

FICHE PRATIQUE ABUS DE BIENS SOCIAUX

FICHE PRATIQUE

L'ABUS DE BIENS SOCIAUX

Articles L 241-3, 4° (pour les SARL) et L 242-6, 3° (pour les SA) du code de commerce.

DEFINITION

Créée par le décret-loi du 8 août 1935 dans un contexte de scandales financiers où il fallait notamment rassurer les épargnants, l'infraction a été reprise par la loi du 24 juillet 1966 aujourd'hui codifiée dans le **code de commerce**.

Le délit d'abus de biens sociaux est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375.000 euros.

C'est le fait pour les gérants (article L 241-3, 4°) le président, les administrateurs ou les directeurs généraux (article L 242-6, 3°) de faire de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

C'est, somme toute, un délit d'appropriation illégitime, voisin de **l'abus de confiance**.

C'est aussi une infraction plus facile à caractériser que celle de **corruption**, grâce aux traces laissées par les flux financiers illégaux, et aussi plus facile à poursuivre du fait des règles de prescription plus favorables.

La répression de l'abus de biens sociaux doit permettre, sans restreindre les pouvoirs de gestion des dirigeants, de sanctionner leurs actes, faits juridiques ou conventions légalement formées, réelles ou simulées portant atteinte au patrimoine social et faits dans leur intérêt personnel.

A l'inverse du délit de banqueroute, une condamnation pour abus de biens sociaux n'entraîne pas l'interdiction de diriger, administrer ou contrôler une entreprise.

PERSONNES VISEES

Les auteurs du délit sont exclusivement des personnes physiques :

Ce sont les gérants, les présidents, administrateurs, directeurs généraux (délégués et adjoints), membres du directoire et du conseil de surveillance, les dirigeants, les liquidateurs, les membres des organes de gestion, de direction ou d'administration, ainsi que **toute personne** qui, directement ou indirectement aura **en fait**, exercé la gestion, la direction ou l'administration d'une des sociétés visées ci-après; les dirigeants de fait engagent, par conséquent, leur responsabilité pénale.

Sont concernées les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés à responsabilité limitée, ce qui inclut les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée, ainsi que les sociétés coopératives, les sociétés d'assurance, les sociétés immobilières de construction,

Les sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne devenues sociétés civiles de placement immobilier, les sociétés d'exercice libéral, enfin les sociétés d'économie mixte, lorsque ces sociétés sont constituées sous la forme de sociétés anonymes.

Le délit suppose que la société ait déjà acquis la personnalité morale par son immatriculation.

Restent exclus les sociétés de personnes : sociétés en nom collectif et sociétés en commandite simple, sous réserve du cas de leur liquidateur, les sociétés en participation et les sociétés de fait.

Néanmoins leurs dirigeants peuvent être poursuivis sur le fondement de **l'abus de confiance**.

Le complice est punissable conformément aux règles du droit commun, c'est à dire qu'il doit avoir eu connaissance des éléments de l'infraction pénale reprochée à l'auteur principal et avoir commis des actes positifs.

Peu importe en revanche, que le complice n'ait pas pour sa part la qualité de dirigeant de droit ou de fait, exigée seulement au niveau de l'auteur principal.

Cas des personnes morales :

L'abus de biens sociaux étant un délit de fonction, les personnes autres que les dirigeants ne peuvent être que complices et jamais coauteurs.

Depuis le 1er mars 1994, les personnes morales peuvent être pénalement responsables à condition que le délit soit visé expressément par la loi. Or dans le cadre de l'abus de biens sociaux, cette possibilité n'était pas prévue dans les textes.

Toutefois, la jurisprudence a reconnu la complicité de la personne morale sur la base de l'article 121-2 du nouveau code pénal.

L'article 54 de la loi du 9 mars 2004, dite loi Perben II, en modifiant l'article 121-2 du nouveau code pénal, a généralisé la responsabilité pénale des personnes morales à l'ensemble des infractions du droit pénal. Cette disposition de la loi qui entrera en vigueur le 31 décembre 2005 devrait régler sans ambiguïté la question de la complicité d'une personne morale.

Le receleur est punissable dans les conditions fixées à l'article 321-1 du nouveau code pénal.

Faute de disposition particulière de la loi en ce sens, **la tentative** d'abus de biens sociaux n'est pas punissable.

ELEMENT MATERIEL

L'élément matériel du délit consiste en un usage contraire à l'intérêt social des biens ou du crédit .

1°) Par usage de biens sociaux ou du crédit il faut entendre l'accomplissement, au nom de la société, d'actes d'administration (prêts, avances, baux...) et d'actes de disposition (aliénations, acquisitions, cessions...) sur l'ensemble des biens sociaux mobiliers, immobiliers ou incorporels, que ces biens

soient dûment inventoriés et constatés par les documents comptables ou pas. Le crédit recouvre quant à lui la renommée commerciale, la capacité financière de la société, le volume et la nature des affaires traitées.

Une abstention volontaire d'accomplir des actes peut constituer un usage.

L'usage est donc l'appropriation ou la dissipation : par exemple le dirigeant dispose à son profit personnel de sommes revenant à la société, en s'octroyant des rémunérations abusives ou des avantages en nature ; mais c'est aussi la simple utilisation, le simple acte d'administration.

2°) L'usage des biens est contraire à l'intérêt social lorsqu'il porte atteinte au patrimoine de la société : il en est ainsi de dépenses engagées par la société, mais aussi de manques à gagner résultant par exemple de la conclusion de contrats désavantageux pour la société.

De même est contraire à l'intérêt social l'engagement pris au nom de la société qui l'expose à un risque anormal de pertes sans contrepartie. Toutefois, les fautes de gestion ne sont pas en tant que telles sanctionnées.

C'est donc le caractère injustifié du risque au regard du contexte économique de l'entreprise qui caractérise l'infraction.

Sur la question d'une infraction distincte (telle la corruption) commise par un dirigeant à l'aide de fonds sociaux, pour favoriser sa société, la jurisprudence Carpaye-Carignon reste d'actualité : tout acte contraire au droit pénal ne peut qu'aller à l'encontre de l'intérêt d'une société qui ne saurait prospérer en marge de la loi ; ainsi, le risque pénal est toujours anormal.

Il convient de noter que l'intérêt social est une notion distincte de l'intérêt des associés (ou des actionnaires) ; ainsi, l'assentiment des associés (ou de l'assemblée générale) ne fait pas disparaître le caractère délictueux des **prélèvements abusifs** de biens sociaux n'absout pas leur auteur.

Sur le cas particulier des **groupes de sociétés**, l'incrimination d'abus de biens sociaux ne peut être neutralisée " que si d'une part, l'existence d'un groupe de sociétés est établie, et si, d'autre part le concours financier est dicté par les intérêts de ce groupe appréciés au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu de contrepartie ou ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés, et n'excède pas les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ".

Les détournements d'actifs commis après la cessation des paiements constituent le délit de **banqueroute**.

3°) Les actes des dirigeants contraires à l'intérêt social ne sont punissables que si ces dirigeants ont agi à des **fins personnelles** ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont directement ou indirectement intéressés.

L'intérêt personnel comprend non seulement la réalisation ou la perspective de profits pécuniaires, mais aussi tous les **avantages** d'ordre professionnel ou moral ;

Il peut s'agir par exemple du souci d'entretenir par des faveurs, des relations avec des personnages influents ;

Dans le cas particulier des **prélèvements occultes**, la Cour de Cassation a établi une présomption simple d'appropriation personnelle des fonds : la chambre criminelle a précisé que " s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel ".

ELEMENT MORAL

L'intention frauduleuse est un élément indispensable à la constitution du délit.

Les textes visent clairement la " mauvaise foi " des dirigeants ;

L'élément intentionnel du délit doit être constaté par les tribunaux ;

Le dirigeant doit avoir eu **conscience** du caractère préjudiciable à la société de l'acte qu'il a accompli et de l'avantage qu'il devait en tirer.

La constatation d'une simple négligence ne peut caractériser la mauvaise foi.

En revanche, négligence et défaut de surveillance ont pu être retenus à la charge d'un dirigeant qui n'avait pas utilisé les pouvoirs qu'il tenait des statuts pour s'opposer aux agissements d'un animateur de fait de l'entreprise, véritable maître de l'affaire : la répression suppose en effet, pour la Cour de Cassation que celui-ci ait eu connaissance des agissements délictueux qu'il pouvait empêcher.

Constituent des abus de biens sociaux les rémunérations abusives : prélèvements sans autorisation, remboursements de frais non justifiés et les rémunérations excessives eu égard à la situation financière de la société.

PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE

Conformément aux règles générales du droit pénal, le délit d'abus de biens sociaux se prescrit par **trois ans**, à compter de la date à laquelle il a été commis.

Toutefois, compte tenu de la nature spéciale de l'infraction, la jurisprudence tend à reporter le point de départ de la prescription au jour où l'usage abusif de biens sociaux a pu être **découvert et constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique**.

Cependant à partir de 1997, la chambre criminelle a assoupli sa position en disant que celle-ci ne vaut que si les agissements frauduleux ont

été cachés.

Elle a précisé que, **sauf dissimulation**, la prescription du délit courait à compter de la **présentation des comptes annuels** par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société.

S'inspirant de cette position, le tribunal de grande instance de Paris, confirmé par la cour d'appel de Paris (9^e ch B, 5/3/2002, Lagardère) a ainsi précisé que la publication des comptes annuels en assemblée générale constitue le point de départ de la prescription si les comptes sont suffisamment explicites et si, à leur lecture, l'existence d'un délit d'abus de biens sociaux apparaît dans son principe et peut être constaté par des personnes normalement avisées et diligentes, comme les actionnaires, qui ont la possibilité de mettre en mouvement l'action publique.

Cas du recel d'abus de biens sociaux :

Le recel du produit d'un abus de biens sociaux ne saurait commencer à se prescrire avant que l'infraction dont il procède soit apparue et ait pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Le recel d'abus de biens sociaux ne saurait se prescrire tant que l'infraction d'origine n'est pas découverte, alors que normalement le recel, qui est une infraction distincte et continue, doit se prescrire dès qu'il s'achève.

La prescription est interrompue par l'enquête et l'information sur les faits poursuivis.

Cette solution ne soulève aucune discussion.

ACTION CIVILE

Le délit d'abus de biens sociaux nuit matériellement et directement à la société qui en est victime.

La société est donc habilitée à se constituer partie civile par l'intermédiaire de son représentant légal. Le préjudice subi par la société peut être un préjudice matériel, équivalent au montant de l'abus de biens sociaux, mais aussi un préjudice moral résultant de l'atteinte au crédit et à la bonne réputation de la société.

L'action sociale peut également être exercée par un actionnaire agissant *ut singuli* c'est à dire exerçant l'action pour le compte de la société elle-même en application de l'article L 225-252 du code de commerce. En pareil cas, le montant des dommages et intérêts alloués sera versé non à l'actionnaire, mais dans la caisse sociale.

Concernant en revanche l'action civile des associés à titre personnel, la cour de cassation la déclare irrecevable, précisant que: " le délit d'abus de biens sociaux n'occasionne un dommage personnel et direct qu'à la société elle-même et non à chaque associé ".

Est aussi irrecevable la constitution de partie civile des créanciers, d'une caution, du comité d'entreprise ou de syndicats. Néanmoins, les actions à mener peuvent l'être sur le plan civil.

La compétence territoriale :

Le délit d'abus de biens sociaux est une infraction spécifique du droit français ; sont donc visées essentiellement les sociétés dont le siège est situé en France.

COMPETENCE TERRITORIALE

Les articles L 241-3 et L 242-6 du code de commerce sont des dispositions pénales concernant les seules sociétés ci-dessus visées.

A l'instar de l'ensemble des dispositions du code de commerce régissant les sociétés commerciales françaises, ces articles n'ont pas vocation à régir le fonctionnement des sociétés étrangères et à incriminer des comportements portant atteinte aux intérêts d'une société étrangère.

C'est pourquoi la Cour de Cassation dans un arrêt du 3 juin 2004 a dit que " l'incrimination d'abus de biens sociaux ne peut être étendue à des sociétés que la loi

n'a pas prévues, telle **une société de droit étranger**, et pour lesquelles seule la qualification **d'abus de confiance** est susceptible d'être retenue ".

PREVENTION DES RISQUES

La prévention passe par la formation des salariés et des dirigeants.

C'est une question de culture d'entreprise, de transparence et d'éthique des affaires.