

L'ABUS DE BIENS SOCIAUX, DERNIER ETAT DE LA JURISPRUDENCE.

Anne Orsay, Avocat au Barreau de Lyon
Cabinet Anne Orsay - Membre de Juris Défi
info@orsay-cabinet.avocat.fr

I/ Définition/constitution

Ce délit prend cette dénomination lorsqu'il est commis dans les sociétés par action mais on parle d'abus de confiance dans les sociétés de personne telle la société en nom collectif, et de délit de banqueroute lorsque l'utilisation abusive des biens intervient postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective.

Le délit d'abus de biens sociaux a été introduit dans la législation commerciale française par le Décret Loi du 8 août 1935 pour les sociétés par action et par le Décret Loi du 30 octobre 1935 pour les SARL ;

Il s'agissait de sanctionner le dirigeant qui profitait de ses pouvoirs et abusait de la confiance de ses co-associés pour utiliser les biens de la société comme si celle-ci lui appartenait personnellement.

De délit d'intérêt privé, il s'est peu à peu transformé en délit d'intérêt général et les contours du délit d'abus de biens sociaux ont été modifiés par la jurisprudence.

S'agissant d'un délit, pour qu'il soit susceptible de faire l'objet d'une discrimination, il faut qu'il réunisse deux éléments : un élément matériel, d'une part, qui consiste en un acte d'usage de biens, du crédit ou du pouvoir et, d'autre part, un élément intellectuel.

A/ Pour caractériser l'élément matériel du délit,

Il faut des agissements positifs, une appropriation, peu importe que l'usage soit temporaire ou qu'il y ait intention de restituer.

L'usage des biens va s'entendre de tout ce qui appartient à la société, qu'il s'agisse de biens meubles, corporels ou incorporels, ou d'immeubles, que l'entreprise soit propriétaire ou simplement locataire.

Par usage du crédit, il faut entendre l'utilisation de la capacité financière de la société ou de sa réputation.

Les actes d'usage doivent être accomplis dans un but contraire à l'intérêt social et les juges, profitant de ce que la loi ne définissait pas le caractère contraire de l'intérêt social que doit présenter l'acte matériel proprement constitutif de l'abus, ont apprécié l'acte en cause et décidé que s'il aboutit à une perte ou s'il pouvait comporter un risque de perte, il est alors contraire à l'intérêt social puisque c'est le risque auquel a été exposé l'actif social qui rend l'acte délictueux.

L'intérêt de la société prime ainsi l'intérêt personnel d'un associé, tout acte susceptible de menacer la pérennité de l'entreprise étant nécessairement contraire à l'intérêt social.

A qui revient-il de déterminer l'intérêt de la société ?

La loi n'étant pas explicite, le juge s'est approprié ce pouvoir. Les arrêts ci-après relatés en témoignent.

- Dans une première affaire du 17 novembre 1986 (*1) la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le prélèvement d'une somme de 1 million de francs, remise à deux inspecteurs des impôts pour le contrôle fiscal ne soit pas trop lourd pour la société, constituait un abus de biens sociaux, alors même que cet acte devait profiter à la société, aux actionnaires et même aux créanciers.
- Dans l'affaire CARPAYE (*2) du 24 avril 1992, la chambre criminelle a posé le principe selon lequel il y a abus dès lors que l'acte est fait dans un but illicite et estime que le prélèvement de fonds pour commettre un délit est un but qui ne peut coïncider avec l'intérêt social.
- Puis dans l'affaire NOIR-BOTTON (*3) du 6 février 1997, les juges de la chambre criminelle ont estimé que l'utilisation des fonds sociaux à des fins illicites ne relevait pas nécessairement de l'abus de biens sociaux avant de tempérer ce principe dans l'affaire CARIGNON (*4) du 27 octobre 1997 « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit (la corruption) est contraire à l'intérêt social car expose la personne morale au risque anormal de sanction pénale ou fiscale contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation ».
Ainsi un acte illicite en soi ne constitue pas ipso facto un acte contraire à l'intérêt social, il ne le sera que s'il expose la personne morale à un risque pénal ou fiscal, du fait de la commission pour son compte d'une infraction par le dirigeant, et que ce risque porte atteinte au crédit et à la réputation de ladite personne morale.
- Dans un arrêt du 14 mai 2003 (*5), la chambre criminelle applique ce principe « justifie sa décision de déclarer coupable d'abus de biens sociaux les prévenus, la cour d'appel ayant procédé à une appréciation souveraine des faits, d'où il résulte que l'usage des biens sociaux a eu pour effet d'exposer la personne morale et ses dirigeants à des poursuites pénales ou fiscales et dès lors qu'il n'est pas exigé que leur utilisation ait eu lieu à des fins exclusivement personnelles ».

En clair, la Cour de cassation réaffirme sa volonté de ne pas empiéter sur l'intervention éventuelle du législateur auquel il appartient seul de réformer la matière à l'effet d'éviter l'incrimination dans les situations où l'intérêt de la société et celui du dirigeant.

Néanmoins, l'intérêt social peut justifier certains actes d'appauvrissement et c'est essentiellement le cas dans les groupes de société où l'intérêt du groupe prime l'intérêt de l'une des sociétés.

Ainsi le concours financier d'une société à une autre au sein du groupe, commis en connaissance de cause pour favoriser une société dans laquelle le dirigeant a des intérêts, entraînant un appauvrissement du prêteur sans aucune contrepartie directe, sera seul susceptible de relever de l'abus de biens sociaux.

L'abus de biens sociaux entre les filiales d'un même groupe ne sera pas caractérisé à charge de relever :

- L'existence d'un groupe structuré de société ayant des relations économiques et financières
- La justification de l'opération en cause doit pouvoir être justifiée par l'intérêt commun du groupe
- L'absence de sacrifice ou de déséquilibre mettant en péril l'avenir d'une des sociétés.

L'intérêt social apparaît ainsi s'assimiler à l'intérêt supérieur de la personne morale c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme agent économique autonome, poursuivant des fins propres distinctes notamment de celles de ses actionnaires, salariés, créanciers, fournisseurs et clients mais qui correspondent à l'intérêt général commun qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise, ou du groupe d'entreprises.

Pour déterminer s'il y a abus, il faut donc apprécier l'acte au moment où il a été accompli et rechercher quel intérêt il pouvait avoir, au moment même de sa conclusion, afin de voir s'il était susceptible de faire courir un risque déraisonnable à la société, sans se préoccuper des conséquences.

B/ L'élément moral du délit d'abus de biens sociaux

Il est caractérisé par le cumul d'un dol général et spécial.

Le dol général, s'entend d'une infraction intentionnelle qui peut résider pour la jurisprudence dans la simple conscience que l'acte porte atteinte à l'intérêt social et il existe en tout état une présomption de mauvaise foi du dirigeant.

Le dol spécial consiste en la recherche d'un intérêt personnel, d'un enrichissement matériel ou moral, qui sera direct lorsque le dirigeant s'enrichi seul au détriment de ses associés, soit pour son compte personnel, soit pour celui d'un tiers, et qui sera indirect si le délit a pour but de favoriser une société ou une entreprise dans laquelle le dirigeant est intéressé directement ou indirectement.

II/ La prescription du délit d'abus de biens sociaux

L'abus de biens sociaux est une infraction instantanée qui se traduit par chaque usage des biens de la société, usage contraire à l'intérêt social.

Le délai de prescription est de 3 ans et commence à courir en principe au jour de la réalisation matérielle du délit c'est-à-dire au jour de l'accomplissement de l'acte délictueux.

S'inspirant notamment des solutions adoptées en matière d'abus de confiance, les juges ont procédé à un recadrage du point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux et ont consacré une « jurisprudence d'apaisement ».

Dans un premier temps, ils ont admis qu'en raison de la nature spéciale du délit, il convenait de retarder le point de départ de la prescription « au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » c'est-à-dire au jour de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont indûment mises à la charge de la société.

Puis la jurisprudence ayant pris en compte que, malgré la présomption de transparence qui s'y attache, la présentation des comptes peut ne pas jouer son rôle de révélateur de délit, elle en a tiré les conséquences.

Partant, s'il y a dissimulation, le point de départ est reporté, non plus au jour de la présentation et de l'approbation des comptes sociétaires erronés, mais au jour où les agissements délictueux ont pu être constatés dans des conditions permettant l'action publique.

Ainsi, dans une affaire du 14 mai 2003 (*6), les agissements constitutifs de l'abus de biens ont été dissimulés dans les comptes de la société et les juges de la chambre criminelle approuvent ceux de la Cour d'appel d'avoir déduit que les délits d'abus de biens sociaux sont apparus et ont pu être constatés au jour de la réception par le procureur de la république de la première lettre anonyme les dénonçant, et fixent à cette date, postérieure à celle de la présentation des comptes, le point de départ du délai de prescription triennal.

Le problème devient évident en cas de contrat à échéances successives : quel est le point de départ de la prescription ? Doit-il toujours être fixé au jour de la présentation des comptes annuels dans lesquels la convention litigieuse figure ?

- La chambre criminelle dans son arrêt du 28 mai 2003 (*7) a censuré les juges d'appel pour leur appréciation quant à la nature de l'infraction et a estimé que le délit d'abus de biens sociaux qui résulte du versement de salaires rémunérant un emploi fictif est bien une infraction instantanée mais qui est consommée, non pas au jour de la conclusion des contrats de travail mais au jour de chaque paiement indu. Ainsi le point de départ de la prescription doit être reporté à chaque présentation des comptes de la société aux associés puisque la charge est supportée par l'entreprise sur plusieurs années en application d'un contrat à l'exécution successive.
- Le 8 octobre (*8) 2003 la chambre criminelle a opéré une rupture en fixant l'instantanéité relative de la matérialité du délit non pas sur l'acte constitutif du risque mais sur la manifestation de ses effets.

En principe, seul le comportement est source d'un préjudice possible, le dommage résulte de l'abus, et le constat de ses effets n'est pas utile à la réalisation juridique de l'infraction.

Dans cette espèce, versement d'honoraires en exécution d'un contrat de prestation faisant l'objet d'un rapport spécial du commissaire aux comptes, les juges ont retenu que l'instantanéité se matérialisait, non au jour de la présentation et de l'approbation des comptes annuels dans lesquels la convention litigieuse apparaissait, mais par chaque échéance de paiement qui s'effectuait après présentation du rapport spécial du commissaire aux comptes.

Ainsi cet arrêt consacre une imprescriptibilité de fait de l'abus de biens sociaux, en considérant que la matérialité de l'infraction est constituée par les échéances successives et en faisant courir un nouveau délai de prescription au jour de la présentation du rapport du commissaire aux comptes.

- Il repousse presque indéfiniment la disparition du risque pénal en cas de convention à durée indéterminée...
Cette démarche des juges s'explique à coût sûr par un souci de protection des victimes de l'abus de biens sociaux puisqu'elle aboutit à retarder la prescription d'un délit dès lors que ses effets continuent chaque année d'obérer les comptes de la société.

III/ La sanction du délit d'abus de biens sociaux

L'auteur du délit d'abus de biens sociaux encourt devant la juridiction répressive deux types de sanction : pénales et civiles.

A/ La sanction pénale :

- S'il s'agit d'une société commerciale, l'article L-241-1 du code de commerce prévoit une peine de 5 ans d'emprisonnement et d'une amende de 375 000 euros de répression de l'abus de biens sociaux commis par le dirigeant.
Le liquidateur s'expose selon l'article L-247-8 du code du commerce à une peine de 5 ans d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende.
- Pour une société coopérative non commerciale, les peines applicables sont celles de l'escroquerie c'est-à-dire selon l'article 313-1 du code pénal, 5 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.
- Pour les sociétés civiles de placement immobilier et les entreprises d'assurance, les peines sont les mêmes que pour les dirigeants de sociétés commerciales dont 5 ans d'emprisonnement et une amende de 375 000 euros.

Des peines complémentaires viennent s'ajouter aux peines principales lorsque la loi le prévoit selon l'article 131-10 du code pénal.

B/ La sanction civile

L'auteur d'une infraction peut être condamné à réparer le dommage subi par la victime du fait de la commission de l'acte délictueux.

L'action civile a un double objet, obtenir la réparation du préjudice causé par l'infraction, d'une part, et contribuer à sa répression, d'autre part.

La victime dispose d'une option entre la voie civile et la voie pénale, plus avantageuse puisque la victime profite des facilités de preuve offertes par la procédure pénale inquisitoire.

1) Les acteurs

Selon l'article 2 du code de procédure pénale « l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».

Il faut que la victime établisse un préjudice certain, personnel et direct et depuis deux arrêts de la chambre criminelle du 13 décembre 2000 (*9), « 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 ».

C'est au dirigeant qu'il appartient de représenter la société dans le cadre de l'action civile et cette action « ut universi » pourra être intentée que la société soit ou non in bonis.

Cependant, il est légitime de douter que cette action soit intentée par les dirigeants qui seront peu enclins à exercer une action contre eux-mêmes et ce d'autant qu'ils détiennent le plus souvent la majorité du capital.

C'est encore plus évident en cas de défaillance sociale et la chambre criminelle dans un arrêt du 27 février 2002 (*10) déclare l'action sociale de l'administrateur judiciaire recevable du fait de sa mission de représentation de la société.

D'autres personnes que les dirigeants eux-mêmes ou l'administrateur peuvent intenter une action pour obtenir réparation du préjudice.

Mais comme on l'a vu précédemment, la jurisprudence estime que le délit d'abus de biens sociaux ne cause de préjudice personnel en direct qu'à la société, aussi rejette-t-elle toute action civile individuelle des associés tendant la réparation de leur propre préjudice.

Cependant, ni la chambre commerciale, ni la chambre criminelle ne ferme tout à fait la porte à une action des associés/actionnaires en responsabilités des dirigeants fautifs puisqu'elles leur permettent l'exercice de l'action sociale « ut singuli ».

Par cette action que l'on peut qualifier de corollaire indispensable au rejet de l'action individuelle, les associés/actionnaires vont pouvoir agir comme les mandataires occasionnels de la personne morale et selon un arrêt du 12 décembre 2000 (*11) de la chambre criminelle, « l'actionnaire/associé est recevable à agir ut singuli au nom de la société et concurremment avec elle ».

De surcroît, lorsque les agissements délictueux ont lieu au sein d'un groupe de société, les victimes de l'abus de biens sociaux ne se trouvent pas seulement au niveau de la société dans laquelle les faits ont été commis.

Dans un arrêt du 13 décembre 2000 (*12), la chambre criminelle rappelle que la société mère n'est pas recevable à exercer une action civile individuelle en réparation de son propre préjudice ; il ne lui est permis que d'agir ut singuli au nom de sa filiale, puisqu'elle en est l'actionnaire.

L'innovation résulte du fait que la chambre criminelle a reconnu à un actionnaire de la société mère l'exercice d'une action sociale « ut singuli » pour le compte de la société mère en réparation du préjudice subi par cette dernière du fait des agissements délictueux commis dans la filiale.

Le fondement de cette action au second degré, action ut singuli de l'action sociale de la société contre les dirigeants de la filiale, peut résider dans la notion d'intérêt de groupe et s'insère dans l'évolution législative du droit des sociétés qui tend à assurer une meilleure protection des actionnaires minoritaires au sein d'un groupe.

Toutefois, cette action doublement singulière et cette protection renforcée des actionnaires ne s'appliquent pas aux actionnaires de la filiale qui ne peuvent intenter que l'action ut singuli au nom de la filiale ou de sous filiales, mais la filiale n'étant pas actionnaire de la société mère, aucune action ne peut être intentée contre cette dernière.

2/ La mise en œuvre de l'action civile

L'action civile intentée contre les dirigeants de droit se prescrit par 3 ans dans les sociétés commerciales, 10 ans si les faits sur lesquels se fondent les poursuites sont qualifiées de crime, et elle peut être intentée dans un délai de 30 ans s'agissant des sociétés civiles.

Les articles L 223-23 et L 225-254 du code de commerce fixent le point de départ du délai de prescription de 3 ans au jour du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

La jurisprudence a procédé à une nouvelle mise en garde des dirigeants sociaux dans des arrêts récents en admettant le cumul de l'action précitée avec l'action en comblement de passif prévue par l'article L 624-3 du code de commerce dès lors qu'elle ne remet pas en cause le principe de l'article 1351 du code civil de l'autorité de chose jugée.

Par un arrêt du 29 février 2000 (*13) la chambre commerciale se prononce en faveur de la recevabilité de l'action en comblement de passif intentée par le liquidateur qui avait déjà obtenu réparation civile suite à la condamnation du dirigeant pour l'abus de biens sociaux.

La recevabilité du cumul ne remet pas en cause l'autorité de chose jugée puisqu'il n'y avait pas dans cette affaire d'identité ni de cause ni d'objet.

Il en a été de même dans un arrêt du 27 novembre 2001 (*14) qui retient qu' « en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif d'une personne morale en procédure collective, les dettes peuvent être mises à la charge du dirigeant en application de l'article L 624-3 du code de commerce, alors même que cette faute a déjà été sanctionnée sur le terrain de l'abus de biens sociaux par une décision devenue irrévocable ».

IV – La responsabilité de commissaire aux comptes

L'étendue des missions imparties au commissaire aux comptes permet de déceler bon nombre de faits constitutifs d'abus de biens sociaux.

Dès lors qu'il doit vérifier et certifier que les comptes annuels sont réguliers et sincères, et qu'ils donnent une image fidèle du résultat des opérations, il peut être investi, en outre, de missions spéciales porter son contrôle sur certains postes sensibles au regard de l'abus de biens sociaux comme les prêts et avantages accordés par la société, les comptes courants d'associés, les frais divers...

Surtout, il est tenu de révéler au Parquet les infractions dont il a pu avoir connaissance.

La responsabilité et les risques pénaux encourus par le commissaire aux comptes en cas de non révélation de faits délictueux et de fourniture ou de confirmation d'informations mensongères sur la situation de l'entité contrôlées sont définis à l'article L 820-7 du code de commerce : 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

L'article L 225-242 du code de commerce par renvoi à l'article L 225-254 du même code fixe le point de départ du délai de prescription de 3 ans de l'action en responsabilité du commissaire aux comptes au jour du fait dommageable ou s'il a été dissimulé au jour de sa révélation.

Dans un arrêt du 17 décembre 2002 (*15) la chambre commerciale procède à une interprétation stricte de la notion de dissimulation, estimant que la certification pure et simple de comptes irréguliers ne participe pas de la la dissimulation des faits dommageables il n'y a pas de volonté réelle du commissaire aux comptes, impliquée par la notion de dissimulation, de cacher des faits dont il a connaissance par la certification des comptes.

La cour estime qu'il s'agit de négligences qui ne sont pas constitutives de dissimulation et fixe donc le point de départ de la prescription triennale au jour de l'acte dommageable.

Pour leur défense, les commissaires aux comptes pourront invoquer notamment :

- Leur bonne foi
- Le principe de non immixtion dans la gestion que leur impose l'alinéa 3 de l'article L 225-235 du code de commerce
- La preuve du strict respect des règles et normes professionnelles
- Le comportement fautif des dirigeants ou des salariés de l'entité contrôlée qui ont fait obstruction aux diligences du commissaire et provoqué sa méprise.

En tout état, la perte de chance de la victime est seule indemnisable.

Anne Orsay
Cabinet Anne Orsay
Avocat au Barreau de Lyon
Membre de Juris Défi
info@orsay-cabinet.avocat.fr

- | | |
|------------------------------|---|
| (*1) Crim 17 nov.1986, | Bull.crim, n°342 |
| (*2) Crim 24 avril 1992, | Bull.crim, n°169, Rev.soc 1993, p.124, note B. Bouloc |
| (*3) Crim 6 février 1997, | D. 1997, p.334, note Rennucci |
| (*4) Cim 27 octobre 1997, | Droit Pénal 1998, Comm.n°21, Obs Robert |
| (*5) Crim 14 mai 2003, | D. 2003, p.1766, n°26, Obs A. Lienhard |
| (*6) Crim 14 mai 2003, | D. 2003, p.1766, n°26, Obs A. Lienhard |
| (*7) Crim 28 mai 2003, | D. 2003, p. 2015, n°29 |
| (*8) Crim 8 octobre 2003, | D 2004, p.194, n°3, note Y.Mayaud, D.2003, p.2695, n°39, Obs A. Lienhard |
| (*9) Crim 13 décembre 2000, | Jurisclasseur Droit Pénal, Avril 2001, p.16-17, note Robert |
| (*10) Crim 27 février 2002, | Lamy Droit Pénal des Affaires, Mai 2002 n°6 |
| (*11) Crim 12 décembre 2000, | Bull.crim n°372, p.1133 ; Jurisclasseur Droit Pénal, Avril 2001, p.17 note Robert |
| (*12) Crim 13 décembre 2000, | Bull Joly Sociétés, Avril 2001, § 96, p. 386, note Barbieri |
| (*13) Com 29 février 2000, | D Affaires n°13 Juris p. 158 note Lienhard ; Lamy Sociétés Commerciales Juin 2000 n°125 |
| (*14) Com 27 novembre 2001, | RJDA 2002 n°417 |
| (*15) Com 17 décembre 2002, | D 2003 n°4 p 279 Obs A. Lienhard |