, n° 1374.

⁴ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.155.

¹ Cf, G. Viney et P. Jourdain, Traité de droit civil, les obligations : la responsabilité civile, conditions, 2^e éd., LGDJ, 1998, Spéc, n° 857.

² Cf, Ph. Merle, Droit commercial, sociétés commerciales, 7^e éd, Précis Dalloz, 2000, n° 198 : la faute de gestion va « de la simple imprudence ou négligence aux manœuvres frauduleuses caractérisées ».

Ainsi, une partie de la doctrine a vu dans la faute de gestion une défaillance involontaire suffisamment caractérisée, des pouvoirs fonctionnels des dirigeants sociaux. Cette faute est donc, « protéiforme »¹. Néanmoins, même si le domaine de la faute de gestion est vaste, le dirigeant social bénéficie d'un droit à l'erreur², car la doctrine admet communément que cette faute a pour origine le non respect d'une obligation globale de compétence, de diligence et de bonne foi à la charge du dirigeant, ou plus simplement la violation d'une obligation « de gérer en bon père de famille »³. De toute évidence, la faute de gestion est donc toute faute commise dans l'administration générale de la société, par action ou par omission⁴. En somme, elle est le fruit d'un comportement qui peut être qualifié d'anormal ou irrégulier, le plus souvent caractérisé par le « manque de bon sens ».

Le juge quand à lui apprécie le comportement du dirigeant pour en dégager le caractère fautif. La faute est donc la conséquence d'un acte positif mais aussi d'une abstention⁵.

Donc vouloir définir la faute de gestion, nécessite une analyse de la notion de gestion, actes de gestion et du domaine de la gestion.

Les économistes et les spécialistes du management définissent la gestion comme une science de l'administration, de la direction d'une organisation et de ses différentes fonctions. La gestion alors est à la fois l'art et la science de la conduite de ces organisations marchandes que sont les entreprises privées¹.

En conséquences, la gestion recoupe plusieurs niveaux de décisions ; au stade inférieur, les décisions tactiques et de fonctionnement, au niveau supérieur, les décisions stratégiques à long terme.

¹ Cf, Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.4.

² Cf, P. Bloch, La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de procédure collective, Gaz. Pal., 1.1996, p.626 et s.

³ Cf, Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.4.

⁴ Idem, p.4.

⁵ Cf, M. Cozian, A. Viandier et F Deboissy, Droit des sociétés, 13^e éd., Litec, 2000, n° 439.

¹ Cf, Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.4.

Pour la définition des actes de gestion, on peut relever deux approches : doctrinale et jurisprudentielle.

1- L'approche doctrinale :

Pour certains auteurs, la définition de ce type d'acte est liée aux concepts d'objet social et de pouvoir exercés par les organes de direction d'une société, en conséquence, deux types d'actes ressortent : les actes de conservation et d'administration sur les biens sociaux, et ceux qui garantissent les engagements à l'égard des tiers associés ou non¹.

Sont ainsi qualifiés comme tels, les actes compris dans les limites de l'objet social, mais aussi ceux qui se manifestent en dehors de cette délimitation, sous certaines conditions ; l'acte de gestion comporte les actes d'administration et les actes de dispositions, à condition que ces derniers n'aient pas pour résultat une modification indirecte des statuts, ou une dissolution de la personne morale².

L'acte de gestion se conçoit donc « comme un acte dont le contenu est plus étendu que celui de l'acte d'administration ». il se compose d'actes de nature conservatoire, et d'actes d'administration.

Néanmoins, « les actes des dirigeants sociaux ne recouvrent pas ceux de la société elle-même »³. Dans cette hypothèse, même si l'acte de gestion semble partiellement s'assimiler aux pouvoirs de gestion du dirigeant social, il est impossible de concevoir l'acte de gestion comme étant « l'opérateur permettant la réalisation de l'objet social » seul. Au contraire, une vision organique permet de définir l'acte de gestion comme « celui rentrant normalement dans l'attribution des organes de gestion »¹.

Cette vision est confirmée en doctrine, puisque d'autres auteurs considèrent que l'acte de gestion « est un fait isolable qui est le fruit d'une

¹ Cf, Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.6.

² Cf, Y. Guyon, op.cit, t.1, n° 265.

³ Cf, M. Marteau-Petit, La notion d'actes de gestion et le droit des sociétés, thèse, Paris II, 1992, n° 504 à 511 ; cité dans Serge Hadji Artinian , op.cit, p.6.

¹ Cf, Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.4.

décision prise par l'organe de gestion ». La décision de gestion se définit donc « comme étant le choix intellectuel à finalité professionnelle compatible avec les dispositions légales, à la condition que ces dispositions n'imposent pas une solution¹.

2- Approche jurisprudentielle :

Les juridictions Françaises ont également ralié cette analyse, spécialement à propos d'une affaire portant sur une expertise de gestion de l'article L. 228-5 du nouveau code de commerce Français (L.24 juill.1966, anc. Art.266). Demandée par un comité d'entreprise, elle portait sur une décision de restructuration sociale. Pour la Cour de cassation française, « l'acte de gestion est celui qui ne relève pas de la compétence de la collectivité des associés », car si l'opération contestée avait été placée sous le régime de la fusion scission, elle aurait ainsi relevé de la compétence de l'assemblée générale. Si la décision avait été prise par le conseil d'administration, l'assemblée générale aurait été ensuite appelée à se prononcer sur ses conséquences.

Ainsi l'expertise de gestion ne peut porter que sur des décisions qui relèvent de la compétence des organes de gestion². En somme, l'acte de gestion est celui qui émane des organes de direction. Il semble donc rattaché à cette fonction. Cette définition de l'acte de gestion, extrêmement vaste, n'est pas moins justifiée, car il est la matérialisation et la manifestation du pouvoir de gestion, dont les organes d'administration sont titulaires.

Concernant le domaine de la gestion, on notera que la gestion porte sur des biens meubles ou immeubles, ainsi que sur des valeurs. L'assiette de ces éléments détermine alors, les pouvoirs du gérant, et donc le domaine de la gestion. Toutefois, si pour certains auteurs le droit des sociétés est en lui-même un instrument de gestion en tant que technique d'organisation¹, gérer une société

¹ Cass.com., 19 mars 1996, Rev.Sociétés 1996, note, T. Bruguier, p.840.

² Cass.com., 12 Janv 1993, Rev.Sociétés 1993, p.426, note B. Saintourens.

¹ Cf, A. Couret, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, Rev.Sociétés. 1984, p.243 ; cité dans Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.5.

commerciale, c'est autant diriger une universalité. Dans sa finalité, la gestion est le moyen pour les dirigeants d'atteindre l'objet social, alors que ceux-ci sont au service de la majorité représentée.

Deux conceptions de la gestion se dégagent. Une *conception libérale* définit la gestion par voit au contraire un *instrument au service d'un intérêt général* ; elle est donc une *fonction*. La gestion d'une société se définit au sens large, comme l'ensemble des actes nécessaires, ou articles à la réalisation de l'objet social¹. Elle consiste en une activité juridique limitée dans le temps, un service de l'intérêt supérieur, sur laquelle s'exerce un contrôle du juge qui veille sur les fautes de gestion considérées comme un abus de droit.

En effet, la direction interdit à son titulaire d'agir dans son intérêt personnel. La gestion est donc une notion indépendante qui prend toutes les caractéristiques d'une fonction autonome, dont le seul but est la prise de décisions², sur un patrimoine déterminé. La prise de décision de gestion se manifeste par les actes de gestion.

On remarque ainsi que la définition de la faute de gestion pose une problématique car cette faute se compose d'une multitude de comportements apparemment sans liens véritables. Une classification classique tend à en déterminer les contours, mais cette démarche arbitraire est insatisfaisante au regard des risques de confusions qu'elle emporte. En effet, la frontière entre les attitudes de négligence, d'imprudence et de déloyauté est floue, elle rend la systématisation mouvante et inconfortable. Néanmoins, cette apparence de diversité cache une réelle unité des fautes de gestion, qui ont un point commun, l'intérêt social. Ce critère tend à fédérer la définition de la notion de faute de gestion, qui consiste à nos yeux, à ce que les administrateurs ou gérants fassent tout ce qui, en un mot, tend à conduire la société vers la fin qu'elle s'est proposée en se constituant, c'est-à-dire procéder à tout acte dans le but s'assurer

¹ Cf, Serge Hadji-Artinian, op.cit, p5.

² Cf, Y. Guyon, Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, t.1, 11^e éd, Economica, 2001, n° 190.

la mise en valeur du patrimoine social et faire des bénéfices, qui pourraient en résulter, un usage conforme aux prescriptions légales et statutaires existantes à ce sujet. La mise en valeur du patrimoine social, c'est-à-dire l'acte de gestion proprement dit est donc une obligation en principe¹.

Il y a lieu d'ajouter que cette mise en valeur comporte non seulement des actes principaux, mais des actes accessoires qui en leur source dans des actes de mise en valeur, actions, transactions, compromis, etc. toutefois la mise en valeur peut être soumise à des dispositions légales ou statutaires spéciales sur les modalités d'accomplissement d'un acte de gestion.

En pratique, la faute de gestion recouvre une multitude de comportements et de situations qui tout semble opposer. Toutes les tentatives de classification classique ont fait naître des confusions. En effet, l'ambiguïté d'une telle systématisation tient au fait que les comportements se rattachent parfois simultanément à l'aventurisme, à la négligence, et même à la déloyauté. La frontière entre les diverses attitudes est subjectivement incertaine, et l'archivage arbitraire. En conséquence, la définition de la faute par une classification des conduites est donc peu satisfaisante, même si elle demeure nécessaire pour fixer l'empreinte d'une première délimitation de cette faute singulière².

Fondamentalement, l'analyse de cette classification met en évidence trois principaux types de comportements. Le dirigeant est soit aventureux, soit négligent. Mais son attitude peut aussi caractériser directement ou indirectement la violation de dispositions légales.

Avoir en charge la direction d'une structure sociale est certainement plus proche d'une activité professionnelle délimitée par des règles de conduite, que d'une aventure qui relève de la découverte et du plaisir. Dans quelle hypothèse,

¹ Cf, G. Ripert et R. Roblot, op.cit, n° 762 et 1436.

² Cf ,Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.26.

le comportement du dirigeant sera-t-il qualifié d'aventureux ? Comment définir cette notion ?

Être aventureux, dénote un comportement marqué par le risque et l'aléa. D'ailleurs, l'aventure se définit comme « l'ensemble d'activités, d'expériences qui comportent du risque et de la nouveauté »¹. En conséquence, le dirigeant social aventureux est celui qui joue inconsciemment avec le risque, donc qui commet des imprudences. Or, ce manque de précaution risque d'engager sa responsabilité.

Ainsi, l'imprudence se manifeste à des degrés divers, elle peut résulter d'une témérité accrue caractérisée par un excès d'hardiesse, mais aussi d'une relative imprévoyance dans laquelle les risques ne sont plus calculés. Dans certaines hypothèses, l'imprudence peut également s'avérer être le fruit d'une relative incompetence du chef d'entreprise.

Dans ce contexte, quelle place accorder à la maladresse du dirigeant social ?

En effet, le dirigeant bénéficie tout de même d'un droit à l'erreur². Une décision peut être maladroite sans pour autant être le résultat d'une imprudence. Dans la maladresse, le dirigeant agit dans un intérêt qu'il pense déterminé, mais il s'avère que son action n'est pas conforme aux prévisions espérées. En revanche, l'aventurisme est caractérisé par la volonté d'agir dans un sens déterminé, avec une relative inconscience quant aux résultats recherchés¹.

- L'aventurisme, c'est agir sans prudence. La négligence consiste à faire les choses sans application, avec détachement, comment délimiter dans l'absolu la notion de négligence ? Une première définition retient qu'il s'agit de l'action de négliger. Partant, négliger c'est manquer de soin, d'application, à l'attention que l'on doit.

¹ Le nouveau petit Robert, dictionnaire Robert, 2000 : V. aventure.

² Cf, Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.42.

¹ Idem, p.29.

En somme, cela consiste à ne pas accorder d'importance au fait, à l'affaire qui nous occupe. La négligence, c'est donc l'attitude ou l'état d'une personne dont l'esprit ne s'applique pas à ce qu'elle fait ou doit faire. En général, il s'agit de la faute qui consiste à ne pas accomplir un acte que l'on aurait dû accomplir¹.

La négligence peut être le résultat tant d'une action positive que d'une action négative, comme l'inaction. Est-ce un simple défaut d'attention ? À priori, non.

L'examen des décisions rendues en cette matière, montre que le comportement de négligence peut être le résultat tant d'une attitude réfléchie, qu'involontaire². À nouveau, il ressort que cette conduite s'inscrit dans la gradation mise en évidence à propos des fautes commises par le dirigeant aventureux³. Effectivement, plusieurs catégories de négligences se détachent de l'examen de conduite d'un dirigeant social. Mais au même titre que l'aventurisme, cette classification des attitudes dites négligentes et arbitraire, car certaines ne sont pas franchement rattachées à une seule et unique catégorie de comportements.

Dans toutes les hypothèses d'incuries qui se rattachent à la gestion, le juge caractérise le comportement fautif, et met en jeu la responsabilité du dirigeant au même titre que s'il avait commis une faute d'imprudence.

En pratique, dans les espèces soumises aux juridictions pour rechercher la responsabilité des organes de direction pour faute de gestion, le comportement du dirigeant négligeant se caractérise tout d'abord, par sa relative passivité. Ensuite, la négligence peut provenir d'un défaut de surveillance des organes d'administration par d'autres dirigeants de la société et enfin, l'incurie du chef d'entreprise sera retenue en cas d'absentéisme caractérisé.

¹ Le nouveau Petit Robert, dictionnaire Robert, 2000, V négligence, et négliger.

² Cf. Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.55.

³ idem, p.29.

- Dernière étape dans l'évolution des comportements des dirigeants de sociétés, la faute de gestion pour « violation de la légalité »¹, manifeste en général une intention délibérée de mal agir, dont le délit objet de notre étude.

La jurisprudence, ainsi que la doctrine ont rapidement caractérisé ce comportement du dirigeant comme constitutif d'une faute de gestion, lorsqu'il s'inscrit dans le cadre de la gestion, ou de l'administration d'une société.

Les attitudes qui caractérisent une violation de la loi, se confondent souvent avec celles d'imprudence, et de négligence². Cette constatation sema le doute dans l'esprit d'une partie de la doctrine. Ainsi, certains auteurs se sont interrogés sur le fait de savoir, si ces infractions aux dispositions législatives, réglementaires ou statutaires constituaient en soi, une faute de gestion. Ils relevèrent qu'en principe, la réponse doit être négative, sans être absolue³. Ce type de comportement ne peut effectivement constituer une faute de gestion, puisqu'en principe ce sont des infractions pénales, nées de violation de dispositions de cet ordre. Mais, des auteurs reconnaissent implicitement qu'une telle infraction puisse à *fortiori* constituer une faute de gestion, puisque « toute violation de la loi est assurément fautive, comme toute imprudence »¹. En effet, la violation de dispositions relatives à la gestion caractérise à *fortiori* une faute aggravée.

Les juridictions adoptent une vision globale de la faute, même si chaque type de conduite est caractérisé indépendamment. Tel est le cas pour le dirigeant qui refuse de souscrire à l'augmentation de capital prévue dans le plan, et nécessaire pour garantir la continuité d'exploitation de la société². Pour les

¹ Cf, J-P. Berdah, Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions, thèse, Paris. 1974; cite dans Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.75.

² T. com. Villeneuve-sur-Lot, 16 févr.1996: Bull. Joly. 1996, p.413, note J-J Daigre.

³ Cf, J. Hemard, F. Terre et P. Mabilat, Les sociétés commerciales, t.2, Dalloz, 1974, n°1184.

¹ Cf, F. Perochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté, instruments de credit et de paiement, 4° éd., LGDJ, 1999, spec, n° 432.

² Paris, 19 mars 1996: Bull. Joly. 1996, p.608, note P. Le Cannu

juridictions, même si les fautes de gestion sont caractérisées au regard du comportement d'incompétence, une violation des dispositions du droit des sociétés n'en est pas moins manifeste.

En somme, les juges qualifient un comportement global, même si chaque attitude prise indépendamment est en soi une faute commise dans l'administration d'une personne morale¹.

Le plus fréquemment, les juges élaborent leurs décisions sur la détermination d'un faisceau d'indices. Ce dernier se fonde sur des comportements qui constituent des fautes de gestion. Cette aspiration confirme la volonté jurisprudentielle qui accorde à la notion de faute de gestion une qualification extrêmement large.

Quelques remarques sont nécessaires sur la question de la violation des dispositions contractuelles instituant la personne morale.

La violation des principes statutaires entraîne la responsabilité du dirigeant social lorsqu'il ne respecte pas l'objet social. En principe, l'objet social détermine le champ d'action du dirigeant en délimitant ses pouvoirs dans les statuts.

En outre, l'objet social détermine la commercialité de la personne morale¹. Pour les juges du fond, le non respect des dispositions statutaires relatives à l'objet social constitue une faute de gestion lorsque le dirigeant « entreprend des opérations étrangères à l'objet social » qui aggravent le passif social. En l'occurrence, pour les juridictions « la perte enregistrée par la société dans ses activités hasardeuses de commerce international était le résultat d'une politique menée en parfaite violation des statuts ».²

Généralement, la violation des dispositions légales peut être volontaire mais aussi involontaire puisque pour le juge « constitue une faute... la violation

¹ Paris, 5 déc.1997, Bull.Joly 1998, p.253, note J-J. Daigre.

¹ Cf, Srge Hadji-Artinian, op.cit, p.76.

² Versailles, 30 mai 1996: Rev.pr.coll. 1999, p.43, n° 3, note A. Martin-Serf.

... d'un texte légale quelque soit le mobile poursuivi par son auteur »¹. Violer sciemment, ce type de dispositions implique une *certaine idée de mauvaise foi*, alors même que la mauvaise foi du dirigeant poursuivie n'est pas à elle seule suffisante pour caractériser la faute de gestion.

Un vif débat s'engagea en doctrine sur le sens des terminologies légales « faute de gestion » et « faute dans la gestion »².

Mais les auteurs donnent une acception élargie de la notion de faute de gestion. Celle-ci, s'entend globalement de « l'attitude fautive du dirigeant en tant que tel, à la tête de la société », conformément à la volonté du législateur. Cette vision soutenue par la doctrine majoritaire³ permet d'embrasser une multitude de comportement difficilement acceptable pour les victimes de tels dommages. Elle relativise également le fait que pour certain « la faute de gestion est exclusive de toute idée de dol » car demeure possible une confusion entre la faute de gestion et le délit pénal. Néanmoins, pour ces auteurs cette confusion est impossible.

En effet, les dispositions relatives à la faute de gestion inscrites soit dans la loi française de 24 juillet 1966 et aujourd'hui dans le nouveau code de commerce français ou le code de commerce algérien « ne contiennent aucune référence à un élément moral ».

Aujourd'hui, de nombreuses décisions jurisprudentielles en France retiennent la qualification de faute de gestion, lorsque le dirigeant social ne respecte pas les dispositions légales spécifiques ou bien lorsqu'il viole les dispositions statutaires.

La doctrine est consciente du faite que la déloyauté constitue « un fait générateur de responsabilité civile »¹, la violation de dispositions légales

¹ Douai, 16 avr. 1992: D. 1994, Somm., 143.

² Cf, Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.77.

³ Idem, p.77.

¹ Cf, D. Vidal, Droit des societees, 2^e éd, LGDJ, 1998, n° 438.

constitue une infraction qui entraîne la responsabilité civile de son auteur, à laquelle s'ajoute une responsabilité pénale¹.

Le comportement du dirigeant qui consiste à ne pas appliquer les réglementations en vigueur caractérise la faute de gestion à son degré le plus élevé. En effet, l'idée de violation de la loi, et à *fortiori* de dispositions pénales vérifie l'hypothèse de départ selon laquelle il existe une gradation des comportements des dirigeants sociaux.

Le dirigeant « hors-la-loi » est celui qui, sortant du cadre légal, commet pour ses décisions de gestion, une faute de gestion. Il s'agit de l'ultime attitude fautive d'un dirigeant qui agit contre l'intérêt de la personne morale, se permettant même de violer les dispositions légales pénales et l'ordre public.

En conséquence, l'attitude du dirigeant « hors-la-loi » se manifeste par trois types de violation, chacune masquée par le sceau du non respect d'un critère fondamental: l'intérêt social. Commet une faute de gestion, le dirigeant qui viole

- les règles du droit comptable et du droit fiscal.
- les règles du droit des sociétés.
- les règles du droit pénal des sociétés.

Dès lors, la violation d'une disposition pénale comme par exemple l'abus de bien social par elle-même contraire par définition à l'intérêt social, met en évidence la présence latente d'une décision de gestion par nature fautive. Plus généralement, le dirigeant qui viole la loi pénale, commet une faute de gestion, puisqu'il compromet le patrimoine social et donc l'intérêt social.

La notion d'intérêt social est un procédé d'équité modératrice à la disposition du juge¹. Cela témoigne du rôle central dont jouit la notion d'intérêt social.

Pourtant, si son utilisation est récurrente en droit des affaires, l'intérêt social est l'une des notions les plus mal définies est plus sujettes à controverses.

¹ Cf, Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.77.

¹ Cf, G. Soussi, Intérêt de groupe et intérêt social, JCP. 1975. 11 816, p.10.

À travers l'étude de la théorie de l'acte anormal de gestion et du délit d'abus de bien social, il n'est pas étonnant de constater que l'intérêt social reçoit une compréhension différente.¹

Ces querelles quant à son interprétation conduisent certains auteurs à s'interroger sur la pertinence de son utilisation. La définition de l'intérêt social a toujours fait l'objet de controverses, questionnements et débats doctrinaux tant en droit fiscal qu'en droit pénal des affaires. Paradoxalement, cette même notion se situe au cœur de la théorie de l'acte anormal de gestion et de l'abus de bien social ce qui conduit à s'interroger sur la solidité de ce socle commun.

Malgré son rôle majeur en droit de sociétés, les tentatives visant à cerner la notion d'intérêt social sont récentes². Classiquement, le monde du droit des sociétés voit s'affronter deux thèses concernant la nature de l'intérêt social, chacune défend sa vision de la notion de société. La première conception suggère que la société repose sur un contrat entre ses membres. S'appuyant sur l'article 1833 du code civil français (et aussi article 416 du code civil algérien)³, cette théorie « société-contrat » met en évidence l'intérêt des associés qui se confondraient nécessairement avec l'intérêt de la société.

En effet, la société est créée par les associés qui entendent aussi ainsi à travers elle, satisfaire leur intérêt commun (partager les bénéfices et profiter des économies). De ce fait, veiller à la protection de leurs intérêts revient à protéger la société.

¹ Cf, Serge Hadji-Artinian, op.cit, p.108.

² Cf, A. Medina, Abus de biens sociaux: prévention, détection, poursuite, Dalloz, 2001, p.80.

³ Art. 416 c. civ: "la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes physiques ou morales conviennent à contribuer à une activité commune, par la prestation d'apports e nindustrie, en nature ou numéraire dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter, de réaliser une économie ou encore de viser un objectif économique d'intérêt commun.

Pourtant, si cette théorie fut dominante au début du XX siècle, elle est apparue trop rigide aux yeux de certains en ce qu'elle refuse de considérer la société comme autre chose qu'un simple contrat¹.

Une autre conception est peu à peu apparue : celle de la « société-institution ».

Principalement développée, par MM Champaud et Paillusseau dans les années 1960 ; elle dissocie l'intérêt commun des associés de l'intérêt social. Pour ces auteurs, l'intérêt social est autonome et propre à la personne morale qui devient une véritable institution.

Si cette dernière conception l'a longtemps emporté, nous assistons aujourd'hui à l'émergence d'une troisième théorie, mixte qui décide de tenir compte de l'aspect protéiforme de l'intérêt social.

Pour ces auteurs, dont M. Mestre est le chef de file, le caractère ambivalent de la notion empêche l'établissement d'une définition unitaire. Dès lors, l'intérêt social doit être vu comme une combinaison d'intérêts, un outil avec suffisamment de souplesse pour permettre une utilisation efficace dans différents domaines.

Finalement, cette dernière conception admet l'impossibilité d'une définition de l'intérêt social et se contente de l'utiliser plutôt que d'essayer de le définir², d'où les nombreuses critiques quant à sa pertinence.

3- Les critiques quant à la pertinence de l'intérêt social

Si les tentatives de définition de l'intérêt social émanent d'auteurs commercialistes, les critiques quant à la pertinence de cette même notion sont principalement soulevées par des fiscalistes, tant est si bien que le recours à la

¹ Trib. Corr. Mulhouse, 25 mars 1983, affaire Schlumpf, D.1984, p.285, note C.Ducouloux-Favaerd, p.77: "la notion d'intérêt social est étrangère; son pays natal est l'Allemagne, c'est une notion qui ne pouvait voir le jour parmi les juristes trop convaincus que la société est un contrat".

² Cf, M. Cozian, A. Viandier et F Deboissy, Droit des sociétés, 19^e éd, Litec, 2006, p.673: l'intérêt social est vu comme "un impératif de conduite, une règle déontologique, voire morale".

notion d'intérêt social pour l'abus de bien social n'est pratiquement pas contestée sur ce point.

Concernant l'acte anormal de gestion, les auteurs reprochent à l'administration fiscale son utilisation systématique de la notion d'intérêt social qui certes apporte une solution à l'anormalité de gestion mais ne la définit nullement. Or, cette absence de définition de l'anormalité est regrettable à deux égards : elle rend lacunaire la théorie de l'acte anormal de gestion et elle crée une grave insécurité juridique¹ pour l'entreprise.

Le critère de l'intérêt de l'entreprise apparaît donc très contesté tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. De plus, la dimension subjective de l'utilisation de l'intérêt social contrevient à l'habituelle objectivité de l'administration fiscale qui se trouve obligée de statuer « au cas par cas ». C'est au milieu de ces controverses que la notion d'intérêt social n'a cessé d'évoluer au sein de l'acte anormal de gestion et de l'abus de bien social.

- **Les évolutions en droit pénal**

Si le juge pénal ne conteste pas l'utilisation de l'intérêt social, il tente malgré tout de faire évoluer la notion. Les juges ont ainsi essayé de confondre intérêt social et objet social. L'objet social qui peut être défini comme « l'ensemble des activités déterminées par le pacte social, que la société peut exercer »² est pourtant très différent de l'intérêt social puisqu'elle est dénuée de dimension morale et ne prend comme référence que la volonté des associés matérialisée par les statuts¹.

Ainsi, un acte conforme à l'objet social peut être contraire à l'intérêt social.

¹ Cf, M. Collet, contrôle des actes anormaux de gestion: pour un retour à l'anormal, Dr. Fisc. 2003, n° 14, p.536.

² Cf, Y. Chaput, De l'objet des sociétés commerciales, thèse, Clèremont-Ferrand, 1973, p.35.

¹ CA Angers, 17 janv.1991, n°241; cite dans P. Conte et W. Jeandidier, op. cit, p.125.

- **Les évolutions en droit fiscal :**

Le caractère aléatoire de l'intérêt social a conduit à de nombreuses évolutions jurisprudentielles, certes en élargissant le champ d'application de l'acte anormal de gestion mais au prix d'une incohérence théorique.

Cette évolution peut se résumer en trois étapes:

Dans un premier temps, la jurisprudence refusait d'admettre que l'intérêt social puisse se confondre avec l'intérêt d'un tiers, l'intérêt de l'exploitation était exclusif.

Puis, en 1992, elle est revenue sur cette position en admettant que l'intérêt d'un tiers puisse être également conforme à l'intérêt de l'entreprise¹. Dès lors, les juges ont eu pour mission de veiller à ce que la contrepartie accordée aux tiers n'excède pas celle accordée à l'exploitation.

Enfin, la jurisprudence du conseil d'état Français relative aux groupes de société est venue rompre cet élargissement apparent : l'appartenance à un même groupe ne suffit pas à caractériser l'intérêt social². Ainsi, un abandon de créance doit apporter une contrepartie à la société qui le consent sans qu'elle puisse se cacher derrière l'identité du bénéficiaire³.

Face à ces constats, de nombreuses voix s'élèvent pour substituer à la notion d'intérêt social celle d'usage et d'égalité¹. Cependant, si cette solution a le mérite de fonder la normalité sur un socle moins mobile, elle élude un peu trop facilement l'élément intentionnel de l'auteur de l'acte.

L'ancienne garde des Sceaux Française, Mme Rachida DATI, a confié à une commission le soin « de limiter le risque pénal des entreprises et d'envisager des modes de régulation plus adaptés à la vie économique »².

¹ CE, Musel SBP et Bruner, 10 juillet. 1992, req. n° 110213 et n° 110214.

² CE, SA Rocadis, 26 Septembre 2001, req. n° 219.825, Dr. Fisc. 2002, n° 24, comm.. 490, concl. Bachelier.

³ www.memoireonline.com/10/10/4034/m_lacte-anormal-de-gestion-et-labus-de-bien-social4.htm.

¹ Cf, P. Serlooten, Liberté de gestion et droit fiscal: la réalité et renouvellement de l'encadrement de la liberté, Dr. Fisc. 2007, n° 12, p.11.

² Rapport de la Commission Coulon, Documentation Française, op. Cit, p.2.

Aussi, Jean-Marie Coulon, Premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris, n'a pas permis de mettre fin à certains délits (abus de bien social, distribution de dividendes fictifs, établissement d'un bilan inexact...) et s'est montré beaucoup plus timoré que son prédécesseur, le député Marini, chargé de moderniser le droit des sociétés en 1996¹.

En Algérie, c'était installé une commission (AD HOC) en charge d'étudier le dossier de dépenalisation de l'acte de gestion, donc elle avait comme objectif principal de formuler des propositions pour mettre en place des mesures afin d'assurer la protection des cadres gestionnaires des entreprises et établissements publics, car l'Etat, et dans l'obligation de protéger et sécuriser ses cadres gestionnaires, a vu que la dépenalisation de l'acte de gestion sera le moyen de protection le plus efficace, puisqu'en Algérie l'acte de gestion est un acte à risque pénal. En effet, il y a de nombreux cadres poursuivis et incarcérés pour cette infraction, avec toutes les conséquences négatives sur le fonctionnement de leur entreprise ; et par conséquent les autres gestionnaires sont réduits à l'immobilisme et l'impact est néfaste sur la gestion de l'entreprise et son rendement dans un marché commercial.

Cette proposition de dépenalisation a été retenue et appliquée par l'ordonnance n° 15-02 du 23/07/2015 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-155 du 8 juin 1966 portant code de procédure pénale, par son article 6 bis : « l'action publique ne peut être mise en mouvement à l'encontre des gestionnaires des entreprises publiques économiques dont l'Etat détient la totalité des capitaux ou à capitaux mixtes, pour des actes de gestion ayant entraîné le vol, le détournement, la détérioration ou la perte des deniers publics ou privés, que sur plainte préalable des organes sociaux de l'entreprise prévus par le code de commerce et la législation en vigueur ».

¹ Cf, P. Marini, Rapport au Premier ministre, La modernisation de droit des sociétés. La documentation Française, 1996; aussi, B. Bouloc, La dépenalisation dans le droit penal des affaires: D. 2003, 2493.

C'est à se demander, alors si cette dépenalisation serait la porte ouverte à l'impunité ? à notre humble avis la réponse est de « non », parce que le législateur Algérien veut faire la distinction entre faute de gestion intentionnelle et celle involontaire (erreur de gestion) ; pour lui tout gestionnaire qui respecte les lois, et travaille dans l'intérêt de l'entreprise et réalise en fin de contrat les objectifs tracés, qui commet des erreurs, sera considéré comme victime d'une faute de gestion, à corriger dans le processus de sa gestion. Les autres qui ne respectent pas les lois et qui ne réalisent pas les objectifs de l'entité seront considérés comme mauvais gestionnaires, et seront pénalisés.

Il faut donc assurer davantage les cadres gestionnaires sans que cela puisse signifier l'impunité totale, mais il faut trouver le point d'équilibre entre le fait de permettre aux dirigeants d'avoir la flexibilité nécessaire en termes de gestion tout en prémunissant contre les risques de fraudes.

L'action en responsabilité pour faute de gestion devient ainsi la plus fréquente comme étant directement liée à la vie sociale tout entière.

En effet, du moment que les administrateurs ou les gérants sont tenus de prendre des décisions, cela suppose un choix, une alternative, donc une chance d'erreur. La tendance de la prétendue victime sera de qualifier faute de gestion tout acte dont le résultat sera malheureux ou moins avantageux pour elle qu'un autre acte qui aurait pu être décidé par les dirigeants de la société au lieu et place du premier.

Mais les tribunaux peuvent sans aucun doute exercer un contrôle très strict sur la qualification du fait litigieux et constater d'une façon précise quels sont parmi les agissements des administrateurs ou gérants ceux qui peuvent leur être imputés à faute de gestion¹. Cette recherche de la part des juges sera, d'ailleurs,

¹ Cass. Civ., 19 févr. 1890, D.P. 1890.1.241 ; 13 janv. 1892, D.P. 1892.1.157 ; 2 juill. 1901, D. 1903.1.169 Trib. Seine, 21 mai 1935, Gaz. Trib., 23 oct. 1935.

facilité du fait que, souvent, les différents ordres de fautes se confondront comme dans le cas d'une distribution de dividendes fictifs¹ où les trois causes de responsabilité civile des dirigeants de sociétés, à savoir l'infraction aux dispositions légales, la violation des clauses statutaires et la faute de gestion se trouvent réunies.

Sous section II : Nature de la responsabilité

Les lois sur les sociétés commerciales ayant admis en principe la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle, ont pris soin d'indiquer, ainsi que nous l'avons vu, que le fondement de cette responsabilité résidait dans les prescriptions du droit commun.

Ainsi, bien qu'à proprement parler le législateur n'ait à aucun moment tranché la question de la nature de la responsabilité en matière de dividendes fictifs, l'opposition traditionnelle dans le droit commun des responsabilités délictuelle et contractuelle pourrait-elle nous fournir la solution du problème qui nous occupe ici.

On conçoit bien l'importance dans notre matière de l'adoption de cette manière de voir en ce qui concerne notamment, les règles relatives à la charge de la preuve, à l'étendue des dommages et à la compétence.

De plus, on peut se demander s'il n'y a pas un intérêt à essayer de distinguer les deux sortes de responsabilité, non seulement pour les faire jouer entre la société et les tiers mais, aussi, pour chercher une formule permettant l'exercice des actions en responsabilité de la part des associés eux-mêmes.

D'une façon générale, la distribution des dividendes fictifs, étant considérée comme une violation aux dispositions légales, statutaires et aux prescriptions concernant la gestion sociale peut, suivant qu'elle est envisagée

¹ Cf. C. Voutsis, op.cit, p.156.

par rapport à la société et aux actionnaires ou par rapport aux tiers, revêtir le caractère de faute contractuelle ou délictuelle dans l'un ou dans l'autre cas.

A) Responsabilité contractuelle :

Si l'on envisage l'action en responsabilité intentée par la société, personne morale, contre ses administrateurs, action connue sous le nom d'action sociale, on se trouve apparemment dans le cas très général de la responsabilité du mandataire vis-à-vis de son mandant.

En effet, les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits.

C'est-à-dire que la société anonyme a pour organe de son existence et de ses fonctions économiques de purs et simples mandataires soumis aux règles du droit civil sur le mandat. On appliquera donc à ces mandataires les articles 577 et 579 du code civil qui les rendent responsables de leur simple faute et les obligent à rendre compte de leur mission.

Il en serait, semble-t-il de même de tous les organes sociaux de gestion et de contrôle pour lesquels la loi emploie très souvent le mot « mandat » (art. 578.2°, Art 611, 641 ; 646 ; 666 ; 669 du code de commerce).

Mais cet argument de texte, même appuyé par son interprétation jurisprudentielle et son approbation doctrinale ne nous paraît pas être décisif. En réalité ce mandat des administrateurs présente à l'analyse une particularité qui le distingue d'une façon fondamentale du mandat ordinaire. C'est qu'il est institué par la loi, non pas seulement dans l'intérêt du mandant, c'est-à-dire de la société et, pour la jurisprudence et la majorité de la doctrine, des associés mais aussi, dans l'intérêt des tiers qui sont les créanciers sociaux. Il relève, encore, d'un but d'intérêt public concernant l'organisation de l'économie et des institutions alors que le mandat de droit commun est une convention individuelle.

En effet, il est clair que le fonctionnement régulier des sociétés commerciales n'intéresse pas seulement les associés, et que leur mauvaise gestion, traduite par les inexactitudes, insuffisances, lacunes et fraudes dans les bilans faisant ainsi ressortir un bénéfice apparent, dérègle gravement l'économie du pays. La réglementation et l'efficacité de la gestion ou du contrôle est, donc, essentielle à la stabilité du système général de l'économie, et, sans elles, le mouvement des affaires se trouve nécessairement compromis.

Cette affirmation reste particulièrement fondée car des dispositions réglementaires et légales, toujours plus nombreuses, viennent, dans un intérêt public, limiter le libre choix par les sociétés de leurs organes de gestion et de contrôle, préciser l'étendue des pouvoirs qui sont confiés à ces organes, et régler les conditions ou les effets de la responsabilité qui leur incombe¹.

En outre, à s'en tenir à la lettre des textes, il ne pourrait y avoir en matière de distribution de dividendes fictifs que de responsabilité contractuelle dans la mesure du dommage causé seulement à la société avec laquelle les administrateurs et les autres organes sont liés par le mandat. Mais cette solution contraire à la loi elle-même ne peut être acceptée par personne.

En réalité, le problème est plus délicat, et il dépend, en définitive, de la question de savoir si le mandat est suffisant pour caractériser la mission des organes de gestion et de contrôle ?

À nos yeux, l'ampleur inusitée de pouvoirs de ces organes, les rendant dépositaires des biens sociaux, chefs du personnel, maîtres de la vie sociale, est inconciliable avec la notion de mandat du droit civil, car leurs pouvoirs sont extrêmement larges et la distribution de dividendes fictifs, faute de gestion par excellence, resterait en dehors de toute responsabilité.

¹ V. A. Amiaud, L'évolution du droit des sociétés par actions, in Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes Ripert, t. II, LGDJ, Paris, 1950, p.287 et s.

B) Responsabilité délictuelle :

C'est pour éviter ces difficultés qu'il est généralement admis que, si la responsabilité des organes de gestion et de contrôle est contractuelle lorsqu'il s'agit d'un dommage causé à la société, elle devient délictuelle en ce qui concerne les tiers¹. À raison des mêmes fautes, ces organes peuvent, ainsi, encourir une double responsabilité : contractuelle envers la société qu'ils ont mal gérée, délictuelle envers les tierces victimes de leurs agissements.

La Cour de cassation Française a souvent affirmé « qu'en plaçant dans le droit commun le fondement de la responsabilité des administrateurs, le législateur a entendu se référer non seulement aux règles relatives au contrat de société et au mandat, mais aussi aux principes généraux consacrés par les articles 1382 et 1383 du Code civil »², et dans le même sens, les articles 124 et 125 du code civil Algérien.

Il en est ainsi notamment, en cas de distribution de dividendes fictifs, des actions en responsabilité intentées par des actionnaires qui ont été amenés à acquérir des actions à un cours supérieur à leur valeur réelle, sous la foi de bénéfices distribués³ ou d'autres agissements analogues.

On peut cependant se demander s'il y a véritablement intérêt à essayer de distinguer les deux sortes de responsabilité, responsabilité contractuelle lorsqu'il s'agit de la société, responsabilité délictuelle envers les actionnaires et les tiers, dans un cas, tel la distribution de dividendes fictifs, où l'obligation de réparer le dommage causé par les organes sociaux est prescrite par la loi elle-même.

D'ailleurs, certains auteurs n'attribuent plus à la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle qu'une portée technique.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.159.

² Cass. Civ., 8 avr. 1930, Journ. Soc. 1931, p.405.

³ Cass. Req., 16 janv. 1878, D. 1879.1.209 ; cette Chambre n'existe plus depuis la loi du 22 juillet 1947.

Planiol¹ montre que sur toutes les solutions fondamentales les différences classiques ont été exagérées à plaisir. Il n'y a que de différences de technique dont l'étude montre une importance négligeable dans notre domaine. MM. Léon et Henri Mazeaud et André Tunc formulent également une appréciation analogue lorsqu'ils constatent une évolution des deux régimes de responsabilité vers l'unification. « Les auteurs qui ont séparé la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle ont été ainsi conduits à méconnaître l'unité de la responsabilité civile. Ils n'ont aperçu que les différences existant entre les règles qui gouvernent les deux ordres de responsabilité, différences de détail non les ressemblances profondes qui les rapprochent. Ils n'ont surtout pas compris combien il serait souhaitable d'atténuer les différences, et de parvenir à un système législatif dans lequel la responsabilité civile serait l'objet d'une réglementation unique, quitte à soumettre sur quelques points la responsabilité contractuelle à un régime exceptionnel. Telle est la méthode que la commission de réforme au Code civil se propose de suivre »².

En effet, si l'on enseigne généralement que la faute doit être prouvée dans la responsabilité délictuelle alors qu'elle est présumée dans la responsabilité contractuelle, c'est là une opposition qui cesse lorsqu'il s'agit d'une obligation de moyens³ telle qu'elle est celle des administrateurs ou gérants qui ne sont responsables en cas d'échec dans leur gestion dont la distribution de dividendes fictifs constitue une faute caractéristique.

En outre, il faut remarquer que la responsabilité contractuelle suppose un mandat impliquant un rapport juridique entre deux sujets de droit dont l'un agit pour l'autre, ce qui est difficile à appliquer aux rapports existant entre la société

¹ Cf. Planiol, Etude sur la responsabilité civile, Rev. crit., 1905, p.117 et 1906, p.80 ; cité dans C. Voutsis, op.cit, p.159.

² H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II, 9^{ème} éd, Montchrestien, 1998, n° 376 ; C. Voutsis, op.cit, p.160.

³ C. Thomas, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Rev. Crit., 1937, p.636 et s.

et ses dirigeants qui, d'après la théorie de l'organe, ne font pas une personne distincte d'elle.

En définitive, on peut soutenir, semble-il, que si la source formelle des devoirs des organes sociaux est triple comprenant un mandat sur lequel se greffent des prescriptions légales et statutaires, la nature de la responsabilité résultant des manquements à ces devoirs ne peut être que délictuelle surtout quand il s'agit du devoir légal de ne distribuer que des bénéfices réels.

Sous section III : Caractère de la responsabilité

La question de la nature de la responsabilité des organes sociaux, qui distribuent ou laissent distribuer des dividendes fictifs, ainsi tranchée en faveur de la responsabilité délictuelle, il reste à se demander quel en sera le caractère.

Il importe de remarquer, à cet égard, qu'à raison du caractère complexe que présente le délit civil de distribution de dividendes fictifs, les fautes commises par les administrateurs, gérants ou commissaires aux comptes sont en général imputables à plusieurs d'entre eux. On peut alors, se demander si la responsabilité doit être solidaire ou conjointe et personnelle.

En effet, dans l'article 715 bis 23 et aussi dans l'article 578 du code de commerce que les administrateurs ou gérants, sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, sans préciser laquelle des deux responsabilités est la règle et laquelle l'exception.

Il n'est pas sans intérêt de rappeler, sur ce point, que les termes dont se sert l'article 715 bis 23 sont en opposition avec ceux que le même législateur a employés dans l'article 715 bis 21. Ce texte est relatif à la responsabilité que les administrateurs peuvent encourir du fait de la nullité de la société ou contre les actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés

pour les sociétés par actions ; dans cette hypothèse, les administrateurs sont responsables solidairement et de plein droit envers les tiers et les actionnaires du dommage qui résulte de cette annulation¹.

Dès lors, la question du caractère solidaire ou individuel de la responsabilité reste entièrement posée et l'introduction de la responsabilité particulière n'a pas entraîné la caducité des règles du droit commun applicables en la matière.

Cette question se complique, d'ailleurs, du fait que la responsabilité, habituellement qualifiée de responsabilité solidaire, entraîne souvent moins une véritable solidarité, entre tous ceux qui ont distribué ou laissé distribuer des dividendes fictifs, qu'une obligation in solidum.

A) Responsabilité individuelle :

La responsabilité des organes sociaux a un caractère personnel, notamment lorsqu'il s'agit des dommages-intérêts dus en raison de la distribution de dividendes fictifs². Il y a une règle absolument générale dont il n'y a point de motif de ne pas faire application en notre matière.

Les tribunaux ont eu du reste à en faire application toutes les fois où la communauté de la faute entre les organes sociaux n'empêche pas que la responsabilité soit divisée et que la part de chacun dans la faute puisse être déterminée¹. Si, donc, plusieurs sont responsables, ils ne le sont que conjointement, chacun pour la part qu'il a prise dans la faute.

Ce caractère personnel et individuel de la responsabilité ne pourrait faire place au caractère solidaire, tout au moins si l'on s'en tient à la lettre des textes,

¹ Cf, J. Leblond, De la nullité des sociétés à responsabilité limitée et de la responsabilité qui en découle, Rev. Trim. dr. Com. 1951, p.438.

² Cass., 24 avr. 1891, D.P. 1893.1.49 ; cité dans C. Voutsis, op.cit, p.162.

¹ Amiens, 5 févr. 1910, Journ. Soc. 1911, p.213 ; Rouen, 26 avr. 1911, Journ. Soc. 1913, p.128.

que dans les hypothèses précises où un article des statuts l'aurait prévu et dans les cas où la loi elle-même aurait prononcé cette solidarité.

Par conséquent, l'on ne peut éviter à notre sens de reconnaître, en principe, que la responsabilité des administrateurs, gérants et commissaires aux comptes, du fait de la distribution de dividendes fictifs, est individuelle, et doit être appliquée à chacun d'eux en raison et en proportion de ses propres fautes¹ ; et cela dans la mesure du préjudice qu'il a personnellement causé, sans qu'il ait distinction à faire suivant que cette responsabilité est contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle. Seuls seront, donc, soumis à la responsabilité civile ceux qui ont commis des fautes d'action, de négligence ou d'omission et il y a là un premier caractère qu'il convient de mettre en valeur : la responsabilité individuelle est la règle et la responsabilité solidaire l'exception.

B) Responsabilité solidaire :

La jurisprudence Française, cependant, en se fondant sur l'impossibilité de discerner le rôle individuel de chacun et en s'appuyant sur les termes de l'article L.225-251 du code de commerce Français (Art.715 bis 23 du code de commerce algérien) qui reconnaît que la responsabilité des administrateurs peut cesser d'être individuelle pour devenir solidaire, a été souvent amenée à considérer que cette responsabilité était engagée à titre solidaire. Il en serait ainsi, notamment, en cas de distribution de dividendes fictifs², acte particulièrement grave, dont la réalisation se présente comme étant l'œuvre collective du conseil d'administration et dans laquelle il serait impossible de découvrir la part plus ou moins prépondérante de chaque administrateur.

En effet, la gestion de la société anonyme est, en principe, l'œuvre collective du conseil d'administration. C'est le conseil bien plus que les

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.162.

² Cass. Req., 31 mars 1896, D. 1897.1.21 ; Paris, 28 juin 1894, D. 1895.2.235 ; 29 déc. 1934, Rev. trim. Soc. 1935, p.184, D.H. 1936, sam. 4 ; Colmar, 12 déc. 1936, Rev. Alsace-Lorraine 1937, p.388 ; cité dans C. Voutsis, op.cit, p.163.

administrateurs, pris individuellement, qui administre la société. Dès lors, la plupart des actes accomplis sont le résultat de décisions communes et il est difficile de faire dans ces actes la part de chaque administrateur.

Par conséquent, si la décision constitue une faute, comme dans le cas de distribution de dividendes collectifs, c'est la faute d'un organe collégial, une faute collective qu'on doit prendre en considération. Le caractère collectif de la gestion fera ainsi apparaître, soit une faute commune ayant son fondement dans la décision prise à la majorité ou à l'unanimité, soit le concours de plusieurs fautes si l'agissement fautif du président-directeur général s'accompagne du défaut de surveillance des autres administrateurs¹.

Mais la faute commune individuelle ne suffit pas à justifier la responsabilité solidaire des administrateurs. C'est pour cette raison que les arrêts se fondent généralement sur cette considération que le dommage aussi est indivisible et qu'il est, par conséquent, impossible d'en répartir la réparation entre ses auteurs².

Le Doyen Hamel a écrit sur ce point que « la responsabilité solidaire des administrateurs vis-à-vis des tiers trouve sa raison d'être dans une indivisibilité extérieure de leur action commune ». Chacun doit dès lors supporter, envers les parties lésées, la totalité des dommages-intérêts, sauf à répartir entre eux les suites de la condamnation, en tenant compte de leur rôle individuel dans le sein du conseil.

Il découle de là, une double conséquence qui peut caractériser la responsabilité civile des administrateurs :

- 1- Leur responsabilité solidaire résulte non seulement de la faute commune indivisible mais, surtout, de l'indivisibilité du dommage causé à la victime.

¹ Escarra et Rault, t. IV, op.cit, n° 1569, p.309.

² Paris, 13 juill. 1892, Rev. Soc. 1893, p.223.

Ainsi, à la notion de la communauté de la faute, résultant des la communauté de la décision, comme fondement de la solidarité n'est pas substituée, mais adjointe à elle son complément nécessaire, la notion de l'indivisibilité du dommage qui en est le résultat¹.

2- Quand un administrateur est actionné pour la réparation du dommage en totalité, il peut conclure à une déclaration de jugement commun contre tous les autres administrateurs qui ont participé avec lui à la décision de distribution de dividendes fictifs, afin de faire trancher la question de contribution aux dommages-intérêts dus à la victime².

En tout cas, lorsqu'il est possible de distinguer la part de chaque auteur dans le dommage causé, une condamnation solidaire ne peut être prononcée que dans le cas où l'acte dommageable est réprimé par la loi pénale.

Il faut noter cependant que la responsabilité solidaire est, en pratique, plus fréquemment appliquée que la responsabilité individuelle de sorte qu'on est en présence d'une étrange exception bien plus souvent appliquée qu'une soi-disant règle.

Mais la jurisprudence, tout en prononçant les condamnations solidaires, n'hésite pas, comme nous l'avons déjà signalé, à proportionner la contribution finale de chaque administrateur à la gravité de la faute commise par chacun d'eux.

S'agit-il alors d'une solidarité proprement dite ou d'une simple responsabilité in solidum ?

C) Responsabilité in solidum :

La doctrine a toujours été d'accord pour reconnaître que lorsqu'il s'agit de la responsabilité résultant d'un délit pénalement répressible, les administrateurs

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.164.

² Cass. civ., 13 mars 1901, D. 1901.1.398 ; Paris, 9 févr. 1935, Gaz. Pal. 1935.1.670.

ou gérants sont solidairement responsables dans l'acceptation véritable de la solidarité. Dans tous les autres cas, on n'est en présence que d'une simple responsabilité in solidum¹.

Il ne fait pas de doute que la responsabilité des administrateurs pour le tout a lieu par la force même des choses. Celle-ci est en définitive analysée comme argument juridique justifiant la solidarité.

Mais si l'obligation n'est ni indivisible ni solidaire, ne doit-elle être divisible en vertu d'un principe fondamental du droit ? Comment peut-on expliquer juridiquement la coexistence de la divisibilité de la faute et de l'indivisibilité de la réparation du dommage qui en résulte sans tomber dans une contradiction ?

Il semble, cependant, que la notion d'une faute indivisible ne soit pas en contradiction avec cette division de la contribution de chaque administrateur à la réparation du dommage que pratique la jurisprudence en créant la responsabilité in solidum.

En effet, le conseil d'administration, en tant que tel, est investi d'une mission légale dans l'intérêt de la société, des associés et des tiers qui tous sont en droit, justifiant d'un préjudice, d'agir contre les membres du conseil. Les pouvoirs que possède le conseil, indépendamment des stipulations contenues dans les statuts, ont donc pour origine les règles légales qui lui imposent notamment, à la clôture de chaque exercice, la confection de l'inventaire et du bilan. Ainsi l'intérêt des victimes qui sont mises, par le législateur lui-même, dans l'impossibilité de faire la preuve de la participation fautive de chacun des

¹ Cf, Copper-Royer, De la solidarité des administrateurs, Rev. sp. Soc. 1938, p.493.

administrateurs à la décision prise par le conseil de distribuer les dividendes fictifs explique, semble-t-il, suffisamment la position jurisprudentielle¹.

D'ailleurs, la jurisprudence ne reconnaît guère à cette condamnation solidaire que l'effet essentiel de permettre aux bénéficiaires de l'action d'exiger de l'un quelconque des administrateurs le paiement total des dommages-intérêts. Il est donc bien certain aujourd'hui que, excepté le cas de condamnation pénale pour infraction commune, la solidarité qui pèse sur les administrateurs n'est qu'une solidarité imparfaite, une responsabilité in solidum.

En effet, sans prononcer le terme d'obligation in solidum, la Cour de cassation Française en expose les effets puisque si elle accepte que chacun des administrateurs puisse bien être poursuivi pour la totalité du dommage causé par la faute commune, elle écarte les effets secondaires de la solidarité.

En conséquence, à la différence de ce qui se passe dans la solidarité proprement dite, la prescription interrompue à l'égard d'un seul administrateur continue à courir à l'égard des autres ; l'appel interjeté par l'un ne dispense pas les autres d'interjeter appel, de même que l'appel formé par la victime contre l'un des administrateurs ne la dispense pas de mettre les autres en cause dans les délais légaux ; et que l'administrateur actionné ne peut pas opposer les exceptions ou défenses personnelles à un autre, que la reconnaissance de responsabilité ou la condamnation à des dommages-intérêts ne peuvent être opposées qu'à leur titulaire.

Pourtant, le caractère individuel de la responsabilité, malgré une condamnation de chacun des administrateurs pour le tout, est encore affirmé lorsque les tribunaux s'efforcent d'individualiser la responsabilité entre les

¹ Cf, J. Hamel, la responsabilité individuelle ou solidaire des membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes, Rev. Soc. 1923, p.140 ; cité dans C. Voutsis, op. cit, p.166.

administrateurs suivant la participation effective de chacun d'eux à l'acte dommageable.

Sur ce point, la Cour de cassation Française, cassant un arrêt de la Cour de Paris, s'est prononcée en ces termes :

« Si chacun des coauteurs dans le cas de concours de plusieurs fautes peut être condamné à réparer l'intégralité du dommage, lorsqu'il a contribué à son entière réalisation, la solidarité des articles 1202 et suivants du Code civil ne peut être prononcée entre eux que dans les cas prévus par la loi »¹.

Par conséquent, lorsqu'une condamnation au tout est prononcée contre un ou plusieurs administrateurs, l'un d'eux peut exercer une action récursoire contre ses codébiteurs limitée à la contribution définitive de chacun. Seuls seront, donc, soumis finalement à la responsabilité civile ceux qui ont commis des fautes, fautes d'action, de négligence ou d'omission. Quand tout dosage de faute semble impossible, la condamnation devra se pratiquer également, « pro parte virili », entre chacun des administrateurs².

Il faut noter, pour terminer, que le recours contre les coauteurs du dommage peut être exercé soit par voie de citation séparée, soit par une assignation en déclaration de jugement commun et en répartition égale ou inégale de la condamnation¹.

Section 02 : Le droit d'action en dommages-intérêts

Lorsque des fautes ont été commises par les organes sociaux de gestion et de contrôle dans l'accomplissement de leur fonction –violation de la loi ou des statuts, négligences ou imprudences dans la gestion de la société– la question se

¹ Cass. civ., 25 févr. 1942, D.C. 1942, p.96, cité dans C. Voutsis, op.cit, p.167.

² Cass. 13 mars 1901, Journ. Soc. 1901, p.494. D. 1901.1.398 ; Amiens, 5 févr. 1910, Journ. Soc. 1911, p.213, Rev. Soc. 1911, p.286.

¹ Paris, 25 nov. 1904, Journ. Soc. 1905, p.412, Cass. civ., 13 mars 1901, précité ; Tib. Com. Lyon, 1^{er} juill. 1926, Journ. Soc. 1929, p.117.

pose de savoir qui a le droit d'action en justice pour obtenir réparation du préjudice qu'il a éprouvé de ces fautes.

Il est incontestable que le délit de distribution de dividendes fictifs cause un préjudice aussi bien à la société, personne morale, qu'aux créanciers sociaux. Pour ces deux catégories de personnes, les articles 715 bis 23 et 578 du code de commerce indiquent expressément que les administrateurs ou gérants sont responsables envers elles lorsqu'ils commettent des infractions aux dispositions du code de commerce (distribution des dividendes fictifs).

Mais toute distribution de dividendes fictifs est de nature à engager aussi, dans la mesure du préjudice qui en résulte, la responsabilité de ces mêmes organes envers les actionnaires qui ont acheté leurs titres sur la foi de l'annonce de ces dividendes.

Il n'est douteux, en outre, que porter atteinte aux intérêts sociaux, c'est en même temps léser les intérêts individuels des actionnaires, car tout préjudice causé au patrimoine social a sa répercussion sur les patrimoines particuliers des actionnaires dans la mesure des biens apportés par eux à la société lors de sa constitution ou de l'augmentation de son capital.

Dans ce cas, on peut se demander s'il y a lieu de déclarer la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle non seulement vis-à-vis des actionnaires qui sont entrés dans la société postérieurement à la distribution et qui ont été amenés à acquérir leurs titres par cette distribution, mais aussi au regard des actionnaires antérieurs. En d'autres termes, la société est-elle titulaire exclusive du droit d'action en réparation du dommage causé par la distribution de dividendes fictifs ou ce droit appartient-il aussi à l'actionnaire qui ressent par contre-coup, sur son patrimoine propre, les conséquences du dommage causé à la société ?

Après avoir posé les conditions d'existence de l'obligation de réparer les dommages causés par la distribution de dividendes fictifs, nous essaierons de déterminer le droit d'action qui appartient exclusivement à la société et le droit qui appartient également à l'actionnaire et aux tiers tout en cherchant à les opposer par des traits caractéristiques.

Sous section I : Conditions d'existence de la responsabilité

De droit commun, les administrateurs et gérants de sociétés ne sont responsables de leurs fautes de gestion envers la société, les tiers et les associés ou de leurs fautes délictuelles dont ils ont pu se rendre coupables que dans les conditions déterminées par la loi aussi bien commerciale que pénale. Ils ne répondent, par conséquent, de leurs fautes que si le rapport de cause à effet entre la distribution de dividendes fictifs ou tout autre fait incriminé et le préjudice est établi, et, seulement, dans la mesure du préjudice éprouvé par les demandeurs.

L'adoption de cette solution qui est aussi celle du droit commun dans le domaine contractuel, nous conduit à poser comme éléments constitutifs de l'obligation de réparer les dommages causés par la distribution de dividendes fictifs trois conditions fondamentales : il faut qu'une faute ait été commise par l'administrateur ou le gérant de la société, qu'un préjudice ait été souffert par la société, l'associé ou le tiers et qu'une relation de causalité existe entre la faute et le dommage.

Nous étudierons successivement la faute, le préjudice et le lien de causalité entre ces deux éléments.

A) La faute :

Une faute doit être relevée à l'encontre des administrateurs ou gérants de sociétés pour que leur responsabilité délictuelle, du fait de distribution de dividendes fictifs, soit engagée. Encore faut-il que la victime de cette

distribution, qui agit en responsabilité, fasse preuve de la faute, sans le recours d'aucune présomption, à moins qu'il n'y ait impossibilité légale come dans le cas où il y a faute commune et indivisible.

Cette condition résultant du droit commun, nous ne pouvons que renvoyer sur cette question aux traités généraux sur la responsabilité contractuelle et délictuelle¹.

Il faut cependant remarquer que l'imprudence ou la négligence la plus minime, peut être prise en considération pour déclencher la responsabilité sans qu'il soit possible de faire sur ce point la distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle en ce qui concerne leur appréciation.

Sans doute la faute apparaît-elle généralement mieux caractérisée lorsqu'elle consiste en une violation de la loi ou des statuts qu'en une inobservation des règles de gestion. Mais cela tient plutôt à la détermination plus ou moins précise du contenu de l'obligation qui pèse sur les administrateurs ou gérants qu'à la différence de nature de la faute. Aucun texte, en effet, ne permet de fonder une telle distinction afin d'apprécier différemment le droit d'action en dommages-intérêts de la société ou des associés et celui des tiers².

La constatation des faits d'où on peut tirer l'existence de la faute appartient normalement au domaine exclusif des juges du fond mais la Cour de cassation exerce son contrôle sur l'appréciation quant à l'existence juridique de la faute¹.

¹ H. Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 6^e éd, Par P. Azard, Paris. 1962, cité dans C. Voutsis, op.cit, p.170 ; Bel Haj Hamouda Ajmi, La faute de gestion en droit des affaires, 3 mars 2009, Audinet Tunisie Juridique, Droit des affaires.

² M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés, 20^e éd, n° 604 à 610.

¹ Cass. com, 30 mars 2010, n° 08-17841, Bull. Joly, 2010, p.60.

Cet arrêt a créé ce qui a été qualifié de présomption de faute, elle a décidé que : « commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui par son action ou son abstention participe à la prise d'une décision fautive de cet organe sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision ».

On sait, d'autre part, que la distribution de dividendes fictifs constitue en elle-même une faute très grave dans la vie sociale, et les administrateurs ou gérants, investis de la mission de diriger l'exploitation sociale, manquent gravement à leur charge par toutes les négligences et imprudences qui sont susceptibles d'amointrer le patrimoine social. Ainsi, l'absence même de toute mauvaise foi, si elle peut supprimer le caractère délictueux de cette distribution, laisse-t-elle cependant subsister la responsabilité civile en réparation du dommage causé par elle¹.

Le caractère juridique et l'existence même de la faute sont intimement liés au caractère plus ou moins précis de l'obligation qui pèse sur les administrateurs ou gérants de sociétés. La faute se présente ainsi comme un manquement à une obligation préexistante, manquement qui justifie d'après la loi la réparation s'il est générateur d'un dommage.

Mais, il est impossible de déterminer a priori, d'une façon exacte, dans quels cas il y aura faute, surtout lorsque l'obligation est aussi complexe que la détermination annuelle des bénéfices qui dépendent essentiellement de la conjoncture économique et de facteurs indéterminés et variables. Sur ce point, la notion de faute est essentiellement relative car la confection d'un bilan sincère et exact servant comme base à la distribution de dividendes est aussi relative².

On doit donc apprécier la faute eu égard à chaque espèce et compte tenu de la mission conférée, des difficultés que celle-ci comporte et aussi, pour apprécier avec exactitude la mesure de la responsabilité et le chiffre de la réparation qui incombe définitivement à chacun des administrateurs, des aptitudes de celui qui l'a assuré, du temps qu'il y devait normalement consacrer et des avantages moraux ou des rémunérations prévus à son profit.

¹ Cass. civ., 5 janv. 1942, D.C. 1942, p.62 ; cité dans C. Voutsis, op.cit, p.70.

² Cf. A. Barrault, La notion de dividendes fictifs, thèse, 1937, Domat-Montchrestien, Paris, p.212.

Dès lors, la notion de la faute est en liaison étroite avec le mécanisme complexe de la société. Ce mécanisme détermine des obligations innombrables dont le détail et le contenu ne peuvent être précisés d'avance, mais seulement par les interprètes lorsqu'un cas délicat surgira.

B) Le dommage :

L'existence de la faute à elle seule ne pourrait suffire à justifier la responsabilité civile des organes de gestion et de contrôle si un préjudice¹ appréciable en argent n'était pas sa conséquence. Cette condition, résultant du droit commun, ne fait que distinguer essentiellement la responsabilité pénale et la responsabilité morale de la responsabilité civile.

Ainsi, pour qu'une condamnation puisse être prononcée contre ces organes qui distribuent ou laissent distribuer sans opposition des dividendes fictifs, faut-il que les inexactitudes du bilan, faisant ressortir un bénéfice fictif, aient porté préjudice soit à la société, soit aux associés, soit aux tiers.

Il en résulte que le juge, chargé d'apprécier le bienfondé d'une action en dommages-intérêts intentée contre les administrateurs, devra au préalable rechercher si, dans la réalité des choses, un dommage était causé par ces administrateurs au demandeur. A défaut d'un préjudice personnel, distinct de celui causé à la société, un actionnaire, par exemple, ne peut pas être admis à exercer à l'encontre des administrateurs une action purement individuelle fondée sur l'article 715 bis 24 du code de commerce.

Ainsi en serait-il notamment de l'action par laquelle des actionnaires réclament des dommages-intérêts aux administrateurs qui leur ont causé un préjudice en les déterminant, par des rapports mensongers, par un bilan

¹ Cf, Ripert et Roblot, t. I, op. cit, n° 1317.

frauduleux et par la proposition d'un dividende fictif, à souscrire une partie du capital social¹.

Quant à la société, celle-ci n'aura d'action que dans la mesure du préjudice subi, mais il importe peu que la réalisation de ce préjudice doive seulement se produire à l'avenir².

Enfin, la distribution de dividendes fictifs pourrait donner lieu à une action directe en responsabilité au profit des tiers auxquels cette distribution aurait été dommageable.

L'existence de ce préjudice est d'autant plus importante que c'est lui qui servira de base au montant de la condamnation. La réparation doit correspondre, en effet, au dommage subi et le faire complètement disparaître. Dans chaque espèce, les tribunaux doivent donc s'efforcer de déterminer la mesure exacte du préjudice éprouvé par le demandeur, et cette appréciation n'est pas toujours facile à faire.

Les tribunaux se préoccupent d'adapter au mieux les dommages-intérêts au préjudice certain et non hypothétique³, et ils ont toute latitude sur ce point. S'agissant, par exemple, des dommages-intérêts que l'actionnaire obtiendra personnellement en exerçant l'action individuelle, ils peuvent faire la distinction suivante :

- 1- Si l'actionnaire a rendu ses actions, les dommages-intérêts pourront équivaloir à la différence entre le prix d'achat de ces actions et leur prix de vente¹.
- 2- S'il a conservé ses titres jusqu'à la faillite de la société, il peut obtenir le remboursement intégral des sommes correspondant au prix d'achat des titres².

¹ Cf. A. Barrault, op.cit, p.13.

² Cf. C. Voutsis, op.cit, p.171.

³ Cass. crim, 2 févr. 1950, Juriscl. Sociétés, t. VII, fasc. 148-2, p.1, n° 141.

¹ Paris, 28 juin 1894, D.P. 1895.2.523.

² Paris, 24 déc. 1891, Rev. Soc. 1892, p.63.

Signalons enfin, que l'existence matérielle du préjudice et la fixation de son montant échappent au contrôle de la Cour de cassation.

C) Le lien de causalité :

L'exigence d'un lien de causalité qui doit rattacher le dommage à la faute, dans le système de la responsabilité, constitue le troisième et dernier élément constitutif de l'obligation des organes sociaux de gestion et de contrôle de réparer le préjudice causé par la distribution de dividendes fictifs. La responsabilité de ces organes n'est engagée, en effet, qu'autant que le préjudice souffert est la conséquence directe et immédiate de leur faute.

La jurisprudence Française a eu très souvent l'occasion de faire appel à la relation de cause à effet entre la faute et le préjudice dans les espèces où des actionnaires ont été amenés à acheter leurs titres sur la foi de dividendes distribués ou même simplement annoncés. Dans tous ces cas, le rapport de causalité entre la faute et le préjudice oblige les actionnaires à prouver que ce sont les agissements des administrateurs ou gérants qui les ont déterminés à faire partie de la société en achetant des titres. En tout cas, la condamnation manquerait de base légale si les juges du fond omettaient de se prononcer expressément sur le lien de causalité entre la faute et le dommage.

La Cour de cassation Française a eu à se prononcer sur ce point. Il s'agissait en l'espèce d'un administrateur d'une société anonyme qui avait établi un faux bilan au vu duquel il avait distribué des dividendes fictifs. L'arrêt attaqué, constatant l'existence des créances compromises par une cause ayant pour origine la distribution de dividendes fictifs, avait condamné l'administrateur à payer le montant de ces créances déduction faite des sommes qui seraient réparties par le syndic. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé cet arrêt en ces termes :

"Attendu qu'un préjudice direct et actuel peut seul servir de base à une action en réparation du dommage causé par le délit ; ... mais, attendu qu'en omettant de déclarer que cette condamnation était prononcée à titre de dommages et intérêts, l'arrêt attaqué, qui ne précise d'ailleurs pas les circonstances desquelles il résulterait que le préjudice ainsi subi par la Société des travailleurs du bâtiment réunis, était la conséquence directe de l'infraction dont Delantel a été reconnu coupable, n'a pas justifié sa décision ; ... que, pour justifier cette décision, l'arrêt déclare que la « sécurité des fonds apportés par la Société du traitement des quinquas à la Banque Chapuis s'est trouvée compromise par une cause ayant pour origine la distribution de dividendes fictifs opérée sur le vue d'un bilan frauduleux » ; mais attendu que cette formule n'établit pas que le préjudice dont il a ainsi été accordé réparation était la conséquence du délit dont Delantel était reconnu coupable ; que dès lors, la décision n'est pas légalement justifiée "¹.

L'existence d'une relation de causalité entre la faute et le dommage est donc une condition essentielle de l'obligation de réparer mais elle est difficile à établir car, le plus souvent, une faute n'est pas la seule cause d'un préjudice. Il en est ainsi notamment dans le cas où il y a plusieurs coupables parmi lesquels il n'est pas rare de trouver la victime du dommage elle-même.

En effet, s'il y a plusieurs coupables, et qu'on arrive à établir que chacun à commis une faute, comment établir une proportion dans la causalité du dommage ?

En cette matière on rencontre généralement deux théories¹.

¹ Cass. crim., 2 févr. 1950, Juriscl. Sociétés, t. VII, fasc. 148-2, n° 141, p.1.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.173.

D'après l'une, il faut tenir compte de l'ordre chronologique des fautes. C'est la faute immédiate qui l'emportera. Mais on pourrait dire le contraire également, que c'est la plus ancienne.

Dans un second système, on dit, quand il y a série de fautes, qu'elles sont interchangeable, c'est la théorie de l'équivalence des conditions. Si l'une quelconque des fautes a occasionné le dommage, son auteur peut répondre de tout le dommage. Il faudra donc condamner chacun de ceux qui ont commis une faute, la condamnation devant se partager également, « pro parte virili », entre chacun des coupables.

Mais, la jurisprudence, faute d'un critère précis semble-il, hésite à adopter telle ou telle théorie qui pourrait trancher d'une manière définitive le problème qui occupe ici. Il appartiendrait donc, dans chaque espèce, au juge de rechercher dans quelle mesure chacune des fautes a pu causer le dommage. Mais, comme cette recherche est difficile, les juges sont le plus souvent amenés à prendre comme base la gravité respective des fautes, qui leur permet de déterminer la plus ou moins grande responsabilité du dommage.

Sous section II : Attribution de l'action

La jurisprudence a édité sa théorie des actions judiciaires en général et particulièrement en matière de dividendes fictifs sur leur division, aujourd'hui classique, en action sociale et action individuelle.

C'est ainsi que la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle peut être mise en jeu, du fait de la distribution de dividendes fictifs :

- 1- Soit par la société sous la forme de l'action sociale ;
- 2- Soit par des actionnaires, personnellement lésés, sous la forme d'une action individuelle ;

3- Soit enfin par les tiers, justifiant d'un préjudice en vertu d'un droit propre, sous la forme également d'une action individuelle.

La distribution de dividendes fictifs est donc susceptible de donner lieu soit à une action sociale, soit à une action individuelle, soit à ces deux actions concurremment¹.

Cependant, dans la pratique, la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle est souvent très délicate lorsque l'action est intentée par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires.

En effet, il n'est pas douteux que porter atteinte aux intérêts de la société, c'est en même temps léser les intérêts individuels des actionnaires. Ceux-ci, pris individuellement ou en groupe minoritaire ne peuvent être astreints de supporter les conséquences du refus de la majorité des actionnaires de mettre en jeu la responsabilité de tous ceux qui ont distribué des dividendes fictifs et ont de ce fait, amoindri le patrimoine social.

Dans ces conditions et dans le cas où la société refuse ou néglige d'intenter l'action sociale, n'y a-t-il pas lieu de reconnaître à l'actionnaire ou à un groupe d'actionnaires d'exercer l'action sociale ut singuli ? Mais comment alors distinguer cette action de l'action individuelle intentée par ces mêmes actionnaires ?

Nous allons prendre successivement ces trois actions –action sociale, action sociale ut singuli, action individuelle– et préciser, quant à leur attribution, les caractères propres à chacune d'elles.

¹ Cf, A. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, op.cit, n° 604 à 606.

A) Action sociale :

Il convient d'établir, dès le début, une antithèse absolue¹ entre l'exercice de l'action sociale même par un actionnaire isolé et l'exercice de l'action individuelle. A cet égard, l'action sociale est l'action qui appartient à la société considérée comme une personne juridique indépendante de la pression de ses membres. Elle a pour but la protection du patrimoine social et, d'une façon générale, la protection des droits qui appartiennent à la société en vertu de la loi ou des statuts.

Cette action directe de la société se trouve, en ce qui concerne la société anonyme mentionnée par les articles 715 bis 23 et 715 bis 25 du code de commerce. Par contre, cette action n'est guère mentionnée pour les sociétés à responsabilité limitée. Toute action en dommages-intérêts engagés au nom de la société contre les administrateurs responsables de la distribution de dividendes fictifs est, ainsi, une action sociale qui tend à faire condamner les administrateurs fautifs à reverser à la société les fonds dont elle s'est démunie injustement.

Ainsi, aucune condamnation n'intervient-elle jamais contre la société du fait de la distribution pareille est de démunir la société partie de ses disponibilités et de réduire d'autant son patrimoine².

C'est peut être en raison de cette conséquence que l'action en dommages-intérêts intentée par la société contre ses organes de gestion et de contrôle, qui ont distribué ou laissé distribuer sans opposition des dividendes fictifs, se rencontre en fait à l'époque de la liquidation de la société ou de sa faillite qui, le plus souvent, est causée par la distribution illégale et imprudente de ces dividendes fictifs.

¹ Cf, Ripert et Roblot, t. I, op.cit, n° 1324 et s ; <http://marchpusaadiben.unblog.fr/2013/01/08/la-responsabilité-des-managers/>.

² Cf, E. Dezeuze, op.cit, p.49.

« Faire l'historique de dividendes fictifs, écrit M. Copper-Royer dans sa note à propos de l'affaire « Léonard », c'est un voyage dans la marthyrologie des sociétés au naufrage retentissant »¹.

L'action sociale appartient en principe à la société représentée par ses organes c'est-à-dire par le gérant ou le conseil d'administration dont les pouvoirs sont délégués, depuis la loi du 16 novembre 1940, au président-directeur général².

Si la société est dissoute et en état de liquidation, elle conserve sa personnalité juridique jusqu'à l'issue de la liquidation, par suite l'exercice de l'action sociale appartient au liquidateur³.

Lorsque la société a été admise au bénéfice du règlement judiciaire, l'action est intentée par le conseil d'administration, président-directeur général, éventuellement, administrateur provisoire mais avec l'assistance de l'administrateur judiciaire.

En cas de faillite de la société, l'action sociale appartient au syndic seul⁴.

Sur ce point il importe de remarquer que l'action intentée par le syndic contre les administrateurs responsables de la distribution de dividendes fictifs ne constitue pas une action relative à la faillite car la faute alléguée est antérieure à elle.

¹ Copper-Royer, note sous cass., 22 janv. 1937, Rev. sp. Soc. 1937, p.584 ; cité dans C. Voutsis, op.cit, p.175.

² Cf, M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, op.cit, n° 279.

³ Cass., 7 janv. 1873, D. 1874.1.470 ; 21 juill. 1890, D. 1891.1.270 ; Civ., 25 nov. 1941, Gaz. Pal. 1942.1.80 ; Trib. com. Seine, 7 déc. 1942, Rev. Soc. 1944, p.185 ; cité dans C. Voutsis, op.cit, p.176.

⁴ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.177.

B) Action sociale ut singuli :

L'action en responsabilité peut être intentée par la société représentée par un ou plusieurs associés¹.

L'actionnaire agissant à titre individuel peut, en vertu de l'article 715 bis 24 du code de commerce exercer l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs, gérants ou leurs complices. Ce texte autorise, en effet, chaque actionnaire à agir en son nom personnel, c'est-à-dire à exercer tout aussi bien l'action individuelle que l'action sociale ut singuli.

Cette action ne saurait d'aucune manière être confondue avec l'action individuelle au sens propre du mot. Elle n'est individualisée que quant à son exercice et non quant à son fondement, car l'actionnaire ne l'intente pas de son chef mais par voie dérivée comme représentant partiel de la société. En conséquence, si elle peut être exercée par les actionnaires, c'est à la condition que l'action sociale existe encore et qu'elle n'ait pas été éteinte du fait et de la volonté manifeste de la société. Il ne peut donc y avoir coexistence ni conflit entre les deux actions².

Il faut remarquer que l'action ut singuli servait primitivement à désigner par opposition à l'action ut universi, action sociale, intentée par la société représentée par ses dirigeants ou son liquidateur³. L'action personnelle pouvant appartenir à l'actionnaire en raison d'un dommage à lui personnel.

La jurisprudence Française avait fini par admettre que les actionnaires, agissant individuellement ou groupés, pouvaient poursuivre les organes sociaux de gestion et de contrôle en invoquant leur part individuelle dans le préjudice social.

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.205.

² Cass., 3 déc. 1883, D. 1884.1.339 ; Trib. Le Havre, 23 juill. 1912, Journ. Trib. Com. 1914, p.577.

³ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.205.

L'exercice de l'action sociale ut singuli est naturellement inhérente à la qualité d'actionnaire et se transmet par conséquent avec la possession du titre. Ce n'est, en effet, qu'en qualité de membre de la société que l'actionnaire possède éventuellement le droit de mettre en mouvement les actions appartenant à celle-ci et non sur un tort personnel dont il aurait à se plaindre¹.

D'autre part, les auteurs et les arrêts qui reconnaissent aux actionnaires le droit d'exercer ut singuli l'action sociale en limitent l'étendue à l'intérêt personnel et exclusif du demandeur qui doit ainsi en conclure en nombre de ses actions ou parts².

Quel doit être le résultat d'une action sociale ainsi intentée par un demandeur agissant individuellement dans les limites de son intérêt ?

La nature même de cette action semble devoir nous indiquer les effets qu'elle doit produire quand elle est accueillie.

En effet, quelle que soit la personne qui exerce l'action sociale, que ce soit la société elle-même, un groupe d'actionnaires ou des associés agissant isolément, la société doit en recueillir le bénéfice. Le montant des condamnations prononcées contre les responsables de la distribution doit donc être versé dans la caisse sociale³.

La jurisprudence Française, approuvée par quelques auteurs, paraît cependant consacrer plus généralement la thèse contraire¹. Elle se fonde sur ce que l'actionnaire n'agissant que dans la mesure de la part qu'il a dans la société,

¹ Cf, G. Chesné, L'exercice "Ut Singuli" de l'action sociale dans la société anonyme, Revue trimestrielle de droit commercial, n° 3, 1962, p.347-370.

² Cf, B. Dondero, Exercice Ut Singuli de l'action sociale et astreinte, Bulletin Joly Sociétés, 1 Février 2010, p.533.

³ Lyon, 28 janv. 1890, D. 1892.2.33, note Boistel ; Paris, 22 mars 1911, S. 1912.2.65 ; cité dans C. Voutsis, op.cit, p.179.

¹ Cass. Req, 6 août 1894, D. 1895.1.144, S. 1894.1.496; Cass. civ., 19 mars 1894, 2^{ème} arrêt, S. 1896.1.260 ; Paris, 19 mai 1892, Journ. Soc. 1892, p.565 ; Orléans, 27 févr. 1904, Journ. Soc. 1904, p.304. en ce sens : Décugis, Journ. Soc. 1906, p.22 ; 1914, p.341 ; cité dans M. Pariente, L'action sociale en responsabilité civile exercée ut singuli, Bulletin Joly Sociétés, 1 avril 1994.

l'indemnité qu'il peut obtenir doit être réputée lui appartenir et lui être dès lors attribuée de façon exclusive.

Mais alors comment admettre qu'une action en responsabilité reste une action sociale, si elle aboutit à une condamnation dont s'enrichit le seul patrimoine privé d'un actionnaire ? Si l'on part de la véritable notion de l'action sociale, on doit admettre logiquement que les associés qui l'exercent ut singuli agissent dans le but de réparer, non pas le préjudice qu'ils ont personnellement à subir, mais celui souffert par la société. C'est la seule façon de rester d'accord avec les motifs sur lesquels la jurisprudence a fondé cette action sociale exercée ut singuli par les actionnaires.

Par ailleurs, l'actionnaire ne peut prétendre à une quote-part de l'actif qu'après la dissolution de la société et l'extinction du passif. Autoriser l'actionnaire exerçant l'action sociale ut singuli à recueillir les dommages-intérêts qui en sont la conséquence, c'est violer cette double règle.

Les actionnaires ne peuvent exercer individuellement l'action sociale en responsabilité que si les représentants légaux de la société négligent ou refusent de l'exercer, et qu'ils n'ont pas le droit, une fois l'action accueillie, de garder pour eux personnellement le montant de la condamnation obtenue. Ce montant devra donc être versé dans la caisse sociale et, en tout cas, affecté d'abord au paiement du passif de la société¹.

Toutefois, on s'est demandé si l'actionnaire, qui a intenté l'action sociale, peut prélever sur l'indemnité obtenue le remboursement des frais du procès.

¹ Cf, D. Schmidt, Action sociale ut singuli et demande de mesures conservatoires, Bulletin Joly Sociétés, 1 février 2007.

En faveur de la solution affirmative, on pourrait invoquer l'injustice qu'il y aurait à laisser à la charge d'un associé les dépenses qui ont profité à tous¹.

Il a été cependant décidé que l'actionnaire, au cas où il obtient des dommages-intérêts, verse le montant de la condamnation dans la caisse sociale sans aucune imputation des frais de justice qui restent ainsi à la charge du demandeur.

L'exercice de l'action sociale ut singuli est impossible pour l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires, représentant au moins un vingtième du capital social, dans le cas où la société est en faillite, car, dans ce cas, le syndic seul a le droit de l'intenter ou d'y renoncer.

Enfin, tant que l'action sociale n'est pas éteinte, le droit pour les actionnaires d'exercer cette action à titre individuel subsiste pendant la liquidation qui suit la dissolution de la société².

C) Action individuelle :

L'action individuelle et l'action sociale étant absolument distinctes dans leur fondement et leur origine, il est certain que l'exercice de cette dernière, même ut singuli, n'empêche pas l'exercice de l'action personnelle.

On sait, en effet, que si la distribution de dividendes fictifs donne ouverture au profit de la société à l'action sociale, elle peut aussi concurremment servir de fondement à une action individuelle. Ce ne sera plus la société en tant que personne morale qui mettra en jeu la responsabilité civile contre les organes sociaux de gestion et de contrôle, mais ce sera tout actionnaire pris individuellement ou toute autre personne qui aura subi un préjudice personnel et direct de ce chef. Donc, pour l'associé, une première source de préjudice peut

¹ Cf, G. Chesné, op.cit, p.368.

² Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, n° 2017, p.862.

résulter de ce qu'il a été contraint de rapporter à la société le dividende indûment touché¹.

Cette action directe et individuelle se trouve mentionnée, en même temps que l'action sociale dans l'article 715 bis 24 du code du commerce et l'article L.225-252 du code commerce Français.

Ainsi, les administrateurs, gérants ou conseillers de surveillance sont-ils tenus, en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil Français et dans le même sens les articles 124 et 125 du code civil Algérien, envers les tiers toute les fois qu'ils ont commis une faute ou une négligence notamment en distribuant ou laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs ; et parmi les tiers, il faut entendre non seulement les créanciers sociaux, mais encore les actionnaires².

Il va de soi, en effet, que ceux-ci s'ils invoquent un préjudice personnel particulier, distinct de celui ayant atteint la société, peuvent disposer d'actions comme les tiers. Il en est ainsi notamment lorsqu'ils demandent le remboursement du prix des actions qu'ils ont achetées ou souscrites sur le vu d'un bilan erroné qui a servi comme base de distribution aux actionnaires de dividendes fictifs.

De telles distributions jouent un rôle considérable pour déterminer les souscriptions ou maintenir la confiance à tous ceux qui, avant de devenir actionnaires ou souscrire à une augmentation du capital, s'intéressent, surtout, du seul point de vue de savoir quel est le dividende rapporté par les titres.

Mais ce dividende qui ne correspond point à des bénéfices réels constitue un double danger aussi bien pour les créanciers qui se trouvent ainsi privés

¹ CA, Bourges, 21 Août 1871: DP 1873, 2, p.34, cite dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.205.

² Cf, Ripert et Roblot, t.1, po.cit, n° 1327, p.222 et s ; C. Voutsis, op.cit, p.180.

d'une partie de leur gage que constitue le patrimoine social, que pour les actionnaires qui, attirés par les bénéfices annoncés, s'engagent envers la société au risque d'en subir les conséquences de sa faillite.

L'actionnaire qui intente l'action individuelle contre les administrateurs ou gérants de sociétés doit établir qu'il a acquis ses actions postérieurement à la distribution des dividendes fictifs et que le prix d'achat de ces actions a été déterminé par la distribution incriminée et, par conséquent, ne correspond pas à la valeur réelle du titre¹.

La responsabilité peut être engagée, non seulement envers les actionnaires qui sont entrés postérieurement à la distribution et que depuis lors la valeur du titre a baissé² mais aussi au regard des actionnaires antérieurs si ceux-ci ont subi un dommage notamment en étant contraints de rapporter à la société les dividendes indûment touchés.

D'autre part, les tiers peuvent intenter une action en dommages-intérêts toutes les fois où la distribution de dividendes fictifs leur aurait été dommageable par la diminution du patrimoine social et, en conséquence, pour perte de leur gage. Le montant des dommages et intérêts dépendra des circonstances. Lorsque l'actionnaire a revendu ses actions, les dommages et intérêts pourront équivaloir à la différence entre le prix d'achat et le prix de vente³.

Lorsque l'actionnaire a conservé ses titres jusqu'à la liquidation des biens ou le règlement judiciaire de la société, il pourra obtenir le remboursement

¹ CA Limoges, 13 juin 1889: Gaz. Pal. 1889, 2, p.308, cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.205.

² CA Paris, 5 août 1871, DP.1873.234, cite dans C. Voutsis, op.cit, p.181.

³ CA Paris, 26 juin 1894: DP 1895, 2, p.523, cite dans p. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.205.

intégrale de son prix d'achat¹, l'imprudence de l'actionnaire pourra d'ailleurs être prise en considération².

L'actionnaire qui connaissait le mauvais état des affaires sociales, mais qui néanmoins a acheté ses titres alors que la société était en liquidation et que sa déconfiture était imminente, sera irrecevable en son action³.

Seul l'actionnaire ou le tiers a la qualité pour exercer l'action individuelle à l'exclusion des représentants légaux de sociétés. Ceux-ci sont par contre responsables du préjudice et doivent être condamnés aux dommages-intérêts⁴.

Sous section III : Critère de distinction des actions

Lorsque la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle est mise en jeu du fait de la distribution de dividendes fictifs, la question se pose de savoir si l'action intentée de ce chef présente le caractère d'une action individuelle ou d'une action sociale.

En effet, la responsabilité de ces organes peut être mise en jeu soit par la société, l'actionnaire ou un groupe d'actionnaires isolés exerçant l'action individuelle qui leur appartient personnellement. L'établissement d'un critère permettant de distinguer l'action sociale de l'action individuelle constitue ainsi un problème très complexe car le même fait est préjudiciable aussi bien aux créanciers sociaux qu'aux actionnaires et à la société prise dans sa personnalité propre.

¹ CA Paris, 24 déc. 1891: Rev. Sociétés 1892, p.63, cite dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.206.

² CA Paris, 16 avr.1870: DP 1870, 2, p.121 ; T. com. Seine, 5 oct.1892 : Rev.sociétés.1893, p.94 ; CA Dijon, 6mai.1936 : Journ.sociétés.1937, p.306, cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit. p206.

³ CA Paris, 19 mars.1895: Rev.sociétés.1895, p.280 ; CA Paris, 7 janvier 1898 : Journ. sociétés.1898, p.175, cité dans P. Conte et W. jeandidier, op.cit, p.206.

⁴ CA Rennes, 27 nov.1913: Journ. Sociétés 1914, p.361; Copper-Royer, Traité des sociétés anonymes : Dalloz 1931, t.II, n° 279 ; M. Rousselet et M.Pantin, Délits et sanctions dans les sociétés par actions : S. 1938, n° 287, p.217.

Quel est alors le véritable critère de la distinction à établir entre l'action individuelle et l'action sociale ?

On peut ramener les principales théories émises sur ce point à deux groupes :

L'un prend en considération l'objet et l'étendue du dommage dont il s'agit de demander réparation ;

L'autre fait résider le critère véritable de différenciation de l'action sociale et de l'action individuelle uniquement dans leur fondement ou leur cause.

A) Critère tiré de la cause de l'obligation :

D'après ce système, le critère de distinction des deux actions réside non pas dans le nombre des parties intéressées ou dans le caractère individuel ou collectif du préjudice servant de base à l'action, mais uniquement dans la cause de l'obligation :

- S'agit-il de mettre en jeu la responsabilité contractuelle des organes sociaux et d'exercer contre eux l'action fondée sur le mandat qui les lie avec la personne morale de la société ? L'action est sociale même quand un actionnaire ou un groupe d'actionnaires l'exerce ut singuli ;
- S'agit-il, au contraire, d'un fait délictuel ? L'action en dommages-intérêts née de ce délit ou quasi-délict est une action individuelle même si le préjudice est égal pour tous les actionnaires.

L'action sociale aurait donc pour objet la réparation du préjudice causé par une faute contractuelle, l'action individuelle, la réparation du préjudice causé par une faute délictuelle ou quasi-délictuelle¹.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.183.

La Cour de cassation Française, par son arrêt du 26 novembre 1912, en donnant comme l'un de ses motifs à l'appui de la reconnaissance d'une action individuelle en réparation au profit des actionnaires, que leur action est basée non sur une faute contractuelle de l'administrateur dans l'exécution de son mandat, mais sur des manœuvres frauduleuses constituant des infractions aux lois et aux statuts, a paru à certains égards faire application de ce système.

Pour les faits complexes constituant à la fois une violation du mandat et une violation des articles 1382 et 1383 du Code civil, ou donnera toujours, d'après la même théorie, indépendamment de l'action sociale, autant d'actions individuelles qu'il y aura d'intéressés à la réparation du dommage causé même par une violation des règles statutaires.

Sur ce point M. Chéron écrit¹ :

« Y a-t-il, en outre, un délit ou quasi-délit, dont soient victimes une partie ou même la totalité des actionnaires, ou une violation des statuts, dont chaque actionnaire a individuellement le droit d'exiger le respect tant qu'ils n'ont pas été modifiés par une assemblée générale extraordinaire, alors, à côté de l'action sociale appartenant à la société, prend naissance une action individuelle indépendante ».

Mais, dans tous les cas où la faute imputée aux organes sociaux a des conséquences complexes, comme c'est le cas de distribution de dividendes fictifs, aucun critère n'est fourni par ce système permettant de se prononcer sur le caractère social ou individuel de l'action.

D'ailleurs, l'impossibilité de délimiter nettement en matière de dividendes fictifs les frontières des responsabilités délictuelle et contractuelle rend inefficace toute application du critère fondé sur le caractère et le fondement de

¹ Cass. civ., 26 nov.1912, DP.1913.1.377; V. Aussi chéron note DP.1931.1.533., cité dans C. Voutsis, op. cit, p.183.

l'obligation. Cela nous amène à envisager une autre solution qui pourrait être applicable en notre matière.

B) Critère dans l'objet et l'étendue du dommage :

Dans ce second système, auquel s'attache la jurisprudence, et qui a été élaboré par une bonne partie de la doctrine, les auteurs et les arrêts qui l'appliquent posent en principe que la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle a pour base, non la cause et le fondement de l'obligation, mais l'objet et l'étendue du dommage souffert par le demandeur¹.

En effet, l'action sociale est, comme son nom l'indique, l'action qui a comme but la réparation du dommage qui atteint la société tout entière, dans sa responsabilité juridique propre, et qui tend au maintien ou à la reconstitution du patrimoine social que la distribution de dividendes fictifs avait illégalement réduit. L'action individuelle, au contraire, a pour but la réparation d'un dommage personnel à chacun des actionnaires ou à chacun des créanciers sociaux indépendant de celui souffert par la société.

Par conséquent, quelle que soit la nature de l'obligation qui pèse sur les organes sociaux de gestion et de contrôle, la nature de la demande ne peut dépendre du fondement de l'action, car elle est uniquement fonction du but poursuivi par le demandeur. C'est l'objet de la demande et les fins de l'assignation qui confèrent, en effet, à l'action le caractère d'une action individuelle ou d'une action sociale.

Ainsi, tous ceux qui sont en mesure de prouver que la distribution de dividendes fictifs leur a porté préjudice, leur faisant croire à une prospérité inexistante et les entraînant à faire confiance à la société, peuvent-ils exercer une

¹ Cf, Ripert et Roblot, t.1, op.cit, n° 1329, p.623 et s.

action individuelle en dommages-intérêts contre les organes sociaux qui ont distribué ou laissé contribuer ces dividendes.

Il importe de remarquer que la personne du demandeur, lorsque celui-ci est un tiers, rend inutile toute discussion sur le critère de distinction des actions car il suffit que ce tiers déclare qu'il s'agit non pas par voie oblique mais en raison du dommage qui lui est propre pour que l'action soit individuelle. Il en est de même lorsque l'action en responsabilité est intentée par les représentants légaux de la société ; il ne fait pas de doute que dans cette hypothèse, l'action est sociale¹.

Par conséquent, la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle, fondée sur l'étendu et l'objet du dommage, ne devrait intéresser que les actions intentées par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires. C'est là qu'on doit puiser les éléments de la solution que nous recherchons.

L'action individuelle au sens propre du mot a toujours pour objet la réparation du dommage causé au patrimoine personnel de l'actionnaire d'une façon directe et non comme conséquence indirecte du préjudice subi par la société².

Par contre, l'action sociale est l'action qui intéresse le patrimoine social et qui appartient à la société considérée comme personne juridique distincte même de l'universalité des associés.

Ce n'est pas, en effet, parce que le préjudice est le même pour tous qu'une action devienne sociale comme le laisse entendre la formule souvent employée par la jurisprudence. Même si le préjudice atteint non seulement un ou plusieurs mais l'ensemble des actionnaires, l'action peut bien être individuelle, car ce

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.185.

² Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.205.

n'est pas l'universalité des membres d'une société qui donne à celui-ci la personnalité morale.

Il conviendrait donc, pour éviter toute difficulté théorique et pratique, de substituer à l'étendue du dommage, l'objet du dommage servant comme base à l'action en dommages-intérêts. Il serait, ainsi, sociale l'action qui tend à protéger ou à reconstituer le patrimoine social¹, et individuelle celle qui a comme but la réparation d'un préjudice ayant atteint les actionnaires ou les créanciers ou certains d'entre eux directement dans leur patrimoine individuel.

La jurisprudence semble s'attacher, pour caractériser l'action à l'étendue du dommage. Elle qualifie comme sociale l'action, si le préjudice atteint la collectivité des actionnaires, et individuelle, si certains d'entre eux sont victimes des fautes des organes sociaux².

Sous section IV : Action des tiers

La distribution de dividendes fictifs peut donner lieu à une action directe en responsabilité intentée contre les dirigeants des sociétés par les tiers à qui elle a été dommageable. Cette action directe des tiers est prévue en ce qui concerne la société anonyme par l'article L. 225-251 du code de commerce Français (L. 1966, art. 244, ancien), applicable également aux commandites par actions et par l'article L. 223-22 du code de commerce Français (L. 1966, art. 52, ancien) pour la société à responsabilité limitée, les dirigeants étant rendus responsables envers les tiers.

¹ Hamel et Lagarde, t.I, n° 724 ; Pic et Kreher, t. II, n° 3031 ; Escarra, n° 854 ; Amiaud, Traité des réserves, op. cit., n° 93.

² La jurisprudence Française adopte une conception restrictive du préjudice personnel. Elle considère que la perte de la valeur des parts ou des actions ne constitue que le "corollaire" du préjudice subi par la société elle-même et n'ouvre que l'action sociale et non l'action individuelle. Cass. com., 26 janvier 1970, JCP G 1970, II, 16385 ; 1 avril 1997, RTD com.1997, p.647 ; Cass. crim., 13 décembre 2000, Bull Joly 2001, p.497 ; 18 septembre 2002, Bull Joly 2003n p.63.

Le législateur Algérien a prévu cette responsabilité des dirigeants envers les tiers mais seulement pour les sociétés par actions (Art. 715 bis 23 du c.com) et les sociétés à responsabilité limitée (Art. 578 du c.com).

Les créanciers sociaux dont le gage se trouve diminué par la distribution irrégulière des dividendes qui a entamé le capital sont donc fondés à exercer une action en responsabilité pour perte de leur gage, la distribution d'un dividende fictif les ayant induits en erreur et persuadés de la fausse prospérité de la société¹.

En exerçant l'action directe, les tiers, est spécialement les créanciers sociaux, se prévalent d'un droit propre, ce qui a pour effet qu'ils ne peuvent se voir opposer ni l'exception de chose jugée sur l'action sociale, ni les autres exceptions et fins de non-recevoir qui auraient pu paralyser l'exercice de cette action s'ils l'avaient intenté par la voie oblique².

On signalera encore un arrêt plus récent en France³ relatif à l'action civile d'un syndicat. En l'espèce, une information avait été ouverte pour diverses infractions commises au préjudice de plusieurs sociétés dans le cadre d'opérations immobilières. Une fédération de syndicat s'était constituée partie civile en faisant valoir que les infractions reprochées (notamment abus de biens sociaux et distribution de dividendes fictifs) dont avait été victime la filiale d'un groupe, avaient porté atteinte à l'intérêt collectif de la profession du secteur bancaire, en ce qu'elles avaient notamment lésé les salariés du groupe signataires d'accords de participations et d'intéressement aux résultats de l'entreprise déterminée des plans de licenciements collectifs et trompé les administrateurs salariés par des présentations de bilans inexacts.

¹ Cass. req., 3 févr. 1930 : DH 1939, p.139 ; cité dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.206.

² CA Lyon, 7 Déc. 1905 : Journ. sociétés, 1906, p.402 ; cité P. Conte, et W. Jeandidier, op.cit, p.206.

³ Cass. crim., 11 mai 1999 : Bull. crim., n° 89 ; Rev. Sc. Crim. 1999, p.829, obs. Renucci, cite dans P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.206.

Le juge d'instruction devait déclarer irrecevable la constitution de partie civile du demandeur, ordonnance confirmée par la Chambre d'accusation de la Cour de Paris : les infractions poursuivies ne concernant pas uniquement le secteur bancaire et n'apparaissant pas comme ayant pu causer un préjudice quelconque à l'intérêt collectif de la profession mentionnée. La Chambre criminelle rejette le pourvoi de la fédération de syndicats : le préjudice indirect, qui serait porté à l'intérêt collectif de la profession, par les délits poursuivis, ne se distingue pas du préjudice lui-même indirect qu'auraient pu subir individuellement les salariés de l'entreprise en raison, le cas échéant d'une diminution de leur participation aux résultats.

En bref, l'action civile d'un syndicat est donc irrecevable, solution classique dans le domaine de l'abus de biens sociaux et logiquement étendue à d'autres délits, comme la distribution de dividendes fictifs¹. Pour tant, un préjudice, certes indirects n'apparaissait pas en l'occurrence invraisemblable.

Section 03 : Réparation du dommage causé par la distribution de dividendes fictifs

Nous avons vu précédemment que toute distribution de dividendes fictifs est de nature à engager, dans la mesure du préjudice qui en résulte, la responsabilité civile des organes sociaux de gestion et de contrôle envers la société, les tiers et les actionnaires.

Chaque fois que l'auteur de la faute refuse de réparer volontairement le dommage qu'il a causé, la responsabilité a pour effet de donner naissance à une action et de contraindre judiciairement l'auteur de la faute à réparer le dommage par le versement d'une somme d'argent.

C'est cette action en réparation qu'il nous faut maintenant étudier dans son exercice, pour déterminer ensuite, une fois déclarée recevable, ses résultats.

¹ Cf, P. Conte et W. Jeandidier, op.cit, p.207.

Sous section I : L'exercice de l'action

La première manière d'envisager l'exercice de l'action en responsabilité consiste à poser la question, que le juge, saisi de la demande, doit résoudre, si le demandeur a bien le droit d'agir en justice. Il nous parut cependant préférable, en raison de problèmes particuliers que soulève cette question en matière de sociétés commerciales, de l'étudier, comme nous l'avons fait, séparément et en dehors de toute préoccupation relative à l'exercice de l'action.

Aussi est-il possible d'envisager le droit d'action en responsabilité du point de vue non de son titulaire mais de son exercice devant le tribunal compétent, contre les personnes légalement tenues à la réparation, et avant toute prescription, c'est-à-dire avant extinction par l'écoulement du temps.

A) L'exercice dans le temps :

Le législateur ayant placé la responsabilité civile des organes sociaux de gestion et de contrôle dans le cadre du droit commun, on doit bien admettre, en principe, que les actions exercées du fait de la distribution de dividendes fictifs sont soumises à la prescription de 15 ans à moins que la loi n'établisse pour elles une prescription plus courte¹. C'est de cette incertitude qu'est né, semble-t-il, le *quibus* qui, normalement, a comme effet juridique d'atténuer ce que la durée de cette prescription pouvait avoir de rigoureux pour ces organes.

Sans doute, la distribution de dividendes fictifs constitue-t-elle en outre un délit passible des peines de l'escroquerie, et l'action civile, en vertu de l'article 8 bis du Code de la procédure pénale, se prescrit en même temps que l'action publique.

Mais il serait inexact de confondre absolument l'action en réparation du dommage causé par une distribution de dividendes fictifs qui, au demeurant, ne

¹ Cf, G. Ripert et Roblot, t.1, op.cit, n^{os} 1331 et s ; V. aussi art. 308 du code civil Algérien.

sont que l'application du droit commun, avec l'action civile née du délit correctionnel de distribution de dividendes fictifs. Les prescriptions pénales édictées par les articles 7, 8 et 8 bis du Code de procédure pénale, s'appliquent aux actions civiles ayant exclusivement pour base un crime, un délit ou une contravention. Il en est tout autrement s'il s'agit d'une action qui, en dehors d'une infraction pénale, a son principe dans une disposition du Code civil ou des lois sur les sociétés.

Cependant, il y avait là cette conséquence injuste, mais légale, que l'auteur du délit de distribution de dividendes fictifs se trouvait placé au point de vue de la prescription de sa responsabilité civile dans une situation beaucoup plus favorable que s'il n'avait pas violé la loi pénale et restait seulement civilement tenu. Cela deviendrait possible du fait que le délit de distribution de dividendes fictifs présuppose la fraude tandis que l'action en responsabilité civile résultant d'une distribution pareille serait recevable même dans le cas d'une faute légère, et dans cette hypothèse, l'action serait soumise à la prescription de quinze ans.

Le législateur a voulu, par l'article 715 bis 26 du code de commerce, mettre fin à cette anomalie en réduisant, dans tous les cas, la durée de la prescription de l'action en responsabilité à trois années ou à dix ans.

En effet, l'article 715 bis 26 du code de commerce dispose :

« L'action en responsabilité contre les administrateurs tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans ».

La mise en application de cette prescription triennale a toutefois causé dans la pratique de nombreuses difficultés d'interprétation. On a discuté et on discute

encore, car la question semble être délicate, quelles sont les actions visées par ce texte ?

La Cour de cassation Française¹ statuant pour la première fois sur le point de savoir si la prescription abrégée s'applique aux seules actions sociales ou si, au contraire, elle vise toutes les actions, quelle que soit la qualité du demandeur à l'action, a refusé de distinguer entre l'action sociale et l'action individuelle.

Que les fautes commises par les organes sociaux de gestion et de contrôle présentent ou non un caractère délictueux, toutes les actions exercées contre eux du fait de la distribution de dividendes fictifs sont désormais soumises à la prescription triennale². Il serait, en effet, absurde de maintenir une prescription plus longue pour l'action en réparation consécutive à une faute moins grave et, par conséquent, non sanctionnée par la loi pénale.

B) Compétence :

Les actions en responsabilité dirigées contre les organes sociaux de gestion et de contrôle du fait de la distribution de dividendes fictifs rentrent, en principe, dans la compétence de la section commerciale du tribunal.

Certes, ces organes ne deviennent pas commerçants par cela seul qu'ils acceptent leurs fonctions. Mais les contestations de cette nature sont des contestations qui se produisent entre associés dans une société commerciale et, par conséquent, sont soumises à la disposition impérative de l'article 544 du Code de commerce.

D'ailleurs, cette solution est parfaitement justifiée en notre matière car, en application de la théorie de l'accessoire, les délits ou quasi-délits aussi

¹ Cass. com., 20 janv.1948, S. 1942.1.153, note Sinay, Rev. Soc. 1948, p.405, cite dans C. Voutsis, op.cit, p.188.

² V. L. Josserand, Comment les textes de la loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques, in Mélanges Capitand, Dalloz, 1939, p.369 et s.

intimement liés, comme la distribution de dividendes fictifs, à l'activité commerciale, ne peuvent être que de caractère commercial et, par conséquent, du ressort exclusif des tribunaux de commerce. Il en est ainsi non seulement lorsque les associés exercent l'action sociale ut singuli mais aussi dans le cas où la poursuite est engagée par les représentants légaux de la société. On est donc ici dans un débat absolument commercial ; la qualité des parties, les actes accomplis, la matière en question se réunissent, ainsi, pour justifier la compétence de juridiction commerciale et l'application des principes du droit commercial.

Il n'en saurait être autrement que si les responsables de la distribution, au lieu d'être assignés par la société ou les actionnaires, étaient assignés par les créanciers sociaux. Dans ce cas, l'action en responsabilité pourrait être portée par les créanciers soit devant la section commerciale, soit devant la section civile¹.

En effet, si l'action est exercée par les tiers, créanciers, obligatoires, acheteurs d'actions agissant en leur propre nom, les raisons de décider ne sont plus les mêmes. Il ne s'agit point ici d'obligations entre associés et l'acte à propos duquel il y a eu préjudice, à savoir la distribution de dividendes fictifs, n'est pas un acte de commerce, en vertu de la théorie de l'accessoire, pour le demandeur. Celui-ci n'est plus lié par les mêmes principes de droit et il peut, à son choix saisir de son procès la section civile ou la section commerciale.

Il doit en être autrement au cas de faillite, lorsqu'en raison de la suspension du droit de poursuites individuelles, c'est le syndic représentant la masse des créanciers qui exerce leur action en responsabilité, la section commerciale est alors compétente.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.189.

En appliquant l'article 39 et 40 du Code de procédure civile et administrative, l'action sociale doit être nécessairement portée devant le tribunal de commerce du lieu où siège la société, quels que soient la qualité du demandeur, la base de l'action ou le but poursuivi. Par contre, les actions individuelles relevant du droit civil, devront être portées devant le tribunal du domicile du défendeur.

La compétence normale des sections civiles et commerciales n'empêche pas, cependant, celle de la section correctionnelle pour l'action civil lorsque la poursuite pénale est engagée¹. Mais, il ne s'agit là que d'une compétence facultative et les organes civilement responsables assignés devant le tribunal (section commerciale ou civile) en réparation des faits délictueux, ne seraient pas fondés à soutenir que l'action, dérivant d'un délit, les rend justiciables de la section correctionnelle.

Le choix qui appartient ainsi à la victime, entre la section civile normalement compétente, et la section répressive, dont la compétence n'est malgré tout qu'exceptionnelle, puisqu'il s'agit d'un problème de réparation, résulte de l'article 3 du Code de procédure pénale. Et lorsque la partie lésée a choisi entre la voie civile et la voie criminelle, son option est en principe définitive et irrévocable (art. 5 C. proc. Pén).

Il faut cependant préciser à cet égard que l'option ne doit être considérée comme irrévocable que lorsque la partie lésée a d'abord choisi la voie civile. Il en est différemment dans le cas contraire.

¹ Cf, J. Garnier, La partie civile au procès pénal, Rev. Sc. Crim. 1958, p.1 et s.

C) Personnes responsables :

Toute distribution de dividendes fictifs étant de nature à mettre en jeu l'action en responsabilité civile, il est nécessaire de déterminer maintenant les personnes qui peuvent être mises en cause par les victimes de cette distribution.

L'action en responsabilité, qu'elle soit exercée par la société, par les créanciers sociaux ou par les actionnaires agissant isolément ou groupés, peut être dirigée, en vertu des articles 715 bis 23, 715 bis 27, 715 bis 28 et 715 bis 29 du code de commerce, contre tous les organes sociaux de gestion et de contrôle : gérants, administrateurs, président-directeur général, conseil de surveillance et commissaires aux comptes.

Au cas où la responsabilité civile du conseil d'administration tout entier se trouverait engagée, ce qui est de règle en matière de distribution de dividendes fictifs, chacun des administrateurs doit être personnellement assigné. Le juge devra, donc, examiner séparément la conduite et le degré de culpabilité des administrateurs, et le demandeur ne saurait se borner à mettre en cause le conseil car, bien que celui-ci soit l'organe collectif de gestion de la société, il n'est pas doté de la personnalité juridique¹.

Le président du conseil d'administration assumait rarement, la direction qui, en pratique, était assurée par un administrateur délégué ou par un directeur général. La direction générale de la société est assurée maintenant par le président qui, nommé par le conseil parmi ses membres, est responsable des fautes qu'il a commises soit en qualité de président du conseil d'administration, soit en tant qu'administrateur ou directeur général².

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.191.

² Art. 623 et 638 du code de commerce.

En outre, le Président Directeur Général pourrait être déclaré responsable des fautes commises par l'administrateur auquel il aurait délégué temporairement ses fonctions en commettant une faute de choix¹.

Cette responsabilité accrue du président-directeur général n'exclut pas nécessairement celle des membres du conseil d'administration ou de l'administrateur qui a commis des fautes dans la mesure des fonctions qui lui ont été déléguées.

Quant au directeur général adjoint, sa responsabilité civile est engagée s'il est choisi parmi les administrateurs et recherché en raison de la faute qu'il a commise en cette qualité². En ce qui concerne sa responsabilité résultant des fautes qu'il aurait commises en tant que directeur général adjoint, elle est engagée dans les termes du droit commun.

L'article 715 bis 29 du code de commerce dispose que les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés civilement responsables des délits du gérant ou des membres du directoire si en ayant eu connaissance et ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale.

Cependant, les membres de conseil de surveillance et les commissaires aux comptes sont responsables envers la société, les actionnaires et les tiers de leurs fautes, c'est-à-dire d'une insuffisance de surveillance sur les actes des gérants et administrateurs (art. 715 bis 14 et art. 663, art. 659 du code de commerce).

Sur ce point, l'article 664 et 655 du code de commerce dispose :

« Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la société ».

¹ Art. 639 et 640 du code de commerce ; en ce sens, V., Kissi. Samia , La délégation de pouvoir et son impact sur la responsabilité pénale des infractions de sociétés commerciales, Rev. Sc. Jur. Adm. Pol, n° 17, Faculté de droit et des sciences politiques, Abou Bekr Belkaid, Tlemcen, 2014, p.195-214.

² Cass. Civ., 8 avr. 1930, Journ. Soc. 1931, p.405 ; V. également Trib.com. Seine, 21 mai 1935, Gaz. Trib. Rec. 2.245.

« À toute époque de l'année, le conseil de surveillance opère les contrôles qu'il juge nécessaires et peut se faire communiquer les documents qui l'estime utiles à l'accomplissement de sa mission ».

Des textes analogues existent en ce qui concerne la responsabilité des commissaires aux comptes¹.

Sous section II : Fins de non recevoir

Bien que toutes les conditions exigées pour l'exercice d'une action en responsabilité se trouvent remplies, il se peut que la demande ne puisse aboutir en raison des moyens de défense employés par les défendeurs.

La défense, au sens large, peut se définir comme étant la contradiction à la demande par le défendeur qui propose au tribunal des moyens propres à faire écarter, s'ils sont établis, la prétention du demandeur d'une façon plus ou moins définitive.

On distingue habituellement les moyens de défense, quant à leur nature, en défense stricto sensu ou défense au fond, en exception et en fins de non recevoir.

Si la défense stricto sensu ou au fond tend à déclarer la demande non fondée, et l'exception à suspendre ou à retarder la solution, la fin de non recevoir n'a qu'un caractère intermédiaire et elle a, par conséquent, pour but de faire déclarer la demande irrecevable.

Nous nous proposons de n'étudier ici que certaines fins de non recevoir qui intéressent particulièrement notre matière, telles que la clause d'avis ou d'autorisation, la renonciation et l'autorité de la chose jugée.

¹ Art. 715 bis 4 alinéa 2 et 3, art. 715 bis 13 alinéa 1 du code de commerce.

A) Clause d'avis ou d'autorisation :

Avant la loi de 1966 et le nouveau code de commerce, le législateur Français a voulu par le décret-loi du 31 août 1937, modifiant ou complétant la loi du 24 juillet 1867, réglementer l'action en responsabilité contre les organes de gestion et de contrôle en supprimant les obstacles que la pratique avait opposés au moyen des clauses d'avis ou d'autorisation à l'exercice de cette action.

Ces clauses étaient généralement étudiées à propos de l'exercice de l'action individuelle et, surtout, de l'action sociale *ut singuli*. Mais il n'était pas sans exemple de leur voir attribuer une portée plus générale et les déclarer licites lorsqu'elles réservaient à l'assemblée générale le droit de décider sur l'exercice de l'action sociale¹.

La première clause, appelée « clause d'avis » était celle qui mettait comme condition préalable à l'exercice de l'action, l'obligation pour les demandeurs d'avertir l'assemblée générale de leurs intentions.

C'est ainsi que les actionnaires étaient obligés, pour qu'ils puissent exercer l'action sociale *ut singuli*, de se plier à cette clause restrictive des statuts et de demander l'avis de l'assemblée générale.

Cependant, cette clause avait fait l'objet de controverses dans la doctrine, et la jurisprudence avait fini par l'appliquer tout au moins à l'exercice de l'action en responsabilité fondée sur les fautes de gestion comme c'est le cas notamment de la distribution de dividendes fictifs.

Mais, il était admis que la clause d'avis n'était pas opposable aux actions individuelles lorsque celles-ci étaient intentées par les tiers, et que par contre, elle était applicable aux actions individuelles des associés.

¹ Ripert et Roblot, t. I, op.cit, n° 1256 et 1322.

Une autre clause, dite « clause d'autorisation » ou « prohibitive », avait pour but de contraindre les demandeurs de solliciter l'autorisation de l'assemblée générale avant l'exercice de l'action, et de réserver, ainsi, à l'assemblée générale l'exercice de l'action¹.

Cette clause, bien qu'elle équivaille pour les actionnaires à une renonciation indéfinie à l'exercice de l'action ut singuli, était déclarée licite par la jurisprudence. Elle devrait recevoir application alors même que la société était en faillite due notamment à une distribution de dividendes fictifs².

Mais il en était différemment lorsqu'il s'agissait d'une action individuelle appartenant en propre aux actionnaires ou aux tiers. Dans ces cas, l'assemblée générale n'ayant pas l'exercice de l'action, la clause prohibitive ne lui était pas opposable³.

Le législateur Français a condamné catégoriquement les clauses d'autorisation ou d'avis, et, dorénavant, tous les obstacles à l'exercice de l'action en responsabilité qui en résultaient disparaissent depuis la loi du 24 juillet 1966, l'article L.225-253 du nouveau code de commerce⁴ « Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action ».

Le législateur Algérien s'est aligné avec le législateur Français en annonçant dans l'article 715 bis 25 alinéa 1 ce qui suit :

« Est réputée non écrite, toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation

¹ Cf, J. Hamel et G. Lagarde, t. I, op.cit, n° 661, p.789 ; Cass. com., 10 mai 1948, S. 1950.1.77, note Plaisant, J.C.P. 1949.11.4937, note Bastian, Rev. trim. dr. com. 1949, p.487, chron. Rault, n° 8.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.194.

³ Cass., 24 avr. 1891, D.P. 1893.1.49.

⁴ Modifié par loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, art. 107.

de l'assemblée générale, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action ».

B) Renonciation :

Avant la réforme réalisée par le décret-loi du 31 août 1937, il était admis que l'assemblée générale, disposant de l'action sociale, avait le pouvoir de ratifier l'acte dommageable et de renoncer explicitement ou même implicitement, par le vote du quitus ou l'approbation des comptes faisant apparaître les bénéfices, à exercer l'action en responsabilité.

Il est, en effet, d'un usage constant dans les sociétés par actions, qu'il soit proposé à l'assemblée générale, le vote d'une résolution approuvant les comptes de l'exercice écoulé et donnant aux organes quitus de leur gestion pour la période considérée¹. Le quitus se présente ainsi comme une renonciation au droit qui appartient à la société de poursuivre la réparation du dommage que lui ont causé les agissements de ses organes de gestion.

Le quitus n'est soumis à aucune condition de forme et peut résulter de la délibération de l'assemblée générale annuelle portant approbation des comptes, sans qu'il soit nécessaire que le mot figure expressément dans la résolution de la dite assemblée. Quelle que soit, en effet, l'expression employée par l'assemblée générale des actionnaires dans sa résolution, il tient lieu de quitus l'approbation, dans toutes les parties, des rapports du conseil d'administration et des commissaires aux comptes, des comptes et bilans tels qu'ils sont soumis à l'assemblée².

Si le quitus n'est soumis à aucune condition de forme, la doctrine et la jurisprudence Française subordonnent toutefois l'efficacité de cette renonciation aux trois conditions suivantes :

¹ Amiens, 5 févr. 1910, Journ. Soc. 1911, p.213 ; Rouen, 26 avr. 1991, Journ. Soc. 1913, p.128.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.196.

1° Le quitus voté par l'assemblée générale ordinaire ne peut couvrir que les seules fautes de gestion, ce qui rend possible la renonciation en matière de distribution de dividendes fictifs.

2° La deuxième condition requise pour que le quitus soit valable, c'est qu'il ait été voté en connaissance de cause et, à plus forte raison, qu'il n'ait pas été provoqué par des manœuvres frauduleuses. Si cette condition est remplie, l'action sociale exercée contre les administrateurs pour avoir établi ou laissé établir des bilans inexacts et avoir distribué ou laissé distribuer, sans opposition, des dividendes fictifs est irrecevable.

3° Enfin, il faut que les intéressés aient exécuté toutes les conditions mises par l'assemblée au quitus qui, en général, ne produit ses effets que pour les personnes pour lesquelles il a été voté. Par conséquent, si l'assemblée générale a régulièrement donné quitus qui affranchit les gérants de toute responsabilité, les membres du conseil de surveillance ne pourraient, en vertu d'un argument a fortiori, l'invoquer parce que leur responsabilité personnelle n'a été soumise à la décision de l'assemblée.

Il faut remarquer que le quitus, même régulièrement voté, ne saurait arrêter l'action individuelle appartenant aux créanciers sociaux ou aux actionnaires à moins que ces derniers ne l'ait voté en connaissance de cause et voulu ainsi renoncer à l'exercice de leur action¹.

Toutefois, depuis le décret-loi du 31 août 1937, la situation a été profondément modifiée car, aux termes même de l'alinéa 2 de l'article L. 225-253 du nouveau Code de commerce Français « aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs ou contre le Directeur général pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ».

¹ Cass. crim., 26 janv. 1938, S. 1939.1.49, cité dans C. Voutsis, op.cit, p.196.

Le législateur Algérien a adopté le même principe dans l'article 715 bis 25 alinéa 2 : « ...aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat.

Il s'ensuit que, malgré un quitus voté par l'assemblée générale en connaissance de cause, l'action en responsabilité contre les organes de gestion et de contrôle ne peut pas s'éteindre, et seule, désormais l'unanimité des actionnaires a le droit de voter un quitus efficace et de renoncer valablement à l'exercice de l'action sociale ut universi et ut singuli¹.

Cette solution, dégagée des termes larges et compréhensifs du texte, est valable pareillement pour le désistement d'action mais non pour celui d'instance qui n'emporte pas extinction de l'action et peut, par conséquent, être souscrit soit sur un vote conforme de l'assemblée générale, soit sur l'initiative des représentants légaux de la société.

À la renonciation proprement dite et au désistement, on doit, semble-t-il, assimiler l'acquiescement. Dans ce cas, la renonciation à l'action est, en effet, tacite. Elle résulte du fait que la société laisse s'écouler le délai d'appel, après un jugement de première instance qui l'a déboutée de sa demande en dommages-intérêts, sans exercer cette voie de recours. L'action civile se trouve ainsi éteinte du simple écoulement du délai d'exercice de la voie de recours. Il y a là, sans doute, un cas de renonciation à l'action et, par conséquent, cette sorte de renonciation ne peut pas avoir, en vertu de l'article L. 225-253 alinéa 2, du Code de commerce Français et l'article 715 bis 25 alinéa 1 du Code de commerce algérien pour effet l'extinction de l'action en responsabilité contre les organes de gestion.

¹ Idem, p.196.

La société peut faire une transaction avec les coupables de la distribution de dividendes fictifs en ce qui concerne la réparation du dommage. La transaction ainsi intervenue enlève à tous ceux qui pourraient exercer l'action sociale le droit de réclamer en justice des dommages-intérêts car l'action est régulièrement éteinte.

Mais le Ministère public, malgré la transaction, peut toujours exercer l'action publique contre les organes pénalement responsables, et si la poursuite a déjà été engagée, il n'a pas la possibilité de l'arrêter.

C) L'autorité de la chose jugée :

Parmi les présomptions légales, l'article 338 du Code civil place « l'autorité que la loi à la chose jugée ». Il importe alors de savoir quelle est l'application de cette règle en notre matière.

On sait, en effet, que la distribution de dividendes fictifs est une faute très grave et que le législateur y voit l'occasion de reconnaître à la fois la responsabilité civile et la responsabilité pénale de tous ceux qui s'en sont rendus coupables.

Ainsi s'explique le double aspect que peut présenter ce problème : l'autorité de la chose jugée au civil et l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil.

En effet, après que le procès en responsabilité a abouti à une décision définitive émanée d'une juridiction civile, les responsables de la distribution sont actionnés à nouveau par leurs victimes. L'autorité de la chose jugée au civil va être ainsi invoquée dans le nouveau procès civil pour faire écarter l'action. Une situation différente, sera présentée lorsque la décision, dont l'autorité est invoquée, a seulement statué sur l'action publique. La faute, dont se plaint le demandeur en responsabilité, a été l'objet d'une poursuite répressive qui s'est terminée par un acquittement ou une absolution sans que le juge

répressif ait été saisi de l'action civile. La décision pénale est ainsi intervenue sur la seule action publique et elle va être invoquée dans le procès civil pour faire écarter l'action en responsabilité¹.

L'autorité de la chose jugée est en principe opposable aux nouveaux représentants de société, qui intentent à nouveau l'action sociale, si le premier jugement n'est pas le résultat d'un concert frauduleux entre les défendeurs à l'action et les anciens représentants de la société. Il en est de même de l'action exercée ut singuli.

Mais que faut-il décider si la chose jugée à l'égard de la société est invoquée pour faire écarter l'action individuelle des actionnaires ou des créanciers sociaux ?

Entre l'action sociale et l'action individuelle il y a bien identité de cause puisque la faute alléguée est la même. Au contraire, il n'y a ni identité des parties ni identité d'objet puisque l'actionnaire ou le tiers n'agit que dans la limite de son intérêt.

Il s'ensuit que la chose jugée à l'égard de la société est inopposable aux créanciers sociaux et aux actionnaires exerçant l'action individuelle en responsabilité. Il en est de même de la chose jugée à l'égard de l'action sociale ut singuli invoquée pour écarter l'action sociale intentée par les représentants légaux de la société².

Quant à l'autorité de la chose jugée au pénal invoquée devant la juridiction civile pour faire écarter l'action en responsabilité, il est à noter que la réparation du dommage causé par la distribution de dividendes fictifs pourra être décidée par le juge civil alors même que, l'intention frauduleuse n'étant pas prouvée, la

¹ Cf, C. Voutsis. Op.cit, p.198.

² Cf, J. Escarra, Principes de Droit commercial, avec la collaboration de E. Escarra et J. Rault, t. 6, Paris, 1936, n° 1596, p.314.

poursuite pénale aboutit à une ordonnance de non-lieu ou à un jugement d'acquittement. L'argument qu'on peut apporter en faveur de ce principe est le fait que, pour constituer la faute pénale, tous les éléments doivent se trouver réunis¹, tandis que, pour constituer la faute civile, il suffira la réunion de certains d'entre eux pour décider la réparation du préjudice causé.

Ainsi à la différence de l'action publique, l'action civile peut-elle être dirigée contre les organes de gestion et de contrôle même de bonne foi, et leur acquittement devant la juridiction répressive ne pourra pas les mettre à l'abri des poursuites devant le tribunal civil. C'est la thèse qui doit, d'ailleurs, être admise dès l'instant où l'on affirme qu'au pénal le dol est requis : l'absence de dol n'établit pas nécessairement l'absence de faute et la preuve de la faute doit, par conséquent, être autorisée au civil.

Toutefois, le tribunal civil qui statue sur l'action civile après le jugement rendu par le tribunal répressif sur l'action publique est tenu de respecter dans une certaine mesure ce qui a été décidé par le juge répressif ; il ne peut se mettre en contradiction avec lui. Ce qui fait dire aux auteurs que l'action civile est éteinte dans ce cas par la chose jugée au criminel².

C'est ainsi que le juge civil ne peut, afin de répartir inégalement la réparation du dommage entre les responsables, méconnaître ce qui a été nécessairement et certainement décidé par le juge pénal et caractériser moins sévèrement la faute intentionnelle relevée par ce dernier.

S'il est certain que la règle de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil n'interdit pas à la victime de la distribution de dividendes fictifs –bien que l'auteur de cette infraction ait été acquitté- d'agir en réparation du dommage qu'elle a éprouvé devant un tribunal civil, il n'en est pas moins vrai à l'inverse,

¹ Cf, C. Voutsis. Op.cit, p.199.

² Art. 339 du Code civil Algérien.

que, la poursuite du délit de distribution de dividendes fictifs n'étant nullement subordonnée à la démonstration d'un préjudice, la décision par laquelle le tribunal civil aurait déclaré, faute de dommage, non recevable l'action en réparation, ne saurait être invoquée devant le tribunal pénal pour faire écarter l'action publique.

Ainsi, cette décision n'aura-t-elle aucune influence sur celle que le juge répressif pourra être appelé à rendre postérieurement sur l'action publique si celle-ci est intentée. Le juge répressif n'est donc pas obligé de tenir compte de la décision civile. Il peut parfaitement prononcer une peine contre celui qui n'aura pas été condamné à réparation.

Sur ce point, la Cour de cassation Française s'est prononcée en ces termes :

« Que le délit de distribution de dividendes fictifs existe indépendamment de tout préjudice causé aux actionnaires, et que le législateur a entendu réprimer la manœuvre frauduleuse qui à pour objet et pour but d'induire les tiers en erreur sur la situation de l'entreprise, alors surtout que, comme dans le cas de l'espèce, il est procédé à l'émission d'obligations aussitôt après la distribution du dividende fictif »¹.

Notons pour terminer que le tribunal est obligé de surseoir à statuer sur l'action civile, tant que le tribunal répressif saisi avant ou pendant l'instance civile, n'a pas lui-même statué sur l'action publique. C'est le sursis au jugement de l'action civile qui résulte de la règle « le criminel tient le civil en état »².

Sous section III : Étendu de la réparation du dommage

L'étendue de la réparation du dommage causé par la distribution de dividendes fictifs est une question d'un intérêt pratique de premier plan, tant du

¹ Cass. crim., 10 nov. 1942, Rev. Soc. 1943, p.302, cite dans C. Voutsis. Op.cit, p.200.

² Cf, A. Chavanne, Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, Rev. Sc. crim, 1954, p.239.

point de vue des organes tenus à la réparation, que de tous ceux qui prétendraient avoir subi le dommage et mettraient, par conséquent, en jeu la responsabilité.

Il arrive souvent, en effet, que ceux-ci se trouvent en présence d'un organe qui a pris une part plus active dans l'acte de distribution mais qui est insolvable. Ils ont alors intérêt à savoir jusqu'à quel point ils peuvent obtenir réparation de leur préjudice par ceux qui sont solvables mais dont la participation à l'acte dommageable n'est pas apparemment engagée.

En ce qui concerne les organes eux-mêmes, chacun d'eux voit peser sur lui, en raison de l'action collective des conseils, une présomption de solidarité et il est de son intérêt de s'en libérer dans la mesure où il n'a pas personnellement commis de faute. La jurisprudence Française n'a jamais hésité à proclamer le principe d'une responsabilité purement individuelle dans la répartition définitive de la condamnation. Le juge devra, donc examiner séparément la conduite et le degré de culpabilité de chacun des organes sociaux de gestion et de contrôle et il sera tenu d'exonérer de toute responsabilité ceux d'entre eux qui n'ont commis aucune faute véritable ou sont demeurés étrangers à la distribution incriminée.

A) Réparation intégrale :

Lorsque la distribution de dividendes fictifs est accomplie et le rapport de cause à effet entre cette distribution et le dommage qui en résulte est établi, le juge saisi de la demande en dommages-intérêts doit fixer l'étendue de la réparation. Sur ce point le principe est simple : la réparation doit correspondre au préjudice souffert et le faire complètement disparaître ; elle doit en effet être intégrale¹ et comprendre à la fois la perte subie et le gain manqué (Damnum emergens et lucrum cessans).

¹ Cass. civ., 28 oct. 1954, JCP 1955, II, 8765, cite dans G. Viney, Le droit privé Français à la fin du XX^{ème} siècle, in Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p.563 et s.

Seulement l'application du principe est des plus délicate, car, lorsqu'il s'agit d'une condamnation pécuniaire, il est impossible d'évaluer exactement le préjudice pour le traduire en dommages-intérêts. Par conséquent, le rôle d'arbitre du juge du fond devient nécessaire et souverain¹. Les juges auront donc à trancher souverainement, sans que leur appréciation puisse tomber sous le contrôle de la Cour de cassation.

Sans doute, la Cour exerce son contrôle tant sur la relation de cause à effet entre la faute et le préjudice que sur le caractère du préjudice : actuel ou éventuel, certain ou hypothétique. Mais elle n'a pas à exercer son contrôle sur l'appréciation de l'étendue du dommage causé et l'importance de l'indemnité qui doit être accordée au demandeur. C'est donc au tribunal qu'il appartient de fixer la somme d'argent qui constitue le montant de la réparation due à la victime et cette détermination est établie d'après l'étendue du préjudice. L'auteur du dommage doit ainsi replacer la victime dans une situation équivalente à celle antérieure au préjudice².

Ici encore, les tribunaux ont une liberté totale dans le choix du procédé qu'ils jugeront le meilleur pour réparer intégralement le préjudice causé au demandeur. Si nous prenons pour exemple les actionnaires ou les tiers qui ont été entraînés par la distribution de dividendes fictifs à souscrire des actions ou des obligations, ou à s'en rendre acquéreurs, les juges peuvent disposer de moyens divers pour accorder une réparation intégrale du préjudice souffert par le demandeur et causé par la faute des administrateurs et des commissaires aux comptes. Ceux-ci seront condamnés à rembourser tantôt la totalité du prix d'acquisition, en capital et intérêt, tantôt la différence entre le prix d'achat des titres et celui de leur revente ou, si les titres ont été conservés par l'acquéreur, de

¹ Cf, T. Ivainer, Le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des indemnités réparatrices, D. 1972, chr. 7.

² Cf, G. Viney et P. Jourdain, Les effets de la responsabilité, traité de droit civil, 2^e éd, LGDJ, Paris, 2001, nos 65-85.

leur valeur réelle au jour du jugement¹. La doctrine et la jurisprudence, pose en principe que c'est au jour de la décision qui alloue l'indemnité que le juge doit se placer pour calculer le préjudice et partant, l'indemnité.

Cette solution s'applique, soit qu'il y ait aggravation du préjudice, soit qu'il y ait diminution entre le jour du dommage et le jour de la décision.

Si on ne justifie pas du prix d'acquisition, les tribunaux le fixent d'après les circonstances.

Il faut noter que la condamnation prononcée pour le tout, contre l'un des coupables au profit du demandeur, n'empêche pas les tribunaux de faire une répartition inégale entre les auteurs du dommage en tenant compte de la part que chacun d'eux a pu prendre dans l'acte de distribution, de leurs aptitudes diverses ou de leur influence dans la gestion de la société. Dans ce cas, c'est à l'administrateur, qui voudra se décharger de la responsabilité collective qui pèse sur le conseil, de démontrer son innocence en prouvant sa non-participation à la décision de distribution de dividendes fictifs. Il s'agit ici non pas d'un défaut de participation matérielle, puisque l'administrateur peut être condamné alors même qu'il n'a pas assisté, mais d'une absence de participation juridique.

En effet, l'absence non motivée par une cause légitime ne peut exonérer les administrateurs de leur obligation de réparer le dommage, car cette absence, loin d'être une excuse, constitue par elle-même une négligence génératrice de responsabilité².

Il ne suffirait pas non plus à un administrateur d'alléguer qu'à la séance du conseil il s'est abstenu ou a voté contre l'approbation du bilan, s'il n'a mis

¹ Cass. req., 11 juill. 1870, D.P. 1871.1.137, cite dans C. Voutsis. Op.cit, p.201.

² Cass. civ., 24 avr. 1867, D.P. 1867.1.379., Paris, 13 juill. 1892, Rev. Soc. 1893, p.223.

l'assemblée générale en garde contre cette approbation par des protestations suffisamment explicites et consignées au procès-verbal¹.

Dans les cas particulièrement graves, l'administrateur devra même donner sa démission pour se décharger de la responsabilité qui pèse sur le conseil d'administration².

Mais, il en est autrement lorsque l'absence de participation aux séances du conseil, au cours desquelles la distribution de dividendes fictifs a été décidée, est justifiée par la maladie ou par un voyage accompli dans l'intérêt de la société³.

En tout cas, si la condamnation aux dommages-intérêts résulte d'une faute imputable également à tous les administrateurs ou conseillers, nul ne peut échapper par une action récursoire à la responsabilité. Tous supporteront en définitive le montant des condamnations par parts égales⁴.

B) Réparation partielle :

Il arrive fréquemment que le préjudice subi par la victime soit dû à des causes multiples au nombre desquelles figure la distribution de dividendes fictifs. Le juge doit alors déterminer l'incidence exacte de cette distribution sur le dommage, et sa décision est toujours à cet égard souveraine.

C'est ainsi que les tribunaux auront à rechercher si le dommage entier résulte effectivement et exclusivement de la distribution de dividendes fictifs ou si une partie quelconque de ce dommage ne doit pas être imputée à d'autres causes, notamment à la faute même de ceux qui demandent la réparation⁵.

Certes, l'indemnité étant ou devant être, en principe, équivalente au préjudice, il semble à première vue que le juge n'ait pas à tenir compte de

¹ Trib. com. Seine, 22 déc. 1890, Rev. Soc. 1891, p.271.

² Cass. Req., 27 janv. 1873, D. 1873.1.331.

³ Trib. civ. Seine, 8 janv. 1886, Rev. soc. 1886, p.166.

⁴ Trib. com. Seine, 27 mai. 1895, Rev. Soc. 1895, p.502.

⁵ Lamy droit pénal des affaires, Op.cit, n° 2017, p.862.

considération personnelles à l'auteur du dommage ni à la victime. Mais, s'il en est bien ainsi, en général, des considérations relatives à l'auteur du dommage, cela cesse cependant d'être exact pour la victime ; il n'est pas douteux notamment que la faute de la victime est de nature à faire réduire l'indemnité qui lui sera allouée¹.

En effet, lorsqu'il est constaté à la fois une faute de l'auteur du dommage et une faute de la victime, le juge ne peut faire supporter tout le dommage à l'auteur. En ce cas, il y a partage de responsabilité fondé sur une « faute commune ».

C'est ainsi qu'il a été décidé que la responsabilité des membres du conseil de surveillance est plus gravement engagée envers ceux qui sont devenus actionnaires au moment où l'actif de la société avait été complètement perdu qu'envers ceux qui le sont devenus à une époque où la société avait quelques chances de relèvement².

La Cour de Lyon a, d'autre part, déclaré qu'il faut, pour apprécier l'importance du préjudice et la mesure exacte de la réparation, considérer les circonstances auxquelles les administrateurs et directeurs sont restés étrangers et « laisser une large part de responsabilité à la charge des parties civiles elles-mêmes, à qui le désir de s'enrichir par des moyens prompts et faciles a fait oublier les règles de la prudence »³.

Lorsqu'on a ainsi retenu plusieurs causes, le défendeur, dont la faute figure parmi ces causes, ne sera pas nécessairement tenu de réparer intégralement le

¹ Lamy droit pénal des affaires, idem: le cas des prêteurs ou fournisseurs qui auraient contracté du fait de cette distribution, dans la mesure où ils auraient été persuadés de la prospérité de la société. En cas de faute de leur part ou d'engagement accepté en connaissance de cause, ils pourraient voir leur indemnisation diminuée, voir écartée.

² Cf, C. Voutsis. Op.cit, p.203.

³ Lyon, 12 mars 1885, D.P. 1886.2.136, Journ. Soc. 1887, p.677.

préjudice mais il pourra se prévaloir de leur existence pour obtenir une exonération partielle.

On peut dire que lorsque, la victime participe à la réalisation du dommage et que le tribunal ne fait, par conséquent, que comparer la causalité de diverses fautes dans la production du dommage causé par ce concours de fautes.

Mais dans le cas où il y a uniquement faute des administrateurs ou gérants, le préjudice doit être intégralement réparé.

En effet, la faute de l'auteur du préjudice, la faute de responsable, du moment qu'elle est prouvée, oblige le juge à réparer entièrement le dommage, quelle que soit la gravité de cette faute. Au civil le juge n'a pas à proportionner les dommages-intérêts au degré de culpabilité de l'auteur du dommage. Sa culpabilité ne peut avoir d'influence qu'au point de vue pénal : peu importe donc que la faute soit intentionnelle ou involontaire, qu'elle soit de commission ou d'omission, lourde ou légère.

La jurisprudence et la loi, dans le cas de pluralité de responsables, répartissent l'indemnité entre les divers responsables, dans la proportion de leur faute respective¹, le degré de gravité de la faute influe pour chacun sur l'étendue de l'indemnité qu'il aura à supporter. Mais cette répartition n'est faite que dans les rapports des responsables entre eux, et seulement lorsqu'elle est possible. La faute n'influe pas sur l'indemnité dans les rapports de la victime et des auteurs du dommage qui, eux, sont débiteurs in solidum des dommages-intérêts.

Sans doute est-il vrai qu'en cas de faute grave, le lien de causalité entre la faute grave et le dommage est plus aisé à démontrer. Mais, une fois établie la

¹ Art 715 bis 23, al.2, C. Com: « si plusieurs administrateurs ont coopéré au même faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage » ; V. aussi A. Touffait, op.cit, p.249.

relation de cause à effet entre une faute et un dommage, il importe peu que la faute soit légère ou lourde, la réparation doit être intégrale.

Cependant, si l'on tient compte de l'étendue des pouvoirs reconnus au juge du fond pour fixer l'indemnité, il est incontestable que les juges ont une tendance à mesurer la réparation à la gravité de la faute. Par cette voie, les tribunaux arrivent souvent à une équitable modération du montant de la réparation, réparation qui devient de ce fait partielle.

Ainsi, les juges pourront-ils, dans certains cas, atténuer la responsabilité des organes sociaux de gestion et de contrôle, même s'il est constant que le préjudice leur est entièrement imputable. Cette indulgence se manifestera notamment au cas de gratuité des fonctions d'administrateur ou de gérant. La gratuité de ses fonctions ne peut l'exonérer de cette obligation. Elle n'est qu'une cause d'atténuation dans l'évaluation du montant des dommages-intérêts.

Il en est de même de la bonne foi. Celle-ci est l'une des causes d'excuse les plus souvent invoquées par les organes sociaux de gestion et de contrôle afin de se décharger de leur responsabilité. Elle ne peut, cependant, motiver qu'une restriction dans l'étendue des dommages-intérêts¹.

Enfin, la responsabilité de chacun des membres du conseil d'administration ou de surveillance est appréciée, en ce qui concerne l'atténuation dans l'évaluation des dommages-intérêts, eu égard à la durée de ses fonctions, à l'époque où il a été appelé à les remplir, à sa participation plus ou moins active, à la nature et à la spécialité de ses connaissances².

¹ Rouen, 26 avr. 1911, Journ. Soc. 1913, p.128.

² Rouen, 1 déc. 1926, Journ. Soc. 1928, p.88.

C) Refus de toute réparation à la victime :

Les administrateurs ou gérants et conseillers de surveillance coupables de manœuvres dolosives et notamment coupables d'avoir distribué ou laissé distribuer sans opposition des dividendes fictifs ne doivent pas nécessairement échapper à toute responsabilité lorsqu'ils allèguent que les acquéreurs des titres ont eu comme but la spéculation. Il leur faut pour cela prouver encore que ces acquéreurs connaissaient la situation précaire de la société et ont acheté dans le but unique de spéculer sur les différences sans avoir l'intention de lever les titres et, de ce fait, se sont exposés à toutes les chances d'une opération aléatoire.

Dans ces conditions, l'action civile dérivant d'une distribution de dividendes fictifs n'est pas recevable car ceux qui connaissent le mauvais état des affaires sociales commettent une faute en achetant par exemple leurs titres alors que la société se trouve en liquidation¹. Il est juste de laisser à leur charge les conséquences de cette spéculation car les administrateurs ne sont pas leurs assureurs.

Ainsi, l'incidence du fait de la victime sur la responsabilité et la mesure de la réparation joue-t-elle un rôle capital puisqu'il arrive même que ce fait constitue la cause unique du dommage.

Notons pour terminer que l'existence d'une faute de la victime est appréciée d'après les mêmes principes que la faute de l'auteur. Elle consiste à avoir contribué volontairement à causer le dommage qu'elle savait ou devait savoir qu'elle créait pour elle-même. Il est également tenu compte des aptitudes particulières dans la même mesure que dans l'appréciation de la conduite de l'auteur. En tout cas, si la faute de la victime est considérée comme ayant été la cause même du dommage, l'auteur de ce dommage voit sa responsabilité écartée. Il n'est pas question, en pareil cas, de condamnation à des dommages-intérêts. La victime supporte les conséquences de sa faute.

¹ Trib. com. Seine, 19 févr. 1897, Journ. soc. 1897, p.231.

CHAPITRE II : LA RÉPÉTITION DE DIVIDENDES FICTIFS

Les dividendes distribués aux actionnaires et associés ne sont pas soumis à répétition dès lors qu'au moment où la répartition en a été faite, il existait réellement des bénéfices. Les associés, n'ayant en effet touché que ce qui leur était légitimement dû – puisque toute action s'analyse en un certain sens, en une créance de dividendes – sont désormais à l'abri de toute action en répétition, alors même que les exercices ultérieurs, ou que la liquidation définitive du capital se solderait en perte. Le principe de l'annualité des distributions de dividendes impose cette solution : les dividendes sont des revenus, des fruits civils¹, destinés à être consommés.

Mais il n'en est pas de même lorsque les dividendes ne correspondent pas à des bénéfices réels, c'est-à-dire lorsqu'il y a des dividendes fictifs. Dans ce cas, les principes généraux du droit autorisent l'exercice d'une action en répétition contre les associés qui ont illégalement touché les dividendes fictifs. Seulement l'article 726 du Code de commerce limite en ce qui concerne les sociétés par actions la portée de cette action qui, ainsi, n'est permise que sous certaines conditions que nous préciserons au cours de ce chapitre consacré à l'étude de la nature juridique de l'action en répétition et de son exercice.

Section 01 : Nature de l'action en répétition

La question de savoir quelle est la nature juridique de l'action en répétition de dividendes fictifs est débattue.

Dans une première opinion, l'action a pour objet la restitution des mises, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation primitive de verser les apports. Elle a ainsi sa base dans les dispositions des articles 567² et 596 du Code de commerce.

¹ Cf, Ripert et Roblot, t.1, op.cit, n° 813.

² Voir supra, p .93.

D'après une seconde opinion, l'action est considérée comme une variété de *condictio indebiti* ayant sa base dans l'article 143 du Code civil.

Pour être exactement fixé sur la nature de l'action il faut donc examiner ces deux thèses.

Sous section I : Action en comblement d'apport

En vertu d'un principe général commun à toutes les sociétés commerciales, les gérants ou administrateurs ne peuvent restituer aux associés tout ou partie de leurs mises. Cette restitution laisserait intacte l'obligation des associés et, par suite, la société aurait le droit d'agir contre eux pour les contraindre à verser à nouveau les sommes qui leur auraient été ainsi restituées.

Ce principe doit, selon certains auteurs¹, conduire à accorder à tous les intéressés une action en répétition des dividendes fictifs ou des sommes distribuées aux actionnaires à titre de dividendes mais ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis à la société. Les dividendes fictifs, dit-on, sont des sommes prélevées sur le capital formé des apports sociaux. En distribuant ce capital aux sociétés, on leur restitue leurs mises jusqu'à concurrence des sommes ainsi distribuées. L'associé qui a repris sa mise est ainsi au point de vue juridique, dans la même situation que s'il ne l'avait pas versée. En opérant la distribution de dividendes fictifs, les administrateurs ou gérants ont donc creusé dans le patrimoine social un vide qui doit être comblé.

C'est pourquoi l'action en répétition est souvent désignée sous le nom d'action en recombement : elle est une action en reconstitution du capital et, elle a, par conséquent, pour résultat d'assurer à la caisse sociale l'intégralité des mises².

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.208.

² Cf, A. Touffait, op.cit, p.247.

Elle est, dès lors, fondée sur les articles 567¹ et 596 du Code de commerce.

Il nous paraît cependant plus juridique d'envisager l'action en répétition non comme une véritable action en versement d'apport mais comme une action en répétition de l'indu.

Sans doute, suivant les principes généraux du droit, par le fait qu'un associé a touché des bénéfices injustifiés par les résultats d'un inventaire régulier, naît pour cet associé une obligation de les restituer. Mais cette obligation n'a rien de commun avec l'obligation primitive d'effectuer son apport. Il s'est complètement libéré de cette dernière en opérant ses versements. L'action en restitution en est très différente, puisqu'elle n'a pas pour objet la création d'une société qui doit se livrer à des opérations commerciales. C'est surtout sur cette idée que se fonde à titre principal la seconde théorie concernant la nature juridique de l'action en répétition.

D'ailleurs, comme nous avons montré, tout dividende fictif n'est pas nécessairement pris sur le capital social si bien que toute distribution illégale ne doit pas être considérée comme une restitution irrégulière, c'est-à-dire sans observation de formalités prévues pour une réduction du capital, des apports faits par les associés à la société.

Sous section II : Action en répétition de l'indu

Malgré une certaine obscurité que le Code civil a jeté sur le fondement de l'action en répétition de l'indu en présentant celle-ci tantôt comme une application de la théorie de la cause dans la mesure où si la dette, cause du paiement, n'existe pas, le paiement est nul (art. 162), tantôt comme la conséquence d'une obligation quasi-contractuelle résultant d'une certaine présomption de volonté que celui qui reçoit un soi-disant paiement entend s'engager à restituer la chose payée s'il se trouvait en définitive qu'elle ne fût

¹ Voir supra, p .93.

pas due (art. 143), il semble bien que la répétition des dividendes irrégulièrement distribués aux associés participe de la nature de cette action¹. Elle réunit en effet, toutes les conditions d'existence d'une action en répétition de l'indu².

On sait que trois conditions doivent se trouver réunies pour que l'accipiens soit tenu de restituer ce qu'il a reçu. Il faut :

- 1° qu'il y ait eu lieu un paiement ;
- 2° que ce paiement ait été effectué en l'absence de dette ;
- 3° que celui qui a payé (solvens) ait agi par erreur.

Or, il se trouve que ces trois conditions sont réalisées dans le cas du paiement d'un dividende aux associés.

Et tout d'abord, la répétition exige qu'il y ait eu un paiement, c'est-à-dire en notre matière remise par la société à l'associé, d'accord pour l'accepter, d'une somme d'argent à titre de dividendes. Il faut, bien entendu, assimiler au paiement les autres modes d'extinction des obligations. Il n'y a pas de raison, en effet pour distinguer tant ici qu'ailleurs entre les modes d'extinction des obligations. Les obligations s'éteignent par le paiement, par la novation, par la remise volontaire, par la compensation, etc est donc applicable en matière de dividendes fictifs et, par conséquent, la compensation du dividende mis en distribution avec une dette des associés envers la société répond aussi bien que tout autre moyen légal de paiement à la première condition de la répétition de l'indu.

D'autre part, il faut qu'il s'agisse d'un paiement de l'indu, c'est-à-dire que la dette n'existe pas ou n'existe pas encore, ce qui est justement le cas du

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.209.

² Art. 144 du Code civil.

paiement d'un dividende qui correspond à un bénéfice inexistant, non réellement acquis à la société au jour où celle-ci le met en distribution.

Enfin, même si l'on exige avec la plupart des auteurs, qui admettent qu'il faut sous-entendre la condition d'erreur dans les textes qui, contrairement à l'article 146, prévoyant le cas où la dette est payée par un autre que le véritable débiteur, ne parlent point de l'erreur¹, il ne fait pas de doute que les administrateurs ou gérants ont trompé au moyen d'un bilan truqué la confiance de l'assemblée générale des actionnaires et, par conséquent, la société, en distribuant des dividendes, a cru mettre en distribution des bénéfices réels alors que ceux-ci faisaient défaut. D'ailleurs, dans la répétition de dividendes fictifs il y a un fait autre que le paiement, à savoir la défaillance d'une condition qui rend le rétablissement des choses dans l'état où elles se trouvaient avant le paiement.

En effet, la société est constituée en vue de partager, entre ses membres, les bénéfices qui pourront résulter de l'exploitation sociale. Le paiement d'un dividende est, par conséquent, subordonné en principe, par la loi elle-même, à la condition de la réalisation de bénéfices au cours de l'exercice au titre duquel le dividende est distribué. La société n'aura donc pas besoin de faire la preuve qu'elle a payé par erreur le dividende et pourra le répéter même si l'assemblée générale était en connaissance de cause.

Il résulte de cette analyse que l'action en répétition des dividendes fictifs participe de la nature juridique de l'action en répétition de l'indu, action fondée sur l'équité autant que sur les principes généraux des obligations. Si, donc, nous nous trouvons en présence de dividendes réels, il n'y a pas d'action en répétition. Mais si le gérant ou le conseil d'administration a procédé à une distribution, bien que l'exercice ne se solde pas par des bénéfices, tous ceux qui

¹ Cf, Y. Loussouarn, La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu, Rev. Trim. Dr. civ. 1949, p.212 ; Ph. Delbecque, Droit des obligations – contrat et quasi-contrat, Paris, Litec, 2000, p.220 ; F. Barrue, L'erreur du solvens dans la répétition de l'indu, Paris, édité par l'auteur, 1995.

en ont éprouvé un dommage auront la ressource des articles 162 et 144 et ils répèteront l'indu.

La Cour de cassation Française s'est prononcée dans le même sens :

C'est ainsi que la Chambre des requêtes dans son arrêt du 3 mars 1863, rendu dans une affaire de distribution de dividendes fictifs, a déclaré « qu'en effet, aux termes de l'article 1376 du Code civil, celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû est tenu de le restituer »¹.

Mais c'est surtout la Chambre civile de la Cour de cassation qui dans son arrêt du 8 mai 1867 s'est prononcée en des termes particulièrement nets sur la question de la nature juridique de l'action en répétition des dividendes fictifs. L'arrêt est ainsi rédigé :

« Attendu que, si, de l'indue perception de ces dividendes, nait pour le commanditaire l'engagement de les restituer, cet engagement n'a rien de commun avec l'obligation primitive de même commanditaire, laquelle a été définitivement éteinte par le versement de sa mise ; que ce nouvel engagement, à la différence du premier, n'a pas eu lieu en vue de créer une société commerciale, de fonder son crédit et de prendre part aux bénéfices qu'elle pourra donner ; qu'il résulte uniquement d'un fait involontaire d'indue réception de paiement »².

Il résulte clairement de cet arrêt que l'obligation de restituer les dividendes fictifs a sa source dans un fait purement accidentel et non dans la volonté de fonder une société commerciale. La distribution de dividendes fictifs donne ainsi naissance à une nouvelle obligation qui a sa cause dans un paiement indu. Recevoir donc un dividende fictif, c'est recevoir l'indu.

¹ Cass. réq., 3 mars 1863, D.P. 1863.1.125, S. 1963.1.137.

² Cass. civ., 8 mai 1867, S. 1867.1.253, D.P. 1867.1.102.

Section 02 : Conditions légales de répétition

L'action en répétition de dividendes fictifs est soumise à des conditions différentes selon qu'il s'agit d'une société par actions, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société de personnes. La raison en est que, pour les deux premières existent des textes spéciaux, alors que, pour la dernière il faut se contenter du droit commun.

Il convient donc d'examiner successivement en ce qui concerne la possibilité de la répétition des dividendes indûment distribués aux associés, le régime des sociétés par actions (sociétés anonymes et sociétés en commandité par actions), celui des sociétés de personnes (sociétés en nom collectif et sociétés en commandite simple), enfin le régime des sociétés à responsabilité limitée.

Sous section I : Régime des sociétés par actions

Lorsqu'il est démontré que les dividendes distribués aux actionnaires étaient fictifs, le droit à répétition n'est pas acquis pour cela. La loi Française de 1867 l'a restreint en ce qui concerne les sociétés par actions dans des limites assez étroites¹.

Avant cette loi, aucune disposition légale n'avait résolu formellement la question de la répétition de dividendes fictifs. Ni la loi du 17 juillet 1856 (art. 10 et 13) sur les sociétés en commandite par actions, ni celle du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée (art. 27 et 31), n'avaient pas, en effet, parlé de l'action en restitution. Ces deux lois prévoyaient simplement la possibilité de distribution aux actionnaires de bénéfices non réellement acquis à la société, et, en comprenant le danger, elles s'efforçaient de les prévenir, en édictant des responsabilités et des sanctions. Mais imitant en cela le Code de commerce, elles avaient complètement négligé de parler des droits des actionnaires lésés par de

¹ Cf, A. Touffait, op.cit, p.248.

semblables distributions. Aussi de nombreux procès s'étaient-ils élevés sur le point de savoir si les dividendes fictifs étaient dans tous les cas soumis à la répétition.

Sur ce point, la jurisprudence était divisée.

Dans une première opinion, qui était la plus généralement admise, l'action en répétition de dividendes fictifs pourrait être exercée contre tous les actionnaires sans distinction entre ceux qui étaient de mauvaise foi et ceux de bonne foi¹.

Dans une seconde tendance, certains arrêts, peu nombreux, avaient pris en considération la bonne foi des actionnaires. Ils faisaient valoir notamment que si la loi de 1856 ne s'était pas expliquée spécialement sur cette question, elle avait créé des responsabilités, et que par là elle semblait mettre les actionnaires à l'abri des restitutions dès l'instant qu'un inventaire avait été dressé, déclaré régulier par les organes de contrôle et approuvé par l'assemblée générale des actionnaires².

D'autres considérations moins juridiques étaient ajoutées pour étayer cette opinion. On invoquait, comme argument, le souci qu'on devait avoir de l'expansion et du développement des sociétés, les difficultés d'exercer une multitude d'actions en répétition contre un grand nombre d'actionnaires, etc.

Ces considérations ont eu une influence lors de la rédaction de la loi du 24 juillet 1867. De là l'article 10, alinéa 3, aux termes duquel aucune restitution de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. Cette disposition écrite pour les sociétés en

¹ Cass. réq., 3 mars 1863, D.P. 1863.1.125, cité dans A. Touffait, op.cit, p.248.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.212.

commandite par actions est également applicable en vertu de l'article 45, dernier alinéa, de la même loi aux sociétés anonymes¹.

A) Distribution en l'absence de tout inventaire ou en dehors de ses résultats :

L'article 10, alinéa 3, de la loi de 1867, auquel renvoie l'article 45, prévoit deux hypothèses qui donnent lieu à répétition. Ce sont :

- 1° le cas où une distribution de dividendes serait faite en l'absence de tout inventaire ;
- 2° le cas où la distribution aurait eu lieu en dehors des résultats constatés par l'inventaire.

La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, complétée par la loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981, a repris ces dispositions, dans son article 350, devenu l'article L. 232-17 du code de commerce². La répétition n'est possible que s'il y a eu répartition au mépris des articles L. 232-11, L. 232-12 et L.232-15 du code de commerce, et si les bénéficiaires ont eu connaissance du caractère irrégulier de la répartition³.

Dans ces deux cas, l'actionnaire est en faute et doit inévitablement le rapport des dividendes indûment distribués car il est sous le coup d'une présomption légale de mauvaise foi. On peut, en effet, difficilement concevoir de bonne foi l'actionnaire qui ne se serait pas assuré de la confection de l'inventaire ou qui n'aurait pas vérifié si le dividende versé, correspondait au chiffre fixé dans l'inventaire.

Il faut cependant remarquer à cet égard que l'actionnaire des sociétés importantes est en fait incapable de déchiffrer un bilan.

¹ Cf, A. Touffait, op.cit, p.248.

² Cf, Mémento pratique droit des affaires, sociétés commerciales, op.cit, n° 25235, p.1301 : « aucune répétition de dividendes ne peut être exigée des associés ou actionnaires sauf dans les cas suivants – distribution d'un dividende (ou d'un acompte sur dividende) fictif. –distribution résultant de clauses d'intérêts fixes illégales ».

³ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, n° 2016, p.861.

En effet, si l'on regarde les choses de plus près, on s'aperçoit qu'il y a sous la forme de la société par actions deux types bien différents de groupements :

D'autre part, des sociétés de petites dimensions qui sont en fait des sociétés de personnes plus que des sociétés de capitaux, et dans lesquelles tous les actionnaires s'intéressent à la marche de l'affaire, peuvent vérifier s'il y a un inventaire ou si le dividende versé correspond au chiffre fixé dans l'inventaire.

De l'autre, les grandes sociétés anonymes, dont les actions sont cotées en Bourses, où les actionnaires ne sont que des apporteurs de capitaux¹. Dans ces sociétés, celui qui souscrit à des actions ou en achète une à la Bourse peut difficilement croire qu'il fait figure d'associé au sens réel du terme. Souvent, il ne connaît même pas la nature et le siège de la société, et, en choisissant au hasard les titres que lui désigne son agent de change ou son banquier, se soucie peu du nombre et de la qualité des autres actionnaires ou des organes de la société.

En tout cas, dans les premières, l'action des administrateurs est suivie de près par les actionnaires qui peuvent ainsi à la fois contrôler la société et se renseigner si la distribution de dividendes était faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors de ses résultats. Dans les secondes, on imagine mal que les banquiers généralement interposés, ne suivent pas de près la marche des affaires sociales, puisque les banques sont les intermédiaires qui lancent un appel au public pour réunir les capitaux nécessaires.

Les administrateurs ou gérants n'auront pas l'imprudence de procéder à une distribution de dividendes sans avoir préalablement établi un inventaire et obtenu un vote favorable de l'assemblée générale. Ils hésiteront également à distribuer un dividende, alors que l'inventaire accuse un déficit. Si les dirigeants de sociétés veulent distribuer des dividendes fictifs, ils auront recours à un

¹ Cf. G. Ripert, Aspect juridique du capitalisme moderne, 2^e éd, LGDJ, Paris, 1958, n^{os} 38 et s.

inventaire frauduleux, en majorant pour cela les éléments composant l'actif et en diminuant le montant du passif. L'inventaire est ainsi régulier en apparence, il accuse un excédent d'actif sur le passif et le dividende distribué se trouve conforme aux résultats de l'inventaire.

La loi a ainsi créé une présomption de bonne foi en faveur des actionnaires, bénéficiaires de la distribution de dividendes fictifs, du moment qu'il y a eu inventaire et que la distribution a été effectuée conformément à ses résultats¹.

Quelle est la portée de cette présomption de bonne foi créée par le législateur en faveur des actionnaires ?

Il a été soutenu que la présomption de bonne foi qui protège l'actionnaire lorsqu'il touche des dividendes fictifs conformément aux résultats de l'inventaire est une présomption légale et exclusive de la preuve contraire. Tout se passerait donc, dans cette opinion, comme si la loi avait créé en faveur de tous les actionnaires, c'est-à-dire même de ceux qui auraient connu l'inexactitude du bilan et la fictivité du dividende distribué. La Cour de Paris a fait application de cette doctrine en 1888, dans l'affaire de la société « La Clémentine ». La Cour s'exprime sur ce point en ces termes :

« Considérant que l'inexactitude d'un bilan et le caractère fictif du dividende à la distribution duquel ce bilan inexact a servi de base ne suffisent pas (quand bien même ils seraient établis) pour entraîner de plano, et, en toutes occasions, la nullité de la résolution qui a ordonné cette distribution de dividendes ; - Que les articles 10 et 45 de la loi du 24 juillet 1867 disposent qu'aucune répétition de dividende ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire, ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire ; Que ni l'une ni

¹ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, n° 2016, p.861.

l'autre de ces hypothèses limitativement prévues ne se présente dans l'espèce ; - considérant que l'article 10 de la loi susvisée est absolu ; qu'il ne fait aucune distinction entre les diverses catégories d'actionnaires ; que Maillet et Lemarchand ne sauraient, sous le seul prétexte qu'ils sont fondateurs, et que l'un d'eux a été administrateur, subir, au point de vue de leurs actions, un sort différent de celui qui est fait au reste des actionnaires »¹.

Mais cette solution, conforme à la lettre de l'article 10 est à juste titre, repoussée par la généralité des auteurs².

En effet, il semble impossible d'admettre que le législateur ait voulu protéger des actionnaires de mauvaise foi, des administrateurs coupables de fraude et des associés qui s'en sont rendus complices par un vote répréhensible. Non seulement il est de principe que la fraude fait exception à toutes les règles, mais encore la disposition du troisième alinéa de l'article 10 suppose que les actionnaires étaient de bonne foi. Sans doute, cette disposition suppose que la bonne foi existe par cela seul qu'il y a un inventaire et que la distribution des dividendes est en conformité avec ses résultats. Mais s'il est établi que les actionnaires connaissaient la véritable situation de la société et avaient conscience des inexactitudes de l'inventaire et de la fictivité du dividende qui leur était distribué, ils devront être passibles de l'action en rapport.

Le meilleur argument à l'appui de cette interprétation de l'article 10, alinéa 3, sont les paroles du rapporteur, Mathieu, à la séance du 3 mai 1867 :

« Là où un inventaire a été dressé, vérifié, où la proposition de distribution d'un dividende a été précédée et accompagnée de toutes les garanties extérieures que la loi a organisées, l'actionnaire est autorisé à croire que le dividende est légitimement acquis ; sa bonne foi est présumée, il ne doit pas être exposé à un

¹ Paris, 20 janv. 1888, Rev. soc. 1888, p.355, D.P. 1889.2.265.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.215.

rapport, à moins qu'on établisse entre lui, le gérant et le conseil de surveillance une complicité véritable pour tromper les tiers sur la véritable situation de la société »¹.

Ainsi, lorsque les dividendes ont été distribués en l'absence d'inventaire ou contrairement aux résultats des inventaires, les actionnaires en doivent la restitution sans pouvoir l'éviter en prouvant leur bonne foi. Mais en dehors de ces deux cas, les actionnaires ne sont obligés à restituer que si les intéressés démontrent que les dividendes ont été perçus de mauvaise foi. La présomption de bonne foi, qui couvre les actionnaires lorsque les dividendes ont été distribués conformément aux résultats des inventaires, est donc une présomption *juris tantum*, contre laquelle la preuve contraire est admise.

Le législateur Algérien a lui aussi exigé des conditions pour mettre en œuvre l'action en répétition, en matière de société anonyme par l'article 726 du Code de commerce qui interdit la restitution des dividendes de chez les actionnaires ou les porteurs de parts, sauf s'il est préalablement établi une violation des dispositions des articles 724 et 725, c'est-à-dire dans le cas où les modalités de paiement des dividendes ne sont pas votées par l'assemblée générale, ou à défaut par le conseil d'administration, ou les gérants. Aussi dans le cas où il a été stipulé un intérêt fixe ou intercalaire au profit des associés. En outre, les associés qui ont reçu les sommes sont présumés de bonne foi.

On se demande alors, pourquoi le législateur Algérien n'a guère fait mention dans l'article 726 aux violations des règles concernant l'existence de sommes distribuables, l'approbation des comptes et la constatation de l'existence de sommes distribuables par l'assemblée (Art. 723 du C.Com).

¹ Cf, C. Voutsis, *op.cit*, p.216.

B) La fictivité du dividende :

La règle posée par la loi, concernant l'action en répétition, ne s'applique qu'aux dividendes fictifs, c'est-à-dire ceux qui, en l'absence de tout bénéfice, sont prélevés sur le capital social ou sur les autres éléments patrimoniaux de la société sans l'autorisation expresse de l'organe compétent. Par conséquent, l'action ne sera fondée et ne pourra être accueillie que s'il est prouvé et acquis qu'au jour de la distribution il n'avait été réalisé aucun bénéfice distribuable. Si au contraire les écritures sociales qui sont l'inventaire et le bilan établissent qu'à ce moment il existait des bénéfices suffisants pour couvrir la distribution, c'est-à-dire la distribution sans inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire ne saurait prévaloir sur le fond, ni faire qu'on ne pût disposer des bénéfices réellement acquis à la société.

Rappelons qu'il y a dividende fictif lorsqu'il ne résulte pas d'inventaire ou de bilan un excédent d'actif sur le passif, ce qui se produit surtout lorsque l'actif et le passif n'ont pas été établis régulièrement et d'après les règles que nous avons précédemment exposées.

Ainsi, relativement à l'actif, on a exagéré l'estimation des valeurs, ou on y a fait figurer des créances irrécouvrables, conditionnelles ou litigieuses. On a pu encore y comprendre des bénéfices incertains et non encore réalisés.

Le caractère frauduleux de l'inventaire ou du bilan, d'où résulte la fictivité du dividende, peut à l'inverse résulter de procédés qui minorent les éléments du passif : omission volontaire de certaines pertes, de certaines dettes ou de certaines charges sociales, des amortissements et provisions etc...

C) Époque de la répétition :

La restitution de dividendes fictifs, dans le cas où elle peut être exigée, doit avoir lieu immédiatement. Les actionnaires ne seraient pas par conséquent

fondés à demander qu'il fût sursis à la restitution jusqu'à la liquidation de la société. Pour admettre cette possibilité il faudrait en revenir à cette doctrine qu'il ne peut exister de bénéfice ou de perte certaine qu'à la dissolution de la société et à sa liquidation. Mais cette doctrine, condamnée dès 1810 par la Cour de cassation est aujourd'hui unanimement combattue par la doctrine et la jurisprudence. L'inventaire ou le bilan, grâce auquel les actionnaires ont pu prouver la réalité des dividendes et qui leur a permis de les conserver, se retourne donc contre eux pour servir de base à l'action en restitution.

Ceci dit, comme en matière pénale, pour déterminer le moment de la consommation du délit, trois dates peuvent être envisagées¹ :

- 1° la date de la délibération de l'assemblée générale ;
- 2° la date de la mise en distribution effective par décision du conseil d'administration ou la gérance ;
- 3° la date de la perception individuelle par chaque actionnaire.

Mais, nous avons vu que la Cour de cassation considère, tant pour l'appréciation de la date de la consommation du délit que comme pour celle du point de départ de la prescription de l'action pénale, que le dividende est acquis le jour où le gérant ou les administrateurs ont décidé de le mettre à la disposition effective des actionnaires. C'est donc à partir de cette date que l'action en répétition sera ouverte contre les actionnaires qui ont illégalement touché des dividendes fictifs.

Sous section II : Régime des sociétés de personnes

Aucun texte spécial ne régissant la répétition de dividendes fictifs que se soit par la loi Algérienne ou par la loi Française dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite simple, pourtant en France des

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.217.

discussions se sont élevées sur le point de savoir si les associés de bonne foi sont à l'abri d'une action en répétition. En d'autres termes, si la solution consacrée par l'article 10, alinéa 3, de la loi de 1867 dans le domaine des sociétés par actions peut être étendue par voie d'analogie aux sociétés de personnes.

Au premier abord, cette question semble ne pas présenter un intérêt puisque tous les associés, sauf bien entendu les commanditaires, sont solidairement tenus du paiement du passif social. Mais cet argument ne vaut pas au regard de la société ni des co-associés. Même en ce qui concerne les créanciers sociaux, l'action en répétition présente un intérêt certain lorsqu'elle est dirigée contre des personnes qui n'ont plus la qualité d'associés et, de ce fait, ne sont pas tenues du paiement du passif contracté postérieurement à leur retraite.

Certains auteurs estiment que les dispositions de la loi de 1867 relatives à la répétition de dividendes fictifs ne sont qu'une application de la règle de l'article 549 du Code civil. Ainsi, admettent-ils la même solution pour les sociétés par intérêts que pour les sociétés de capitaux : les associés qui perçoivent des dividendes de mauvaise foi sont tenus de les restituer (art. 1378 C. civ. Français et Art. 147, al. 2 du C. civ Algérien) mais ceux qui ont été de bonne foi échappent à la répétition, grâce à l'article 549 du Code civil Français et les articles 837 et 838 du code civil Algérien d'après lequel le possesseur de bonne foi gagne les fruits.

À cet égard, MM. Lyon-Caen et Renault en repoussant le système contraire écrivent :

« Les principes généraux du droit paraîtraient, au contraire, devoir exiger que les commanditaires de bonne foi ne soient pas tenus de restituer les dividendes fictifs. Ces dividendes sont sans doute, pour la société, une partie de son capital, mais, pour les commanditaires qui les reçoivent, ce sont des revenus, des fruits civils. Les commanditaires sont de véritables possesseurs de bonne foi,

pouvant comme tels invoquer les articles 549 et 550 du Code civil. En les obligeant à restituer des sommes qu'ils ont cru constituer de véritables dividendes et qu'ils ont pu employer à leurs besoins, on peut causer leur ruine ».

Mais cette solution est rejetée, à juste titre, par la jurisprudence et la majorité des auteurs.

Sans doute, il n'est pas contestable que l'associé fasse siens les fruits qu'il a perçus de bonne foi. Mais l'associé qui de bonne foi a perçu un dividende fictif, a reçu, comme nous avons vu, un paiement indu. Par conséquent, à défaut de texte spécial, tout intéressé dispose contre lui de l'action en répétition de l'indu. La bonne foi est donc inopérante, car le dividende fictif n'est pas un fruit¹.

Ainsi, l'article 10 de la loi de 1867 qui, par dérogation au droit commun, décide en faveur des actionnaires, qu'aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre eux, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence d'inventaire ou en dehors des résultats constatés par cet inventaire, ne régit que les seules sociétés par actions.

La Cour de cassation dans son arrêt du 1^{er} juillet 1867 s'est prononcée sur ce point en ces termes :

« Attendu que l'article 10 de la loi du 24 juillet 1867 n'est pas applicable aux sociétés en commandite simple ; -Que, relativement à ces dernières, il ne peut y avoir de dividendes définitivement acquis qu'autant qu'il existe réellement des bénéfices ; -Que, lorsque ces bénéfices n'existent pas, les dividendes indiqués aux inventaires et portés au compte des commanditaires ne

¹ Cf, Ripert et Roblot, t.1, op.cit, n° 1483.

peuvent être réclamés par eux ; qu'ils doivent être restitués s'ils ont été encaissés »¹.

Assurément, ces solutions sont très rigoureuses, surtout pour les commanditaires de bonne foi. Cependant, on comprend que la loi se montre plus sévère pour eux que par les commanditaires parce qu'ils peuvent, en exigeant la communication des livres tenus par les gérants, être plus au courant de la gestion de la société et exercer personnellement un contrôle sérieux sur les inventaires et bilans, moyen qui fait défaut aux actionnaires.

Sous section III : Régime des sociétés à responsabilité limitée

L'article 35, alinéa 1^{er}, de la loi Française du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée ouvre contre les associés qui les ont reçus une action en répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis.

Ainsi, le principe de la répétition de dividendes fictifs s'écarte dans les sociétés à responsabilité limitée du système institué dans les sociétés par actions par la loi de 1867, pour revenir au droit commun qui régit les sociétés de personnes.

Le législateur de 1925 appuie cette solution sur le fait que, dans une société à responsabilité limitée, les associés sont en petit nombre, directement intéressés à la marche des affaires et inexcusables s'ils l'ont ignorée au point de ne pas connaître l'inexactitude du bilan et la fictivité du dividende qui leur était attribué. Peu importe donc la bonne foi des associés qui ont perçu le dividende fictif, peu importe l'ignorance où ils étaient de l'influence des comptes qui leur ont été présentés. Le législateur présume qu'il leur était possible de se

¹ Cass. civ., 1 juillet 1896, D.P. 1898.1.335, S. 1896.1.452, Journ. soc. 1896, p.402 ; cité dans C. Voutsis, op.cit, p.219.

renseigner sur les conditions de l'établissement des comptes et déceler la fraude ou la faute commise par le gérant¹.

Le législateur Français dans le nouveau code de commerce a reconduit les principes de la loi de 1925, en outre il ne prévoit pas la présomption de bonne foi pour les associés d'une société à responsabilité limitée, il semble que ceux-ci soient toujours tenus de restituer les sommes qu'ils n'auraient pas dû percevoir² (Art. L. 223-40, al. 1).

Le législateur Algérien a repris les mêmes dispositions de la loi Française dans l'article 588 du code de commerce qui annonce que :

« La répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis, peut être exigée des associés qui les ont reçus.

L'action en répétition se prescrit par le délai de trois ans à compter de la mise en distribution des dividendes ».

Section 03 : L'exercice de l'action en répétition

Nous avons étudié la nature juridique de la répétition et les conditions dans lesquelles l'action en restitution peut être exercée contre les associés ou actionnaires qui ont illégalement touché des dividendes fictifs. Il nous reste maintenant d'examiner certaines questions relatives au droit d'exercice de l'action et aux effets de la condamnation à restitution.

Sous section I : Droit d'exercer de l'action

Par qui, contre qui, devant quel tribunal peut être exercée l'action en répétition de dividendes fictifs et quelle est sa durée ?

Telles sont les questions que nous allons successivement nous poser.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.220.

² CA Aix-en-Provence, 2 avr. 1992, Dr. sociétés 1992, n° 229, obs. Chaput Y., cité dans Lamy droit pénal des affaires, op.cit, n° 2017, p.802.

A) Personnes qui peuvent agir :

Lorsque l'action en restitution des dividendes indûment reçus par les actionnaires ou associés est ouverte conformément aux règles que nous avons précédemment établies, elle peut être exercée, soit lorsque la société est encore existante et dans le plein exercice de ses droits, soit lorsque la société est tombée en faillite ou dissoute. Elle sera donc intentée suivant les circonstances par le gérant ou le conseil d'administration, le liquidateur, le syndic, les créanciers sociaux et les associés.

Le gérant et les administrateurs sont les organes tout désignés pour agir au nom de l'intérêt social, si la société est in bonis¹. En cas d'inaction du gérant ou des administrateurs, la société pourra agir par l'organe d'un mandataire auquel il serait uniquement dévolu le pouvoir de représenter la société en une ou plusieurs instances déterminées (ad litem).

Si la société est dissoute, le liquidateur a la qualité pour exercer l'action en répétition². La persistance de la personnalité pendant cette période l'oblige, en effet, à servir l'intérêt social comme si la société était toujours en plein exercice. Il examinera ainsi les versements qui restent encore dus sur les apports et devra faire restituer les sommes illégalement prélevées sur le patrimoine social.

En cas d'inaction des représentants légaux de la société, l'action en répétition des dividendes fictifs peut être exercée directement par les créanciers sociaux. Elle peut être exercée même par un créancier qui a fait partie du conseil de surveillance ou qui a assisté à l'assemblée qui a voté le dividende fictif. Elle peut l'être encore par l'ancien gérant qui, au moment, où il était en fonctions, avait payé avec ses fonds une dette sociale et s'est trouvé ainsi subrogé aux droits des créanciers³.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.221.

² Bourges, 21 août 1871, D.P. 1873.2.34, S. 1871.2.257, cité dans C. Voutsis, Idem, p.221.

³ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.221.

Si la société est tombée en faillite, toutes les actions des créanciers appartiennent au syndic.

Mais l'action n'appartient pas seulement à la société et aux créanciers sociaux ; elle appartient aussi aux associés, notamment aux associés nouveaux qui sont venus s'adjoindre à la société après la distribution des dividendes fictifs. Les associés peuvent exercer l'action même pendant l'existence de la société pour faire rentrer dans la caisse sociale les sommes qui n'en auraient pas dû sortir¹.

B) Personnes tenues à la restitution :

L'action en répétition ne saurait être intentée contre une autre personne que celle qui a reçu le dividende illégalement distribué. Par conséquent, si des actions ont changé de propriétaire entre la distribution de dividendes fictifs et l'exercice de l'action en restitution, ce n'est pas contre le nouveau propriétaire du titre, mais bien contre l'ancien actionnaire qui a profité de la distribution, que l'action doit être intentée. L'action est, en effet, comme nous avons vu, une action personnelle, une *condictio indebiti*, qui ne peut atteindre le tiers cessionnaire qui a payé de bonne foi le prix du titre qui lui a été cédé.

L'action est exercée contre celui qui a perçu le dividende fictif, même s'il a agi pour le compte d'autrui et n'aurait pas, par conséquent, conservé le bénéfice de cette perception.

En cas de décès de l'associé, c'est à ses héritiers et représentants qu'il appartiendra d'effectuer le rapport des dividendes irrégulièrement distribués².

L'action en répétition pourra s'exercer facilement, si les titres sont nominatifs car, dans ce cas, on a la trace de transmissions successives de titres et on sait dans quelles mains ils se trouvaient au moment de la distribution.

¹ Cf, M-P. Lucas de Leyssac et A. Mihman, op.cit, p.418.

² Cf, C. Voutsis, op.cit, p.222.

Mais si les titres sont au porteur, il sera peut-être difficile, en fait, de découvrir l'actionnaire qui a profité de la distribution. Pourtant cette recherche est facilitée par l'usage en vigueur dans les sociétés, de faire délivrer par la personne qui touche le dividende, une quittance, portant sa signature et son adresse.

L'action peut être dirigée contre les commissaires aux comptes, qui n'auraient pas été vigilants et n'auraient pas révélé cette infraction dans leur rapport à l'assemblée générale¹.

C) Compétence :

L'action en restitution des dividendes indûment reçus par les actionnaires ou associés est-elle civile ou commerciale ? Quel sera, en d'autres termes, le tribunal compétent pour en connaître ?

Les auteurs et la jurisprudence en France sont divisés sur ce point.

Dans une première opinion, l'action en répétition n'est autre chose qu'une action en répétition de l'indu et, comme telle, de la compétence des tribunaux civils².

Dans une seconde opinion, on voit surtout dans l'action en répétition une action en versement d'apport. Par conséquent, puisque l'obligation de verser le montant des souscripteurs est généralement regardée, quoique la question soit controversée, comme étant une dette commerciale, le tribunal commercial est seul compétent³.

La Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêté du 8 mai 1867, a dénié à l'action en répétition le caractère d'action commerciale. Mais la Chambre des requêtes s'était prononcé en sens contraire le 3 mars 1863, et la

¹ Cf, D. Velardocchio, Rép. Sociétés, Dalloz [Dividendes] n^{os} 118 et 140, août 1996.

² Cass. civ., 8 mai 1867, D.P. 1867.1.193, S. 1867.1.253.

³ Cf, A. Touffait, op.cit, p.249.

compétence du tribunal commercial en cette matière est admise par les Cours d'appel.

Cette dernière solution paraît plus exacte, en effet, pour juger les difficultés que soulève une demande en répétition des dividendes fictifs, il faut examiner les statuts sociaux et apprécier la sincérité et l'exactitude du bilan. Ce sont là des questions qui ne peuvent être tranchées que par la juridiction commerciale.

D'ailleurs, les actionnaires en remboursant en leur qualité d'associés les dividendes indûment touchés, ne font qu'un acte de commerce. Par application des articles 3 et 4 du Code de commerce, la section commerciale sera seule compétente pour connaître de l'action en restitution des dividendes fictifs.

D) Prescription :

D'après l'article 10, alinéa 4 de la loi de 1867, l'action en répétition, dans le cas où elle est ouverte, se prescrit par cinq ans.

Cette prescription quinquennale courte, d'après le texte, à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes. Chaque actionnaire acquiert, en effet, dans certaines conditions précédemment indiquées, à partir de ce jour, un droit privatif sur les dividendes fictifs mis à sa disposition et devient créancier à l'égard de la société. C'est donc la décision du conseil d'administration qui détermine le « jour de la distribution » au sens de l'article 10 de la loi, pour tous les actionnaires alors que ceux-ci ont touché souvent les dividendes à des dates très diverses¹.

La loi prévoit que l'action en répétition des SARL se prescrit par trois ans, certains auteurs s'accordent à admettre que ce délai vaut également pour l'action en répétition des sociétés par actions². Et aussi pour toutes les sociétés³, et cette

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.223.

² Cf, M. P. Lucas de Leyssac et A. Mihman, op.cit, p.419.

³ Cf, Lamy sociétés commerciales, op.cit, n°25236, p.1301.

action serait éteinte aussi, faute d'intérêt, lorsque les administrateurs ou gérants couvrent de leurs deniers la distribution¹.

Mais selon d'autres, en l'absence de dispositions particulières à cet égard, dans les autres formes de sociétés, les règles du droit commun de la prescription sont applicables. Le délai de prescription est donc de cinq ans selon la loi Française².

Le législateur Algérien n'a pas mentionné dans l'article 726 du code de commerce relatif à la répétition des dividendes dans les sociétés par action. En appliquant les règles du droit commun, c'est-à-dire l'article 149 du code civil qui stipule que : « L'action en répétition de l'indu se prescrit par dix ans, à compter du jour où celui qui a payé l'indu a eu connaissance de son droit de répétition et, dans tous les cas, par quinze ans à partir du jour où se droit a pris naissance ».

Dans les sociétés à responsabilité limitée, l'action en répétition de dividendes fictifs est, aux termes de l'article 588 al 2 du code de commerce, prescrite par trois ans à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes.

Ainsi, la rigueur de la loi en ce qui concerne la possibilité d'exercer indistinctement contre tout associé de bonne ou de mauvaise foi l'action en répétition, est trempée par la limitation à trois années de la possibilité d'exercer cette action.

¹ Cf, Lamy droit pénal des affaires, op.cit, n° 2016, p.861.

² Sous le régime antérieur à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, la question se posait de savoir s'il y avait lieu d'appliquer le délai de dix ans prévu par l'article L. 110-4 ou le délai de droit commun de trente ans. Ce débat est désormais obsolète puisque, depuis le 19 juin 2008, date d'entrée en vigueur de la loi 2008-561, le délai est uniformément fixe à cinq ans quelque soit le fondement (droit commun ou droit commercial) de la prescription.

Sous section II : Effets de la condamnation à restitution

Quelles sont les sommes à restituer et quelles sont les conséquences de l'obligation qu'ont les associés et actionnaires de restituer les dividendes illégalement touchés ? Telles sont les questions que nous allons maintenant nous poser.

A) *Restitution des dividendes fictifs :*

Lorsque les tribunaux ont décidé qu'il y avait lieu à restituer des dividendes fictifs, les actionnaires ou associés sont tenus de restituer l'intégralité des sommes illégalement touchées par eux à ce titre. Ce rapport pourrait excéder leur mise sociale sans qu'ils puissent invoquer leur responsabilité limitée. Il ne s'agit là d'obligations sociales, mais d'une dette personnelle de restitution de sommes indûment perçues. L'obligation de restituer les dividendes fictifs n'a pas donc d'autre limite que le montant même de ces dividendes.

Il en résulte que la restitution de ce montant est due, alors même que les statuts sociaux renfermeraient une clause portant que les dividendes et intérêts reçus par les associés leur seront irrévocablement acquis et que le rapport ne pourra jamais être exigés, quelles que soient les pertes ultérieures. Cette clause ne met à l'abri de toute répétition que les intérêts et dividendes provenant de bénéfices et non ceux qui auraient été distribués alors que la société était en perte. Il en est ainsi alors même que les dividendes et intérêts perçus n'ont pas été effectivement reçus et ont été employés par voie de compensation, à de nouvelles souscriptions. Les actionnaires ne peuvent donc éviter la restitution en tout ou en partie, qu'en établissant que les bénéfices distribués existaient réellement à la fin de l'exercice considéré¹.

Toutefois, les dividendes et intérêts ne sont pas restituables lorsque les statuts de la société en autorisent le paiement comme charge sociale. Il en est de

¹ Cass. req., 3 mars 1863, D.P. 1863.1.125, S. 1863.1.137.

même si les gérants ou administrateurs ont de leurs deniers rapporté à la caisse sociale les sommes qu'ils en avaient indûment distraites pour la distribution¹.

C'est au tribunal qu'il appartient, par l'examen des faits, de déterminer le montant de dividendes indûment perçus.

À cet égard, la Cour de cassation Française a décidé que ne viole aucune loi l'arrêt qui limite aux intérêts de la commandite l'importance des sommes que le commanditaire est autorisé à retenir, comme les ayant touchés à bon droit, sur les dividendes reçus avant la faillite de la société, et le condamne au rapport du surplus à lui versé, ni constatation de l'état de la société établissant qu'il y avait bénéfice².

B) Rapport des intérêts :

Les actionnaires ou associés seront condamnés à rapporter, outre les sommes qu'ils ont perçues à titre de dividendes, les intérêts.

Mais à partir de quelle époque les intérêts sont dus ?

Il a été jugé que ces intérêts couraient seulement du jour de la demande en justice, si les actionnaires étaient de bonne foi³.

Mais si l'associé est de mauvaise foi les intérêts courent à partir du jour du paiement.

À cet égard, il n'y a pas, en ce qui concerne l'associé, de différence entre les deux opinions relatives à la nature juridique de la répétition.

En effet, pour ceux qui estiment que l'action en restitution n'est autre chose que la répétition de l'indu, les intérêts seront dus à partir du jour du paiement de l'indu et l'article 1378 du Code civil Français sera applicable.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.225.

² Cass. réq., 25 nov. 1861, S. 1862.1.189, D.P. 1862.1.166.

³ Bourges, 21 Août 1871, D.P. 1873.2.34, S. 1871.2.257, cité dans A. Touffait, op.cit, p.249.

Si l'on regarde l'action en répétition comme une action en versement d'apport, on fera intervenir l'article 1846 du Code civil Français 1^{er} alinéa, en vertu duquel tout associé qui n'a pas versé la somme de son apport devient de plein droit débiteur des intérêts de cette somme à partir du jour où elle aurait dû être payée. L'associé serait donc redevable des intérêts à partir du moment où on lui a restitué son apport, puisque son obligation n'est pas autre chose que l'engagement primitif de verser.

À quel taux les intérêts seront-ils dus ?

Nous avons admis que l'obligation de restituer est une obligation commerciale. Par conséquent, c'est au taux du commerce que les intérêts doivent être calculés.

Toutefois, l'intérêt n'est dû qu'au taux statuaire lorsque les statuts ont fixé un taux inférieur comme devant servir de base aux divers rapports des associés avec la société¹.

En ce qui concerne le droit Algérien, les intérêts ne sont pas mentionnés soit dans le droit commercial ou dans le droit commun.

¹ Cf, C. Voutsis, op.cit, p.226.

CONCLUSION

CONCLUSION

On a soulevé dans ce modeste travail que la distribution de dividendes fictifs constitue un délit pénal caractérisé par une absence d'inventaire ou l'usage d'un inventaire frauduleux, d'une fictivité des dividendes distribués et d'une répartition effective des dividendes et enfin un élément intentionnel (les dividendes ont été distribués sciemment).

On a vu que la jurisprudence assimile à l'usage d'un inventaire frauduleux celui de la présentation d'un bilan frauduleux, ainsi le caractère fictif des bénéfices peut résulter de la présentation d'un bilan inexact : majoration des valeurs actives et minoration des valeurs passives, de manière à faire apparaître un bénéfice qui n'existe pas ou à en grossir artificiellement le montant ; de la distribution de bénéfices alors que les frais de constitution de la société ne sont pas complètement amortis ou les pertes des exercices antérieurs non épongées par les bénéfices de l'exercice ; de la distribution des plus-values de réestimation ou écart de réévaluation, et enfin de la distribution de réserves figurant au passif du bilan dans le cas où l'assemblée générale n'a pas précisé les postes de réserves sur lesquels le prélèvement a été opéré et nous l'avons d'ailleurs bien expliqué en étudiant l'affaire « Léonard ».

Pour ce qui est de l'absence d'inventaire, nous avons montré que c'est un cas rare mais peut se présenter si les associés ont décidé la distribution d'un acompte sur dividendes avant la fin de l'exercice social et avant l'arrêté des comptes, quoique la distribution des acomptes est autorisée moyennant le respect d'un certain nombre de conditions, qui à défaut il peut y avoir constitution du délit étudié.

Ainsi un dividende prélevé sur des sommes non distribuables est un dividende fictif, il ne peut être sur le capital social ou la réserve légale car ils constituent à eux deux une garantie pour les créanciers de la société.

CONCLUSION

Le délit de distribution de dividendes fictifs est une infraction instantanée, elle est constituée lorsque l'élément matériel est réalisé. Les actionnaires ne doivent pas nécessairement avoir perçu les dividendes pour que le délit soit constitué. L'acte de distribution est réalisé lorsque les actionnaires ont acquis « un droit privatif » présentant un caractère « ferme et non précaire », conférant un droit de créance sur la société. La décision ordonnant le paiement du dividende vient de l'assemblée générale directement ou du conseil d'administration qui met en distribution le dividende voté par l'assemblée. Si le conseil d'administration ne donne pas suite à cette décision, le délit n'est pas constitué.

On peut donc conclure que les victimes de la distribution de dividendes fictifs ont reçu de la loi et de la jurisprudence surtout Française toute la protection possible sur le terrain de la responsabilité puisque cette distribution, opérée même de bonne foi, engage la responsabilité civile. Elle engage de plus la responsabilité pénale si elle est effectuée de mauvaise foi, c'est-à-dire en connaissance tant de l'inexactitude du bilan que de la fictivité du dividende, le mobile n'entrant pas ainsi dans la définition de l'élément moral de l'infraction, ce qui peut atténuer l'opposition qui, à se manifester trop souvent, devient inexplicable, entre droit financier et droit commun.

Ce ne sont pas les sanctions légales qui manquent, on trouve des sanctions pénales assez sévères, sans préjudice d'actions civiles en responsabilité et, sous certaines conditions, les actions en répétition qui appartiennent, indépendamment de la forme de la société, aux victimes de la distribution.

La jurisprudence Française comme nous l'avons indiqué est très abondante en la matière, et ceux sont la plupart du temps des décisions anciennes reprises par la bibliographie la plus récente, ce qui nous amène à affirmer que la loi Française a bien encadré ce délit même s'il prend de nos jours des formes nouvelles, il n'en est guère qui échappent à l'application de la loi.

CONCLUSION

On ne peut pas dire cela pour la loi et la jurisprudence Algériennes, car les textes incriminant et sanctionnant ce délit existent bel et bien en effet, et ce sont les poursuites qui n'existent pas, ou du moins tout au long de la préparation de cette thèse, aucune personne des juridictions compétentes en la matière n'a pu m'informer ou m'orienter envers des décisions de justice à l'encontre des responsables de ce délit. On peut justifier cela par le fait que le droit pénal des affaires est récent en Algérie, et l'ancien droit qui règlementait l'économie socialiste, l'infraction économique est commise principalement par les dirigeants, l'entreprise publique est sévèrement sanctionnée par le code pénal sous le chapitre : « autres atteintes au bon fonctionnement de l'économie nationale et des établissements publics », aujourd'hui se développe un droit pénal des affaires applicable aussi bien au secteur public qu'au secteur privé, on assiste à une adaptation des principes du droit commun à ce domaine particulier des affaires. Mais l'Algérie aussi a adopté en 2006 une loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption (loi n°2006-01 du 20/02/2006) par les articles 13 et 14 de cette loi, alors cette diversité de textes peut entraîner une autre qualification juridique autre que celle mentionnée dans le code de commerce. Aussi, le texte de loi dépenalisant les fautes de gestion pour les dirigeants des entreprises publiques économiques dont l'état retient la totalité des capitaux ou à capitaux mixtes, adopté par l'ordonnance n°15-02 du 23 juillet 2015 modifiant et complétant le code de procédures pénales, ce texte peut-il avoir des conséquences en matière du délit étudié dans ce travail ?

Ce qu'il faut tirer de cette étude c'est que la comptabilité est un élément essentiel puisqu'elle intervient pour définir la notion d'inventaire et préciser celle de fictivité du dividende. De plus les connaissances comptables peuvent être retenues pour cerner l'élément intentionnel. Ce sont ces données là qui rendent l'étude de ce délit complexe car tout au long de notre étude, on a constaté à travers notre développement qu'on est en face de trois disciplines qui sont considérées distinctes : celle de droit pénal financier, celle de droit de

CONCLUSION

responsabilité civile et celle de droit comptable. Pour résoudre donc les difficultés juridiques soulevées par cette distribution, il importe avant tout de connaître et d'approfondir les règles qui déterminent le dividende réel.

On voit ainsi, clairement que le terme de la comptabilité de sociétés, qui a des incidences juridiques très importantes, obéit à des règles compliquées qui peuvent être enfreintes sans intention frauduleuses même par les plus honnêtes administrateurs et gérants. Le licite et l'illicite en matière de dividendes sont donc étroitement mêlés et une réglementation précise est nécessaire pour y tracer une ligne de démarcation.

Aussi serait-il souhaitable de prévoir, à côté des sanctions et réparations qui interviennent une fois le dommage et la manœuvre frauduleuse réalisé, un contrôle plus efficace des actionnaires et des commissaires aux comptes d'une part, et une réglementation légale du bilan, d'autre part.

Car, pour un contrôle meilleur des actionnaires, une collaboration entre le Ministère du commerce ainsi que celui de l'industrie est nécessaire pour une sensibilisation continue du public aux dispositions qui régissent les sociétés commerciales afin qu'il soit en courant de tout ce qu'il faut faire en intégrant ces sociétés et tirer profits de leurs apports. Il est préférable par exemple pour eux de se déplacer pour venir voter et améliorer ainsi le système de leur information, base de tout contrôle efficace.

Et pour le contrôle des commissaires aux comptes, on a remarqué que cette fonction est bien cernée dans le code de commerce, et malgré tout cela dans une société commerciale des dirigeants peuvent opérer à une répartition de dividendes fictifs, donc, une meilleure efficacité est exigée de la part des commissaires aux comptes. Cette efficacité dépend non seulement de leur compétence, mais aussi du délai de leur mission légale, car matériellement, ils ne peuvent dans le délai trop court qui leur est imparti, exercer un contrôle

CONCLUSION

efficace. Dans ces conditions, l'efficacité du contrôle pour une large part du choix judicieux des vérifications à entreprendre, lequel nécessite des commissaires une connaissance détaillée et une maîtrise absolue des problèmes qui leur sont soumis.

Et en ce qui concerne le bilan, le législateur l'a réglementé d'une façon un peu étroite en adoptant un plan comptable national par l'ordonnance n° 75-35 du 24/04/1975 qui a été abrogé par la loi n°07-11 du 25/11/2007 portant système comptable financier, et le respect par les sociétés commerciales des règles fixées par cette loi, permettent-ils de mieux préciser l'aspect d'un bilan traduisant un dividende fictif ?

Donc, sans entrer dans les détails qui sont d'ordre plus technique que juridique, une réglementation de l'établissement de ce document est nécessaire en éliminant les principales causes d'obscurité pour obtenir un bilan sincère, clair et précis dont les évaluations ne soient pas laissées à la liberté des administrateurs ou gérants.

À la fin nous pouvons conclure que:

La protection du capital social des sociétés doit être augmenté en renforçant les règles de contrôle afin qu'il ne soit pas illégalement consommé par les conseils d'administrations en impliquant d'avantage la responsabilité pénale des sociétés commerciales en matière de distribution des dividendes fictifs pour une meilleure protection des tiers. Par conséquent, la densité des peines applicables au délit peut être revue avec l'introduction des peines complémentaires spécifiques .d'ailleurs dans ce contexte le législateur Français a adopté une loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique par laquelle il introduit des peines complémentaires comme l'interdiction des droits civiques , civils et de familles(droit de vote, l'éligibilité ;le droit d'exercer une fonction juridictionnelle, le droit d'être tuteur ou curateur), limitée à 5ans, en

CONCLUSION

plus de celles que nous avons étudiées dans la section consacrée aux peines applicables au dit -délit.

Mais il faut reconnaître qu'il ne suffit pas d'instituer une législation qui paraît répondre à tous les besoins, pour que ses résultats soient en tout point conformes au but que se sont proposés ceux qui l'ont établie, car la bonne et loyale gestion des sociétés est une question de mœurs et de moralité publique d'honneur tout autant sinon plus qu'une question de législation.

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages Généraux :

- 1) A. Colmer, Droit civil, Régimes matrimoniaux, 4^{ème} éd., Litec, 1990.
- 2) A. Touffait, J. Robin, A. Audureau et J. Lacoste, Délits et sanctions dans les sociétés, Sirey, 2^{ème} éd., 1973.
- 3) A. Touffait, Délits et sanctions dans les sociétés, 2^{ème} éd., Sirey, 1971.
- 4) A. Vitu, Regards sur le droit pénal des sociétés, in études R. Roblot, LGDJ, 1984.
- 5) Copper-Royer, Traité des sociétés anonymes, t. II, Dalloz, 1931.
- 6) C. Larroumet, Droit civil, Les biens, Droits réels principaux, t.2, 5^{ème} éd., Economica, 2006.
- 7) D. Vidal, Droit des sociétés, 2^{ème} éd., LGDJ, 1998.
- 8) E. Thaller et J. Percerou, Traité élémentaire de droit commercial, 8^{ème} éd., t.1, A. Rousseau&Cie, Paris, 1931.
- 9) Geneviève Giudicelli-Delage, Droit pénal des affaires en Europe, P.U.F, 1^{ère} éd., 2006.
- 10) G. Ripert et R. Roblot , Traité de droit commercial, par M. Germain et L. Vogel, 17^{ème} éd., LGDJ, 1998.
- 11) G. Viney et P. Jourdain :
 - Traité de droit civil, les obligations-la responsabilité civile-conditions, 2^{ème} éd., LGDJ, 1998.
 - Traité de droit civil, les effets de la responsabilité, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001.
- 12) H. Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 6^{ème} éd., par P. Azard, Paris, 1962.
- 13) H., L., et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II, 9^{ème} éd., Montchrestien , 1998.
- 14) J. Escarra, Principes de droit commercial, avec la collaboration de E. Escarra et J. Rault, t.6, Paris, 1936.

BIBLIOGRAPHIE

- 15) J. et E. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales*, t.IV, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1955.
- 16) J-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, P.U.F, collection droit fondamental, 2004.
- 17) J. Hemard, F. Terré et P. Mabilat, *Les sociétés commerciales*, t.2, Dalloz, 1974.
- 18) J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *Droit commercial*, t.1, vol 1 et 2, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1980.
- 19) J. Larguier et P. Conte, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 11^{ème} éd., 2004.
- 20) L. Constantin et A. Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, Paris, A. Rousseau, Sté d'éd. Juridique, 1937.
- 21) L. Constantin et Maurice Aydalot, *Droit pénal des sociétés par actions*, P.U.F, 1968.
- 22) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 20^{ème} éd., Litec, 2007.
- 23) M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage :
 - *Droit pénal des affaires*, Thémis, P.U.F, 4^{ème} éd., 2000.
 - *Droit pénal des affaires, partie spéciale infractions*, t.2, P.U.F, 1^{ère} éd., 1973.
- 24) M. Patin , P. Caujolle, M. Aydalot et J-M. Robert, *Droit pénal général et la législation pénale appliquée aux affaires*, P.U.F, 6^{ème} éd., 1979.
- 25) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil Français*, t.3, par M. Picard, LGDJ, 1952.
- 26) M. Véron, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 6^{ème} éd., 2005.
- 27) P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t.II, Paris, Dalloz, 1963.

BIBLIOGRAPHIE

- 28) P. Conte et W. Jeandidier, Droit pénal des sociétés commerciales, Lexis Nexis, Litec, éditions du Juris-classeur, Paris, 2004.
- 29) P. Delbecque, Droit des obligations- contrat et quasi-contrat, Litec, Paris, 2000.
- 30) P. Merle, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2000.
- 31) M. Patin , P. Caujolle, M. Aydalot et J-M. Robert, Droit pénal général et la législation pénale appliquée aux affaires, P.U.F, 6^{ème} éd., 1979.
- 32) W. Jeandidier, Droit pénal des affaires, Dalloz, 6^{ème} éd., 2005.
- 33) Y. Guyon :
 - Droit des affaires, Entreprises en difficulté, t.2, 7^{ème} éd., Economica, 1999.
 - Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, t.1, 11^{ème} éd., Economica, 2001.

II. Ouvrages spéciaux :

- 1) A. Amiaud :
 - Traité des comptes de réserves dans les sociétés par actions, 2^{ème} éd., Paris, 1920.
 - L'évolution du droit des sociétés par actions, in le droit privé Français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes Ripert, t .II, LGDJ, Paris, 1950.
- 2) A. Barrault, La notion de dividendes fictifs, les éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1937.
- 3) A. Becquey, La distribution de dividendes fictifs, Bordeaux, LGDJ, Paris, 1939.
- 4) A. Medina, Abus de biens sociaux : prévention, détection, poursuite, Dalloz, 2001.
- 5) Choaib Chenouf, La comptabilité de l'entreprise selon les normes comptables internationales, t.1, Librairie société Algérienne, Boudloud, Alger, 2008.

BIBLIOGRAPHIE

- 6) C. Voutsis, La distribution de dividendes fictifs- conséquences pénales et civiles, LGDJ, Paris, 1965.
- 7) F. Barrue, L'erreur du solvens dans la répétition de l'indu, Paris, édité par l'auteur, 1995.
- 8) F. Perochon et R. Bonhomme, Entreprise en difficulté, instruments de crédit et de paiement, 4^{ème} éd., LGDJ, 1999.
- 9) G. Ripert, Aspect juridique du capitalisme moderne, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1958.
- 10) G. Viney, Le droit privé Français à la fin du XX^{ème} siècle, in Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001.
- 11) J. Deprez, L'élément intentionnel dans les délits relatifs au bilan, le droit pénal des sociétés anonymes, Etudes de droit commercial, sous la direction et avec une préface de J. Hamel, Dalloz, 1955.
- 12) J. Lacombe, Régularité et sécurité des comptes et image fidèle de l'entreprise ; la quadrature du cercle, in études offertes à R. Roblot, aspects actuels du droit commercial Français, LGDJ, 1984.
- 13) Lefebvre-A. Teillard, La société anonyme au XIX^{ème} siècle : du code de commerce à la loi de 1867, P.U.F, Paris, 1985.
- 14) M. Pariente, Les groupes de sociétés, aspect juridique, social, comptable et fiscal, Litec, 1993.
- 15) Nicole Stolowy :
 - Infractions du monde des affaires, Vuibert, sans l'année d'édition.
 - Les délits comptables, collection droit des affaires et de l'entreprise, dirigée par Y. Guyon, Economica, 2001.
- 16) Serge Hadji-Artinian, La faute de gestion en droit des sociétés, Juris-Classeur, Affaires Finances, Litec, Paris, 2001.

III. Chroniques et articles de Doctrine :

- 1) A. Chavanne, Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil, Rev.sc.crim, 1954, p.239.
- 2) A. Colmer, Réserves des sociétés et régimes matrimoniaux, Defrénois, 1980, p 1009, spéc, p.1021.
- 3) A. Couret, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, Rev. Société, 1984, p.243.
- 4) B. Bouloc, La dépénalisation dans le droit pénal des affaires, D.2003, 2493.
- 5) B. Dandero, Exercice ut singuli de l'action sociale et astreinte, Bull.Joly sociétés, 1^{er} février 2010, p.533.
- 6) Copper Royer, De la solidarité des administrateurs, Rev. sp. soc.1938, p.493.
- 7) D. Schmidt, Action sociale ut singuli et demande de mesures conservatoires, Bull.Joly Sociétés, 1^{er} février 2007.
- 8) D. Velardocchio, Dividendes, Rép.sociétés, Dalloz, n^{os} 118 et 140, août 1996.
- 9) Eric Dezeuze, Droit pénal des sociétés, l'heure des comptes, dossier le risque pénal dans l'entreprise, cahiers de droit de l'entreprise n^o1, janvier-février 2006, p 41-49.
- 10) F. Goré, Les réserves occultes dans les sociétés par actions, journal des sociétés, 1947, p 149.
- 11) F. Pasqualini, Délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle, J.Cl.Sociétés, Fasc 147-4.
- 12) F-X. Lucas, Théorie des bénéfices et des pertes, J-Cl, Janvier 2008.
- 13) F. Zenati, Usufruit des droits sociaux, Rép.civ, Dalloz, 2006, n^o339 et s.

BIBLIOGRAPHIE

- 14) G. Chesné, L'exercice «ut Singuli » de l'action sociale dans la société anonyme, Rev.trim .dr.com, n°3, 1962, p.347-370.
- 15) G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, in Recueil d'études sur les sources du droit à l'honneur de François Gény, t.2, les sources générales des systèmes juridiques actuels, Dalloz, Paris, 1934.
- 16) H. Blaise, La notion de dividendes fictifs, in le droit pénal spécial des sociétés anonymes, Dalloz, 1955, 172.
- 17) H. Matsopoulou :
 - Le nouveau code de commerce et droit pénal des sociétés, D.2001, p.2021.
 - Infractions comptables, Répertoire Sociétés, Dalloz, 1999.
- 18) J-M. Coulon, Ministère de la justice Française, La documentation Française, Collection des rapports officiels, 26 février 2008.
- 19) J. Garnier, La partie civile au procès pénal, Rev.sc .crim,1958, p.1 et s.
- 20) J. Larguier, Mauvaise foi et faux bilan, dix ans de conférences d'agrégation, études de droit commercial offertes à J. Hamel, Dalloz, 1961, 291.
- 21) J. Leblond :
 - Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président- directeur général, et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle, Gaz .Pal.1957-1.Doctr.29.
 - De la nullité des sociétés à responsabilité limitée et de la responsabilité qui en découle, Rev.trim.dr.com, 1951, p.438.
- 22) J-Cl. Soyer, Les délits relatifs au bilan- l'élément matériel comptable des délits relatifs au bilan, in le droit pénal spécial des

BIBLIOGRAPHIE

- sociétés anonymes, Etudes de droit commercial, sous la direction et avec une préface de J. Hamel, Dalloz, 1955, 215.
- 23) L. Josserand, Comment les textes de la loi changent au grès des phénomènes économiques, in Mélanges Capitant, Dalloz, 1939.
- 24) Madani Benbelghith, Problématique de l'uniformité de la comptabilité (expérience de l'Algérie), la revue du chercheur, Faculté de Droit et des Sciences économiques, Ourgla, 2002, p 5.
- 25) Ministère des finances Algérien, janvier 2011.
- 26) M. Pariente, L'action sociale en responsabilité civile exercée ut singuli, Bull.Joly Sociétés, 1 avril 1994.
- 27) Marie-Laure Lanthière, Vers une dépenalisation du droit des sociétés, droit des sociétés, Revue mensuelle, Lexis Nexis, Juris-Classeur, août- septembre 2008.
- 28) M. Snozzi, L'interprétation du bilan, Paris Dunod, collection « l'économie de l'entreprise », n°2, 1953.
- 29) M. Collet, Contrôle des actes anormaux de gestion : pour un retour à l'anormal, Dr.Fisc.2003, n°14, p .536.
- 30) Nicolas Praquin, Le principe de fixité du capital social : une étude juridique et comptable du concept (1807-1947), in « l'entreprise, le chiffre et le droit », études J.G Degos et S. Trébucq, Bordeaux, 2005.
- 31) P. Bloch, La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de procédure collective, Gaz.Pal., 1.1996, p .626 et s.
- 32) R. Micha Goudet, Nature juridique des dividendes, JCP E 1998.
- 33) R. Plaisant, Le principe de la fixité du capital social et la notion du bénéfice, Journ.soc, 1946, p .333 et s.
- 34) Samia Kissi, La délégation de pouvoir et son impact sur la responsabilité pénales des infractions de sociétés commerciales,

BIBLIOGRAPHIE

Revue des sciences juridiques, administratives et politiques, n°17, faculté de droit et des sciences politiques, Tlemcen, 2014, p .195-214.

- 35) T. Ivainer, Le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des indemnités réparatrices, D.1972, chr.7.
- 36) T. Massart, Contrat de société, Rép.civ.Dalloz, 2006, n°69 et s.
- 37) V. Mercier, Le droit des biens au secours du droit des sociétés, droit des sociétés, Revue Lexis Nexis, Juris-Classeur, janvier 2008.
- 38) V. Levasseur, Les personnes morales victimes, auteurs, ou complices d'infractions, Revue de droit pénal et de criminologie, 1955, p.827.
- 39) Y. Loussouarn, La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu, Rev. Trim.Dr.Civ, 1949, p.212.

IV. Manuels :

- 1) Lamy droit pénal des affaires, Les infractions relatives aux comptes sociaux, 2009.
- 2) Mémento Pratique, Droit des affaires, sociétés commerciales, éd. Francis lefebvre, 2009.
- 3) M-P. Lucas de Leyssac, A. Mihman, Droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Economica, sans l'année de publication.
- 4) F. Terré ; P. Simler, Droit civil, les biens, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2002.
- 5) Le Nouveau Petit Robert, dictionnaire Robert, 2000.

V. Mémoires et thèses :

- 1) Bosvieux, Souveraineté de l'assemblée extraordinaire des sociétés par action, Paris, 1933
- 2) J. Lacombe, Les réserves dans les sociétés par actions, Nancy, 1961.
- 3) J. Lecerclé, Bilan et monnaies, Paris, 1946.

BIBLIOGRAPHIE

- 4) J-P. Berdah, Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions, Paris, 1974.
- 5) M. Marteau-Petit, La notion d'actes de gestion et le droit des sociétés, Paris II, 1992.
- 6) N. Praquin, Comptabilité et protection des créanciers : une analyse de la fonction technico-sociale de la comptabilité (1807-1942), Paris IX, 2003.
- 7) Y. Chaput, De l'objet des sociétés commerciales, Clermont-Ferrand, 1973.

VI. Revue et Périodiques

- 1) Bulletin Joly Sociétés : 1982, 1986, 1990, 1996, 1998, 1999, 2000, 2006, 2007, 2010.
- 2) Gazette du Palais : 1942, 1981, 1983, 1991.
- 3) La semaine juridique (édition entreprise et affaire) : 1996, 1997, 1998, 2006, 2007.
- 4) Le Juris-Classeur des sociétés : 2006, 2007, 2008.
- 5) Recueil Dalloz : 1957, 1968, 1983, 1984, 1994, 1995, 2001, 2003.
- 6) Revue de droit fiscal : 2003, 2007.
- 7) Revue de science criminelle : 1937, 1939, 1954, 1958, 1998, 1999, 2005.
- 8) Revue des sociétés : 1935, 1943, 1947, 1950, 1965, 1984, 1987, 1990, 1993, 1997, 1998, 2001, 2006, 2007.
- 9) Revue trimestrielle du droit des sociétés et du droit financier : 1937.

VII. Bibliographie électronique :

- 1) [http:// www.cosob.org/wp-content/uploads/2015/03/Decret-legislatif-n%c2%B093-10-modifie-complete.pdf](http://www.cosob.org/wp-content/uploads/2015/03/Decret-legislatif-n%c2%B093-10-modifie-complete.pdf)
- 2) [http://marchpusaadiben.unblog.fr/2013/01/08 la-responsabilite-des-managers/](http://marchpusaadiben.unblog.fr/2013/01/08-la-responsabilite-des-managers/)

BIBLIOGRAPHIE

- 3) www.memoireonline.com/10/10/4034/m_lacte-anormal-de-gestion-et-labus-de-bien-social4.htm

VIII. Textes de lois :

- 1) Code de commerce.
- 2) Code civil.
- 3) Code de procédure civile.
- 4) Code pénal.
- 5) Code de procédure pénale.
- 6) Code des impôts directs et taxes assimilées.
- 7) Nouveau code de commerce Français adopté par ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, journal officiel de la République Française du 21 septembre 2000.
- 8) Loi n° 07-11 relative au système de comptabilité financière, journal officiel de la République Algérienne n°74 du 25/11/2007.
- 9) Loi n°90-36 du 31 décembre 1990 portant loi de finance 1991 modifiant code des impôts directs.
- 10) Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, journal officiel de la République Française du 26 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.
- 11) Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, journal officiel de la République Française n°238 du 12 octobre 2013.
- 12) Ordonnance n°10-04 du 26 août 2010, journal officiel de la République Algérienne n°50 du 1^{er} septembre 2010 ; modifiant et complétant l'ordonnance n°03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit.
- 13) Ordonnance n° 15-02 du 23 juillet 2015 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-155 du 8 juin 1966 portant code de procédure pénale, journal officiel de la République Algérienne n° 41 du 29 juillet 2015.

BIBLIOGRAPHIE

- 14) Décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993, relatif à la bourse des valeurs mobilières, journal officiel de la République Algérienne n° 34 modifié et complété par la loi n° 03-04 du 17 février 2003, journal officiel de la République Algérienne n°11 du 19 février 2003.
- 15) Décret exécutif n° 08-156 du 26 mai 2008 portant application des dispositions de la loi n° 07-11 du 25 novembre 2007 portant système comptable financier , journal officiel de la République Algérienne n° 27 du 28 mai 2008.
- 16) Règlement de la Banque d'Algérie n° 2000-03 du 02 avril 2000 relatif aux investissements étrangers, modifié par le règlement n° 05-03 du 06 juin 2005 portant sur l'obligation d'exécuter sans délai les transferts au titre de dividendes, bénéfices, produits de la cession des investissements étrangers ainsi que celui des jetons de présence et tantièmes pour les administrateurs étrangers.
- 17) Règlement n° 14-04 du 29 septembre 2014 fixant les conditions de transfert de capitaux à l'étranger au titre de l'investissement à l'étranger par les opérateurs économiques de droit Algérien.

TABLE DE MATIÈRE

TABLE DE MATIÈRE

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE : LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU DÉLIT DE DISTRIBUTION DES DIVIDENDES FICTIFS	13
CHAPITRE I : L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DU DÉLIT	16
Section 1 : l'absence d'inventaire ou l'utilisation d'un inventaire frauduleux.....	16
Sous section I : L'inventaire ou le bilan et le droit.....	17
A) <i>Utilité du bilan et inventaire</i> :	17
B) <i>Défaut d'inventaire et inventaire frauduleux</i> :.....	34
Sous section II : Le délit de publication ou présentation de comptes non fidèles	46
A) <i>Historique du délit</i> :.....	46
B) <i>Éléments constitutifs du délit</i> :	52
C) <i>Poursuites et répression</i> :	72
Section 02 : La fictivité du dividende	89
Sous section I : Le principe de la fixité du capital social critère de fictivité.....	91
A) <i>La notion de capital social</i> :.....	92
B) <i>La fixité du capital social</i> :.....	95
C) <i>La reconstitution du capital social</i> :	98
D) <i>La notion de dividendes fictifs</i> :	101
Sous section II : L'imputation du dividende sur les réserves	104
A) <i>Réserves légales</i> :	104
B) <i>Réserves statutaires</i> :.....	105
C) <i>Réserves de réévaluation</i> :	105
D) <i>Les réserves libres et les réserves occultes</i> :	106
E) <i>Bénéfices futurs</i> :	108

TABLE DE MATIÈRE

F) Intérêt fixe :	108
Sous section III : Le caractère juridique du bénéfice distribué à titre de dividendes.....	120
A) Le système de simples plus-values :	120
B) La théorie du bénéfice encaissé :	124
C) La réalisation certaine du bénéfice :	125
Section 03 : La distribution d'un dividende.....	127
Sous section I : Le régime de répartition des dividendes.....	128
A) Les dividendes sont l'expression du droit de jouissance du propriétaire :	129
B) Les dividendes suivent le bien jusqu'à leur détachement :	138
Sous section II : La forme de la distribution de dividendes.....	142
A) Les acomptes sur dividendes :	145
B) L'attribution de tantièmes aux administrateurs :	146
Sous section III : La date de la distribution de dividendes fictifs.....	147
CHAPITRE II : L'ÉLÉMENT MORAL ET LE PROBLÈME DE L'IMPUTATION	151
Section 01 : La mauvaise foi	151
Sous section I : La date de la mauvaise foi	153
A) Mauvaise foi à la date du bilan :	154
B) La date de la distribution effective :	156
Sous section II : La preuve de la mauvaise foi	157
Section 02 : Traitement pénal de l'infraction :	160
Sous section I : Personnes punissables.....	161
A) Les auteurs principaux :	161
B) Les complices :	164
Sous section II : Cas divers d'imputation de la responsabilité pénale..	167
Sous section III : Cas de non- imputation	171

TABLE DE MATIÈRE

Section 2 : répression du délit :.....	174
Sous section I : Peines applicables.....	176
Sous section II : Prescription de l’action publique	180
DEUXIÈME PARTIE : CONSÉQUENCES CIVILES DE LA DISTRIBUTION DES DIVIDENDES	184
CHAPITRE I: LA RESPONSABILITE CIVILE DU FAIT DE LA DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS.....	186
Section 01 : Fondement de la responsabilité.....	188
Sous section I : Le principe de la responsabilité.....	189
A) <i>Violation de la loi</i> :.....	191
B) <i>Violation des statuts</i> :	195
C) <i>Fautes de gestion</i> :	198
Sous section II : Nature de la responsabilité.....	219
A) <i>Responsabilité contractuelle</i> :.....	220
B) <i>Responsabilité délictuelle</i> :	222
Sous section III : Caractère de la responsabilité	224
A) <i>Responsabilité individuelle</i> :	225
B) <i>Responsabilité solidaire</i> :.....	226
C) <i>Responsabilité in solidum</i> :	229
Section 02 : Le droit d’action en dommages-intérêts	232
Sous section I : Conditions d’existence de la responsabilité	233
A) <i>La faute</i> :.....	234
B) <i>Le dommage</i> :	236
C) <i>Le lien de causalité</i> :	238
Sous section II : Attribution de l’action.....	240
A) <i>Action sociale</i> :.....	242
B) <i>Action sociale ut singuli</i> :	244
C) <i>Action individuelle</i> :	247

TABLE DE MATIÈRE

Sous section III : Critère de distinction des actions	250
A) <i>Critère tiré de la cause de l'obligation</i> :	251
B) <i>Critère dans l'objet et l'étendue du dommage</i> :	253
Sous section IV : Action des tiers	255
Section 03 : Réparation du dommage causé par la distribution de dividendes fictifs	257
Sous section I : L'exercice de l'action	258
A) <i>L'exercice dans le temps</i> :	258
B) <i>Compétence</i> :	260
C) <i>Personnes responsables</i> :	263
Sous section II : Fins de non recevoir	265
A) <i>Clause d'avis ou d'autorisation</i> :	266
B) <i>Renonciation</i> :	268
C) <i>L'autorité de la chose jugée</i> :	271
Sous section III : Étendu de la réparation du dommage	274
A) <i>Réparation intégrale</i> :	275
B) <i>Réparation partielle</i> :	278
C) <i>Refus de toute réparation à la victime</i> :	282
CHAPITRE II : LA RÉPÉTITION DE DIVIDENDES FICTIFS	283
Section 01 : Nature de l'action en répétition	283
Sous section I : Action en comblement d'apport	284
Sous section II : Action en répétition de l'indu	285
Section 02 : Conditions légales de répétition	289
Sous section I : Régime des sociétés par actions	289
A) <i>Distribution en l'absence de tout inventaire ou en dehors de ses résultats</i> :	291
B) <i>La fictivité du dividende</i> :	296
C) <i>Époque de la répétition</i> :	296

TABLE DE MATIÈRE

Sous section II : Régime des sociétés de personnes.....	297
Sous section III : Régime des sociétés à responsabilité limitée.....	300
Section 03 : L'exercice de l'action en répétition	301
Sous section I : Droit d'exercer de l'action.....	301
A) <i>Personnes qui peuvent agir</i> :	302
B) <i>Personnes tenues à la restitution</i> :	303
C) <i>Compétence</i> :	304
D) <i>Prescription</i> :	305
Sous section II : Effets de la condamnation à restitution.....	307
A) <i>Restitution des dividendes fictifs</i> :	307
B) <i>Rapport des intérêts</i> :	308
CONCLUSION.....	310
BIBLIOGRAPHIE	317
TABLE DE MATIÈRE.....	329

TABLE DE MATIÈRE

Résumé :

Longtemps, le législateur a tenu à préserver le capital social des sociétés commerciales des atteintes et des manipulations des administrateurs et gérants, et c'est ainsi qu'il a incriminé la distribution des dividendes fictifs.

L'étude du délit de répartition de dividendes fictifs nécessite la réponse aux questions suivantes : quelle est la responsabilité pénale du fait de distribuer des dividendes fictifs dans les sociétés commerciales algériennes ? et quelles-en-sont les conséquences civiles ?

Du coup cette étude vise à définir la notion de dividendes fictifs et faire ressortir ainsi la relation de ces bénéficiaires avec les différents types de réserves dans les sociétés, et aussi avec le principe de fixité du capital social ; ensuite de déterminer les personnes susceptibles d'être responsables pénalement de ce délit et les peines encourues en cas de condamnation ; et enfin les conditions d'exercer l'action en répétition qui constitue la récupération de ces dividendes des mains des bénéficiaires.

Cette étude a nécessité l'utilisation de la méthode descriptive de façon déductive, inductive scientifique et comparative pour le régime algérien.

Mots clés :

Dividendes fictifs – capital social – principe de fixité du capital social – bilan – réserves – responsabilité pénale – responsabilité civile – action en répétition.

ملخص:

لقد حرص المشرع على صيانة رأس مال الشركة و عدم التلاعب به من قبل المسيرين، ومن صور هذه الحماية هي تجريم فعل توزيع الأرباح الصورية. إن دراسة جريمة توزيع الأرباح الصورية يدفع إلى التساؤل التالي: ما المسؤولية الجنائية عن توزيع الأرباح الصورية في الشركات التجارية في الجزائر؟ وما هي النتائج التي تترتب عنها من الجانب المدني؟ لهذا تهدف هذه الدراسة إلى توضيح مفهوم الأرباح الصورية و ضوابط اعتبارها، و معرفة علاقتها بأنواع الاحتياطات ومبدأ ثبات رأس المال وتحديد من يتحمل المسؤولية الجنائية في هذه الجريمة، مع تبيان العقوبة المحددة لها، وكيفية وشروط ممارسة دعوى استرداد هذه الأرباح من المساهمين الذين تسلموها. تطلبت هذه الدراسة استخدام المنهج الوصفي المقارن بالطريقة العلمية الاستقرائية الاستنتاجية للنظام الجزائري.

الكلمات المفتاحية:

الأرباح الصورية - رأس المال - مبدأ ثبات رأس المال - الميزانية - الميزانية المغشوشة - الاحتياطي - المسؤولية الجنائية - المسؤولية المدنية - دعوى الاسترداد.

Summary :

For a long time, the legislator wanted to preserve the share capital of commercial companies of attacks and manipulations of directors and managers, and in this way he has incriminated the distribution of fictitious dividends.

The offense study of the distribution of fictitious dividends requires to answer to the following questions: what is the criminal liability of distributing fictitious dividends in Algerian commercial companies? And what are the civil consequences?

So this study aims to define the concept of fictitious dividends and highlight the relationship of these benefits with the different types of stocks in companies, and also with the principle of fixity of share capital; Then identify individuals who may be criminally liable for of the offense and The penalties incurred in case of conviction; and finally the conditions for exercising an action for refund which is the recovery of the dividends from the hands of the beneficiaries.

This study required the use of the descriptive method in deductive way, inductive and comparative science to the Algerian regime.

Keywords:

Fictitious dividends - Share capital - Principle of fixity of share capital - Balance sheet - Stocks - Criminal liability - Civil liability - Action for refund.