

Extraits d'ouvrage

Le Lamy Droit Pénal des Affaires

*Parce que s'il est bien une
matière où l'on n'improvise
pas, c'est bien celle du droit
pénal appliqué aux affaires.*





LE LAMY DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

Sous la direction scientifique de :

Haritini MATSOPOULOU

*Professeur de droit privé à la Faculté Jean Monnet
de l'Université Paris-Sud 11
Directrice de l'Institut d'études judiciaires*

et

Corinne MASCALA

*Professeur des universités
Centre de droit des affaires (Groupe de
recherche sur la délinquance financière
DELFIN)
Présidente de l'Université Toulouse 1 Capitole*

Secrétaire générale de la rédaction

Annabelle REVERDY

Édité par Wolters Kluwer France SAS, 14, rue Fructidor – 75814 Paris CEDEX 17

0 825 08 08 00 Service 0,15 €/min
+ prix appel – Internet : www.wkf.fr

© Wolters Kluwer France SAS, 2016



Préface

Le droit pénal des affaires est une branche du droit pénal qui présente des particularismes marqués tant en ce qui concerne la définition des infractions, que les sanctions et les modalités de la poursuite qui dérogent souvent, sous l'influence du législateur et de la jurisprudence, au droit commun. Malgré son particularisme cette discipline reste soumise aux principes fondamentaux du droit pénal. Le droit pénal des affaires n'est donc pas un droit autonome par rapport au droit pénal, mais un droit qui se démarque du droit commun compte tenu de la spécificité de la délinquance d'affaires, des modalités de lutte contre son développement et du traitement de celle-ci par des juridictions spécialisées.

Cette matière est en constante évolution, les multiples réformes intégrées par les différents auteurs dans l'étude des infractions caractéristiques du droit pénal des affaires en témoignent. Le droit pénal des affaires est un droit nécessairement évolutif, car c'est un droit économique par nature qui sous-tend souvent la mise en œuvre d'un ordre public de direction même dans le cadre d'une économie libérale. Le droit pénal des affaires accompagne les changements du droit des affaires, il soutient par le biais de la sanction les orientations des politiques économiques choisies par l'État et il participe à l'efficacité des politiques publiques. Les dernières réformes illustrent cette fonction du droit pénal des affaires. Les pouvoirs publics dans un souci de transparence et de moralisation de la vie publique, ont engagé une lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière qui a des répercussions importantes sur la poursuite et la sanction des infractions d'affaires (élargissement des pouvoirs d'enquête, création d'un procureur de la République financier à compétence nationale, aggravation des sanctions et renforcement des interdictions...). L'étude des différentes infractions financières, économiques, boursières, sociétaires, fiscales, sociales, environnementales... démontre que le législateur utilise le droit pénal des affaires comme un instrument de régulation économique et un outil garantissant le respect des politiques publiques.

Cet ouvrage présente des études approfondies, riches d'analyses juridiques et de références jurisprudentielles, dans le souci d'apporter tous les éclairages et les informations nécessaires aux praticiens du droit, relatives aux principales infractions commises dans le cadre général du droit des affaires dans son acception la plus large, et plus particulièrement pour certaines, dans le contexte du fonctionnement d'une entreprise et du marché boursier.

Corinne MASCALA

Professeur des universités

Centre de droit des affaires

(Groupe de recherche sur la délinquance financière DELFIN)

Présidente de l'Université Toulouse 1 Capitole

Sommaire général

Une table alphabétique figure à la fin de l'ouvrage

Numéros d'articles de l'ouvrage

PARTIE 1

Présentation générale

| | |
|--|-----------|
| La responsabilité pénale du chef d'entreprise | 1 - 110 |
| Délégation de pouvoirs et responsabilité pénale | 111 - 136 |
| La responsabilité pénale de la personne morale..... | 137 - 190 |
| Les interdictions professionnelles, sanctions applicables au droit des affaires..... | 191 - 198 |

PARTIE 2

Les délits de droit commun appliqués aux affaires

| | |
|---|------------|
| L'escroquerie | 199 - 347 |
| Les délits voisins de l'escroquerie | 348 - 431 |
| L'abus de confiance..... | 432 - 572 |
| Les infractions voisines de l'abus de confiance | 573 - 657 |
| Le recel..... | 658 - 793 |
| Les délits de corruption et délits voisins..... | 794 - 957 |
| Le faux et l'usage de faux..... | 958 - 1036 |

PARTIE 3

Les délits du droit des sociétés

| | |
|---|-------------|
| Les infractions au droit des sociétés..... | 1037 - 1061 |
| Les infractions relatives à la constitution ou à la modification des sociétés de capitaux..... | 1062 - 1103 |
| Les infractions relatives aux comptes sociaux | 1104 - 1166 |
| L'abus de biens et de pouvoirs sociaux | 1167 - 1370 |
| Les infractions relatives à la dissolution et à la liquidation des sociétés..... | 1371 - 1379 |
| Les infractions relatives au commissariat aux comptes..... | 1380 - 1517 |

Extrait 1

PARTIE 4

Les délits financiers et boursiers

| | |
|---|-------------|
| L'activité non autorisée de banque et de placement financier | 1518 - 1649 |
| L'usure..... | 1650 - 1683 |
| Les délits de blanchiment de l'argent illicite | 1684 - 1803 |
| Les infractions applicables aux établissements de crédit en matière de compte bancaire et de services de paiement..... | 1804 - 1824 |
| Les délits relatifs au démarchage bancaire et financier | 1825 - 1926 |
| L'utilisation et la communication illicites d'une information privilégiée : délit et manquement d'initié | 1927 - 1991 |
| Le délit de manipulation de cours..... | 1992 - 2010 |
| Le manquement au bon établissement des cours..... | 2011 - 2029 |
| Le délit de fausse information du marché | 2030 - 2076 |
| Le manquement aux obligations d'information | 2077 - 2135 |
| Le délit d'obstacle et le manquement d'entrave aux enquêtes de l'Autorité des marchés financiers..... | 2136 - 2150 |

Le Lamy droit pénal des affaires

| | |
|--|-------------|
| Les infractions en matière de gestion de portefeuille | 2151 - 2173 |
| Présentation de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de la procédure devant la Commission des sanctions | 2174 - 2250 |
| La procédure de sanction de l'Autorité des marchés financiers | 2251 - 2317 |

PARTIE 5

Les infractions aux entreprises en difficulté

| | |
|----------------------------------|-------------|
| Le délit de banqueroute | 2318 - 2395 |
| Les « autres infractions » | 2396 - 2425 |

PARTIE 6

Les infractions relatives aux droits de la consommation et de la propriété intellectuelle

| | |
|---|-------------|
| Le droit pénal de la publicité | 2426 - 2591 |
| Les fraudes : la tromperie et la falsification | 2592 - 2759 |
| Le droit pénal des méthodes de vente | 2760 - 3067 |
| Propriété intellectuelle et délits de contrefaçon | 3068 - 3161 |
| Atteintes aux systèmes de traitement informatisé de données (fraude informatique) | 3162 - 3187 |

PARTIE 7

Le droit pénal de la concurrence

| | |
|--|-------------|
| Les infractions du droit de la concurrence | 3188 - 3327 |
| Les aspects de procédure | 3328 - 3410 |

PARTIE 8

Les délits fiscaux

| | |
|---|-------------|
| Infractions et sanctions : les délits de fraude fiscale | 3411 - 3504 |
| Recherche et constatation des infractions | 3505 - 3639 |
| Les phases administrative et judiciaire de la procédure | 3640 - 3673 |

PARTIE 9

Les délits douaniers

| | |
|---|-------------|
| Les pouvoirs des agents des douanes | 3674 - 3912 |
| Les infractions douanières | 3913 - 4162 |
| La répression des infractions | 4163 - 4469 |

PARTIE 10

Le droit pénal du travail

| | |
|---|-------------|
| Introduction au droit pénal du travail | 4470 - 4522 |
| Le droit pénal des accidents au travail | 4523 - 4615 |
| Harcèlements moral et sexuel au travail | 4616 - 4791 |
| Le droit pénal des discriminations au travail | 4792 - 4874 |
| Les délits d'exploitation par le travail | 4875 - 4915 |



Sommaire général

| | |
|--|-------------|
| Les délits d'entrave aux instances représentatives du personnel et aux droits y afférents | 4916 - 4979 |
| Le travail dissimulé | 4980 - 5055 |

PARTIE 11

Le droit pénal de la sécurité sociale

| | |
|--|-------------|
| Introduction au droit pénal de la sécurité sociale | 5056 - 5084 |
| Les incriminations du droit pénal de la sécurité sociale | 5085 - 5159 |
| Les règles de procédure applicables au droit pénal de la sécurité sociale..... | 5160 - 5309 |

PARTIE 12

Les infractions en matière d'environnement

| | |
|--|-------------|
| Les particularités du droit pénal de l'environnement | 5310 - 5370 |
| Le droit pénal de l'eau | 5371 - 5462 |
| Le droit pénal des installations classées | 5463 - 5517 |
| Le droit pénal des déchets | 5518 - 5593 |
| Le droit pénal de la pollution marine | 5594 - 5660 |

PARTIE 13

Les règles de procédure

| | |
|---|-------------|
| Recherche, constatation et poursuite des infractions..... | 5661 - 5790 |
| L'instruction et le jugement | 5791 - 5820 |

PARTIE 14

Aspects internationaux du droit pénal des affaires

| | |
|---|-------------|
| La sphère d'application du droit pénal et la coopération judiciaire internationale..... | 5821 - 5923 |
| La coopération pénale au sein de l'Union européenne | 5924 - 5992 |
| Le droit pénal de l'Union européenne | 5993 - 6056 |
| Le droit européen des droits de l'homme | 6057 - 6119 |



L'abus de biens et de pouvoirs sociaux

CHAPITRE 4

L'abus de biens et de pouvoirs sociaux

SOMMAIRE

| | | | |
|---|------|--|------|
| Bibliographie | 1167 | § 1. Personnes exposées aux délits | |
| Introduction | 1168 | Tous dirigeants | 1200 |
| Nécessité du délit | 1169 | A. — Personnes nommées | |
| Insuffisance des pénalités | 1170 | Gérants de SARL | 1201 |
| Apparition du délit | 1171 | Administrateurs de S.A. | 1202 |
| Les décrets-lois de 1935 | 1172 | Sociétés anonymes à directoire | 1203 |
| Critique de la méthode | 1173 | Sociétés à gestion dissociée | 1204 |
| La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 | 1174 | Sociétés en commandite par actions | 1205 |
| Évolution | 1175 | Sociétés par actions simplifiées | 1206 |
| Une éventuelle dépenalisation | 1176 | Autres sociétés | 1207 |
| Dispositions actuelles | 1177 | Sociétés d'assurance | 1208 |
| Droits étrangers | 1178 | Sociétés coopératives | 1209 |
| Complexité des affaires | 1179 | Sociétés civiles de placement immobilier | 1210 |
| Présentation de l'étude | 1180 | Liquidateur d'une société commerciale | 1211 |
| SECTION 1 | | B. — Dirigeants de fait | |
| Les sociétés concernées par les abus | | Historique | 1212 |
| Généralités | 1181 | Droit actuel | 1213 |
| § 1. Sociétés françaises | | Notion de dirigeant de fait | 1214 |
| Sociétés à responsabilité limitée | 1182 | Appréciation judiciaire | 1215 |
| EURL | 1183 | Reconnaissance du dirigeant de fait | 1216 |
| Sociétés par actions | 1184 | Dirigeant de fait et dirigeant légal | 1217 |
| SAS | 1185 | C. — Question des personnes morales | |
| Sociétés d'exercice libéral | 1186 | Exclusion avant 1994 | 1218 |
| Société d'économie mixte et société nationale | 1187 | La personne morale non auteur | 1219 |
| Liquidateur d'une société commerciale | 1188 | Personne morale complice | 1220 |
| Exclusion des groupements civils ordinaires | 1189 | § 2. L'acte d'usage | |
| Sociétés civiles de placement immobilier | 1190 | A. — Nature du délit | |
| Sociétés de construction | 1191 | Les abus, délits d'atteinte aux biens | 1221 |
| Société d'assurance | 1192 | B. — Notion d'usage | |
| Caisses d'épargne | 1193 | Simple utilisation | 1222 |
| § 2. Sociétés étrangères | | L'usage, acte positif | 1223 |
| Principe | 1194 | L'usage par abstention | 1224 |
| Prise en compte de la localisation de l'abus | 1195 | Usage temporaire | 1225 |
| Exclusion des sociétés de droit étranger | 1196 | Usage abusif | 1226 |
| Cas d'une société dépendant d'une société française | 1197 | Usage sans préjudice | 1227 |
| Décisions récentes | 1198 | Manifestations de l'usage | 1228 |
| SECTION 2 | | C. — Objet de l'usage | |
| Les conditions d'existence du délit | | Différents cas d'usage | 1229 |
| Les abus sociaux, délits attitrés | 1199 | Usage du crédit | 1230 |
| | | L'usage des pouvoirs | 1231 |

| | | | |
|--|------|---|------|
| Application récente | 1232 | <i>1^o Avantage d'ordre matériel</i> | |
| Exclusion de l'abus de pouvoirs | 1233 | Appropriation | 1272 |
| Abus des voix | 1234 | Paiement d'un tiers | 1273 |
| Décadence de l'abus des voix | 1235 | Caisses noires | 1274 |
| L'abus de biens sociaux | 1236 | <i>2^o Avantage d'ordre moral</i> | |
| Biens indisponibles | 1237 | Principe | 1275 |
| Nécessité d'un acte abusif | 1238 | Extension | 1276 |
| | | Prestige personnel | 1277 |
| | | Présomption d'intérêt personnel | 1278 |
| | | Constatation nécessaire | 1279 |
| § 3. Acte contraire à l'intérêt social | | B. — Intérêt personnel indirect | |
| Présentation | 1239 | Présentation | 1280 |
| A. — Notion | | <i>1^o Société ayant des dirigeants communs</i> | |
| Pluralité de conceptions | 1240 | Faveur pour une autre personne morale | 1281 |
| Intérêt propre | 1241 | Aide à une société amie | 1282 |
| Approche par l'objet social | 1242 | Prestations indues | 1283 |
| Imprécision de la notion | 1243 | <i>2^o Groupe de sociétés</i> | |
| B. — Applications | | Position du problème | 1284 |
| Prélèvements | 1244 | Apparition jurisprudentielle | 1285 |
| <i>1^o Compte courant d'associé</i> | | Admission du fait justificatif du groupe | 1286 |
| Existence d'un compte courant | 1245 | Autres applications | 1287 |
| <i>2^o Rémunération des dirigeants</i> | | Conditions | 1288 |
| Rémunération non autorisée | 1246 | Intérêt économique commun | 1289 |
| Cas des rémunérations autorisées | 1247 | Nécessité d'un équilibre entre les prestations | 1290 |
| Rémunération excessive | 1248 | Capacité financière du prêteur | 1291 |
| Rémunération sans contrepartie | 1249 | Fondement | 1292 |
| Rémunération justifiée | 1250 | | |
| Le cas de la retraite | 1251 | § 5. Mauvaise foi | |
| <i>3^o Dépenses personnelles</i> | | A. — Nécessité de l'intention | |
| Paiement de dettes personnelles | 1252 | Rappel de principe | 1293 |
| Paiement d'amendes | 1253 | Mention légale | 1294 |
| Cotisation de retraite | 1254 | Conscience | 1295 |
| <i>4^o Détournement de créances sociales</i> | | Négligence consciente | 1296 |
| Appropriation de créances sociales | 1255 | Nécessité de l'intention | 1297 |
| Les emplois fictifs | 1256 | B. — Constatation de l'intention | |
| Perception de commissions injustifiées | 1257 | Pas de présomption | 1298 |
| <i>5^o Recours à des moyens illicites</i> | | Connaissance | 1299 |
| Position du problème | 1258 | Prélèvement injustifié | 1300 |
| L'arrêt Carpaye | 1259 | Indices | 1301 |
| L'arrêt Noir-Botton | 1260 | Exclusion du repentir tardif | 1302 |
| L'arrêt Carignon | 1261 | Conclusion | 1303 |
| C. — Appréciation de l'acte | | | |
| Moment de l'appréciation | 1262 | SECTION 3 | |
| Intervention d'un organe social | 1263 | Modalités de la répression | |
| Intervention postérieure au délit | 1264 | Généralités | 1304 |
| Intervention antérieure au délit | 1265 | § 1. Choix de la qualification | |
| § 4. Fins personnelles | | Présentation | 1305 |
| Exigence légale | 1266 | A. — Cas de l'acte unique | |
| Présentation | 1267 | Société visée | 1306 |
| Intérêt personnel, notion autonome | 1268 | Abus de biens | 1307 |
| Exclusion du dol spécial | 1269 | Abus de confiance | 1308 |
| Exclusion du mobile | 1270 | | |
| A. — Intérêt personnel direct | | | |
| Intérêt personnel | 1271 | | |

| | | | |
|--|------|---|------|
| Banqueroute..... | 1309 | 5 ^o État actuel du droit de la prescription..... | 1340 |
| Détournement de biens..... | 1310 | Principe..... | 1340 |
| B. — Cas de pluralité d'actes..... | | Opérations non dissimulées en comptabilité : point de départ..... | 1341 |
| Infractions multiples..... | 1311 | Opération dissimulée..... | 1342 |
| Abus et corruption..... | 1312 | Perspectives..... | 1343 |
| Fausse factures..... | 1313 | § 4. Sanctions pénales..... | |
| § 2. Personnes poursuivables..... | | Justifications exclues..... | 1344 |
| A. — Auteurs..... | | A. — Peines principales..... | |
| Dirigeants..... | 1314 | Sanctions applicables..... | 1345 |
| B. — Complices..... | | Circonstance aggravante..... | 1346 |
| Principe..... | 1315 | Peines particulières..... | 1347 |
| Application..... | 1316 | Amnistie..... | 1348 |
| Conditions..... | 1317 | B. — Peine accessoire ou complémentaire..... | |
| C. — Receleurs..... | | Peine accessoire exclue..... | 1349 |
| Application du droit commun..... | 1318 | Peine complémentaire..... | 1350 |
| Recel et blanchiment..... | 1319 | § 5. Sanctions civiles..... | |
| Complicité et recel..... | 1320 | Droits de la victime..... | 1351 |
| § 3. Règles de procédure..... | | A. — Action civile..... | |
| Présentation..... | 1321 | 1 ^o Détermination de la victime..... | |
| A. — Flagrance..... | | Évolution..... | 1352 |
| Pas de délit apparent..... | 1322 | a) Action individuelle..... | |
| B. — Jurisdiction compétente..... | | Principe..... | 1353 |
| Jurisdiction spécialisée..... | 1323 | Objet de la réparation..... | 1354 |
| Localisation..... | 1324 | Exclusion des actions individuelles..... | 1355 |
| Respect des règles de procédure..... | 1325 | Retour vers l'action individuelle..... | 1356 |
| C. — Prescription du délit d'abus de biens sociaux..... | | b) Action sociale <i>ut singuli</i> | |
| Position du problème..... | 1326 | Principe..... | 1357 |
| Débats doctrinaux..... | 1327 | Portée du rejet des actions individuelles..... | 1358 |
| 1 ^o <i>Infraction instantanée</i> | | Action sociale par un associé..... | 1359 |
| Instantanéité..... | 1328 | c) Action sociale <i>ut universi</i> | |
| Prescription interrompue en cas de connexité..... | 1329 | Action d'un nouveau dirigeant..... | 1360 |
| Retard dans le point de départ..... | 1330 | d) <i>Créanciers</i> | |
| 2 ^o <i>Constatation de l'infraction</i> | | Exclusion des créanciers..... | 1361 |
| Apparition..... | 1331 | e) <i>Salariés</i> | |
| Dénonciateurs..... | 1332 | Personnel de l'entreprise..... | 1362 |
| Information de l'autorité de poursuite..... | 1333 | 2 ^o <i>Dommages-intérêts</i> | |
| Critiques..... | 1334 | Préjudices indemnisables..... | 1363 |
| Présentation des comptes annuels..... | 1335 | Préjudice moral..... | 1364 |
| 3 ^o <i>Dissimulation</i> | | Préjudice matériel..... | 1365 |
| Apparence trompeuse..... | 1336 | Réparation intégrale..... | 1366 |
| Date du versement..... | 1337 | Compensation prohibée..... | 1367 |
| Fausse imputation..... | 1338 | B. — Conséquences civiles ou commerciales d'un abus de biens..... | |
| 4 ^o <i>Associé négligent</i> | | Nullité de l'acte..... | 1368 |
| Négligence..... | 1339 | Action en comblement..... | 1369 |
| | | Faillite personnelle..... | 1370 |

- TROCHU M., JEANTIN M. et LANGE D., De quelques explications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, D. 1975, chron. 7 ;
- VERDIER J.-M., L'abus de mandat social, Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, Dalloz, 1955, 181 ;
- VÉRON M., L'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ?, Gaz. Pal. 1996, 2, doct., p. 623 ;
- VIDAL F., Abus de biens sociaux : une évolution difficile, Option finance 1999, n° 564, p. 4.

c) Colloques

- DEKEUWER-DEFOSSÉ F., Groupes de sociétés : contrats et responsabilités, Colloque LERADP, Université Lille II, LGDJ, 1994 ;
- DUCOULOUX-FAVARD C., Les leçons du droit comparé : le juge et la vie des affaires en Allemagne et en Italie, Actes du colloque d'Orléans, « Le délit d'abus de biens sociaux », 30 sept. 1996, Rev. jur. Ouest 1997, p. 97, n° spécial ;
- MOULY Ch., Contrats bancaires et groupes de sociétés, Actes du colloque LERADP, Université Lille II, LGDJ, 1994, p. 15 ;
- MULLER Y., La facturation de complaisance et les délits d'abus de biens sociaux et banqueroute par détournement d'actif, in Actes colloque « La facturation de complaisance dans les entreprises », L'Harmattan, 2001, p. 133 ;
- X., L'abus de biens sociaux, le particularisme français à l'épreuve de l'Europe, Colloque ESCP-EAP, CCIP et CREDA, Gaz. Pal. 20 nov. 2004, nos 324 à 325.

1168 Introduction

L'abus de biens sociaux consiste dans le fait, pour les dirigeants de certaines sociétés, d'user des biens de la société à des fins personnelles et contrairement à l'intérêt social. Cette infraction, qui concerne principalement, mais non exclusivement, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes, est apparue avec les décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935. La loi n° 66-567 du 24 juillet 1966 l'a conservée sans la modifier, puis elle a été codifiée aux articles L. 241-3 et L. 242-6 du code de commerce.

Pendant longtemps ce délit est resté discret. Mais, depuis quarante ans, il a fait l'objet d'informations et de commentaires, soit en raison des liens qu'il présente avec des faits de corruption intéressant le monde politique, soit du fait de l'importance des détournements ou de la notoriété de la société (ou de ses dirigeants). Du fait de sa médiatisation, l'abus des biens est devenu l'infraction phare du droit des sociétés et de la vie des affaires.

1169 Nécessité du délit

Antérieurement aux décrets-lois de 1935, les excès commis par les dirigeants des sociétés relevaient de l'abus de confiance, puisqu'ils étaient des mandataires qui avaient pu manquer à leur mission. Toutefois, le délit d'abus de confiance ne permettait pas d'appréhender toutes les situations dangereuses pour une société. C'est qu'en effet, l'abus de confiance ne pouvait concerner que des biens mobiliers et même des biens corporels. Or, une société peut être titulaire de créances (biens incorporels) ou d'immeubles. En faire un usage ou les détourner de leur affectation ne pouvait donner prise au délit. Par ailleurs, s'agissant de la remise préalable des biens, des doutes pouvaient apparaître, car personne ne confie au dirigeant des biens meubles. Du seul fait qu'il est président ou

gérant, il a le pouvoir d'utiliser les sommes se trouvant en caisse ou sur le compte bancaire ou les biens composant l'actif social. On rappellera aussi que le contrat de société ne figurait pas dans la liste limitative de l'article 408 de l'ancien code pénal.

Il est vrai que la jurisprudence se fondait sur le fait que le dirigeant était un mandataire de l'assemblée des associés, et qu'il devait agir conformément aux souhaits de ces derniers, qui avaient mis des fonds afin qu'ils en obtiennent des bénéfices.

1170 Insuffisance des pénalités

Ce sont aussi les pénalités qui pouvaient apparaître trop faibles. En effet, l'abus de confiance n'exposait qu'à un emprisonnement de deux mois à deux ans, – alors que l'escroquerie était punissable de six mois à cinq ans –, et à l'interdiction des droits civiques, civils ou de famille de l'article 42 de l'ancien code pénal, la peine d'amende étant identique. Peut-être les sanctions de l'abus de confiance pouvaient être suffisantes pour des sociétés de taille modeste ou de famille. En revanche, elles semblent trop faibles pour des sociétés faisant appel public à l'épargne ou pour des sociétés de taille internationale.

1171 Apparition du délit

Indépendamment de ces critiques relatives à la législation, des affaires ont mobilisé l'opinion publique au début du 20^e siècle. Ce sont les affaires *Oustric* et *Stavisky* dans lesquelles se sont trouvés mêlés des hommes politiques ou des hauts fonctionnaires.

Il ne pouvait être question de ne rien changer. Aussi bien, un sénateur, Lesaché, a déposé une proposition de loi le 4 février 1932. Un projet de loi comportant des dispositions comparables fut déposé en janvier 1935.

1172 Les décrets-lois de 1935

Du fait de la crise économique aux États-Unis, le gouvernement profita de la loi du 8 juin 1935 de pleins pouvoirs en vue « d'assurer la défense du franc et la lutte contre l'inflation » pour garantir une meilleure protection de l'épargne, favoriser le développement des sociétés commerciales et faire taire les inquiétudes suscitées par les affaires. Comme l'indique le rapport précédant les décrets-lois, « la lutte entreprise pour la défense du franc appelle certaines mesures qui apporteront aux placements faits par l'épargne, une plus grande sécurité en même temps qu'elles sanctionnent plus efficacement les obligations qui s'imposent à tous ceux que les épargnants ont investi de leur confiance pour la gestion et la surveillance de leurs capitaux ».

Le décret-loi du 8 août 1935 a ainsi introduit dans l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867, le délit d'abus des biens sociaux ainsi que ceux d'abus du crédit, des pouvoirs ou des voix, qu'il a déclarés punissables des peines de l'escroquerie. Le même décret-loi rendait applicables ces délits aux sociétés anonymes (art. 45 de la loi du 24 juillet 1867). Un décret-loi du 30 octobre 1935 introduisait ces mêmes délits dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les organismes d'assurances, de capitalisation et d'épargne.

1173 Critique de la méthode

Certains auteurs ont contesté la voie utilisée pour créer un délit punissable du maximum de la peine d'emprisonnement prévue alors en matière correctionnelle (Constantin L.,

Droit pénal des sociétés par actions, PUF, 1968, p. 42). Mais sous l'empire de la troisième République, cette manière de légiférer était tolérée, étant précisé qu'avant toute ratification par le parlement, un décret-loi pouvait être traité comme un acte administratif dont l'illégalité pouvait être soulevée devant le juge pénal.

En fait, il n'y eut pas de recours. Il convient d'ailleurs d'observer que peu d'affaires ont donné lieu à contentieux, à cette époque.

1174 La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966

Lorsque sous l'impulsion du garde des Sceaux, Jean Foyer, un projet de loi sur les sociétés commerciales a été envisagé, d'autres questions que les délits du droit des sociétés ont été largement discutées (société à directoire, intéressement des travailleurs, future directive européenne sur la constitution des sociétés, etc.). Toutefois, un débat s'est instauré entre commercialistes et pénalistes quant au maintien ou non des dispositions pénales. Finalement, la thèse de la conservation de l'acquis l'a emporté. Toutes les dispositions pénales ont été rassemblées dans le titre II de la loi du 24 juillet 1966. Les abus de biens, du crédit, des pouvoirs et des voix ont été maintenus, sans modification rédactionnelle, à l'exception de la faveur d'une autre société, complétée par la faveur d'une autre entreprise. La pénalité par renvoi a été supprimée et a laissé la place à une peine autonome (emprisonnement de cinq ans et amende de 40 000 F, légèrement supérieure à celle de l'escroquerie en 1966).

C'étaient les articles 425-4 et 437-3° et 4° de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966.

1175 Évolution

La jurisprudence est devenue plus importante, et surtout des questions, non résolues, ont été posées. En particulier, il y a eu celle de savoir qui pouvait agir au titre de l'action civile, puis celle relative à la prescription de l'action publique (jour de commission de l'acte ou jour de sa découverte ?), et la détermination de l'acte contraire à l'intérêt social. Les décisions rendues ont été parfois critiquées, car elles pouvaient donner à penser à une dérive extensive du délit. Différentes propositions visant à mieux définir l'intérêt de la société ou à préciser le point de départ de la prescription ont été formulées. Mais, elles n'ont pu donner lieu à une intervention du législateur, en raison de l'existence de poursuites pouvant intéresser des personnages politiques, ce qui aurait pu donner à penser à une amnistie déguisée.

Aussi bien, lors de la codification du droit commercial effectuée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, la commission de codification – chargée d'ailleurs de codifier à droit constant – n'a apporté aucun correctif aux textes de la loi du 24 juillet 1966.

1176 Une éventuelle dépenalisation

Au lendemain de l'élection présidentielle de mai 2007, le président de la République a estimé qu'il convenait de procéder à une certaine dépenalisation de la vie des affaires (bicentenaire du Code de commerce de 1807). Sans doute, ce mouvement avait déjà été amorcé avec les lois n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques ou n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière. Mais, ces lois n'ont pas procédé à une modification des abus de biens sociaux.

Aussi bien, une commission présidée par Jean-Marie Coulon, premier président honoraire de la cour d'appel de Paris,

a été chargée de se prononcer sur la « dépenalisation de la vie des affaires ». Elle a remis au garde des Sceaux son rapport en 2008 (Coulon J.-M., Rapp., « La dépenalisation de la vie des affaires », Doc. fr., févr. 2008).

La commission n'a pas manqué d'examiner le cas de l'abus des biens sociaux, mais elle n'a pas cru devoir réviser la définition des infractions, et en particulier se prononcer sur l'intérêt social. En revanche, elle a proposé de fixer de manière intangible le point de départ de la prescription du délit au jour de la commission des faits, et afin de ne pas paraître effectuer une exception, elle a suggéré d'allonger le délai de la prescription, de sorte qu'en matière d'abus de biens sociaux, la prescription ne serait acquise que sept ans après les faits (cf. Rapp. précité, p. 102). En fait, cette proposition n'aurait pas eu d'effet sur la dépenalisation de l'abus de biens sociaux, ce d'autant plus que la jurisprudence aurait pu continuer à retenir une dissimulation pour retarder le point de départ du délai de la prescription du délit. De toute façon, le rapport n'a pas eu de suites législatives. En revanche, le législateur contemporain aggrave les sanctions (cf. L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, art. 27 ; L. n° 2013-1117, 6 déc. 2013, art. 30 ; voir n° 1346).

1177 Dispositions actuelles

L'article L. 241-3 du code de commerce punit de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende le fait « pour les gérants d'une SARL 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 ». Les gérants sont exposés aux mêmes sanctions quand ils font usage de mauvaise foi des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent.

De son côté, l'article L. 242-6 du code de commerce punit également de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende « le président, les administrateurs, les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi 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 ». Ces mêmes personnes sont exposées aux mêmes peines quand elles font usage de mauvaise foi des pouvoirs qu'elles possèdent ou des voix dont elles disposent à des fins personnelles contraires à l'intérêt social.

L'article 30 de la loi n° 2013-117 du 6 décembre 2013 prévoit une circonstance aggravante tenant à un recours à un compte ouvert à l'étranger, la peine étant de sept ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende (voir n° 1346).

De ces textes, il résulte que ce que l'on dénomme abus de biens sociaux, comprend aussi l'abus du crédit, l'abus des pouvoirs et des voix. Mais hors l'objet de l'abus punissable, ces quatre délits présentent les mêmes éléments constitutifs, de sorte que leur étude sera menée conjointement.

1178 Droits étrangers

Même si de nombreux pays européens n'ont pas prévu d'incrimination spécifique comparable à l'abus de biens sociaux, ils punissent cependant les dirigeants de société effectuant des actes de mauvaise gestion.

En droit belge, les comportements des dirigeants abusant des biens sociaux relevaient de l'abus de confiance, punissable de cinq années d'emprisonnement (C. pén. belge, art. 491). Mais une loi du 8 août 1997 a inséré un article 492 bis dans le code pénal pour réprimer l'abus de biens sociaux. Le droit allemand fait application de l'abus de confiance (C. pén. allemand, art. 266). Le droit italien retenait le délit d'appropriation indélicatement (C. pén. italien, art. 646). Mais depuis la loi

n° 366 du 3 octobre 2001, une incrimination de déloyauté patrimoniale a été introduite à l'article 2534 du code civil. Le droit suisse sanctionne la gestion déloyale (C. pén. suisse, art. 158) qui concerne tous mandataires chargés de gérer les intérêts d'autrui. Le droit espagnol sanctionne de quatre années d'emprisonnement, les administrateurs de droit ou de fait qui, abusant de leurs pouvoirs, disposent frauduleusement des biens de la société (C. pén. espagnol, art. 295). Le Royaume-Uni de Grande Bretagne ne connaît pas de législation spécifique, mais le droit pénal commun peut trouver à s'appliquer.

Une harmonisation des législations européennes n'est donc pas à prévoir dans un avenir prochain, même si le modèle français a inspiré certains droits de pays voisins.

1179 Complexité des affaires

Si, souvent dans les sociétés de taille modeste, l'abus de biens a pour finalité d'attribuer au dirigeant une somme d'argent ou un bien appartenant à la société, sans y avoir été autorisé, dans les grandes sociétés, l'abus de biens peut servir à corrompre un élu, ou un décideur public. Parfois, pour déguiser une opération personnelle, le dirigeant a recours à une fausse facture, afin de justifier apparemment la sortie des fonds.

Dans ces différentes situations, sous réserve de respecter les dispositions concernant la saisine, les juridictions pourront retenir les différentes qualifications applicables aux faits. Parfois, les intéressés tentent de soutenir qu'il y a cumul idéal d'infractions ne permettant de retenir que la qualification la plus haute applicable à la situation de fait. Mais, pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il que les infractions retenues soient totalement identiques dans leurs éléments constitutifs, et se soient déroulées dans le même laps de temps.

Or, le plus souvent, la facture vient justifier une sortie de fonds qui vont servir à corrompre ou à effectuer un trafic d'influence. Aussi bien, les différentes infractions se trouvent en concours réel, et la juridiction de jugement est en droit de déclarer les intéressés coupables des différentes infractions (Cass. crim., 17 nov. 1986, n° 85-93.444, Bull. crim., n° 344 : abus de biens et de fraude fiscale ; Cass. crim., 20 juin 1991, n° 90-85.993 : abus de biens, faux et corruption ; Cass. crim., 25 oct. 2006, n° 04-81.502 : abus de biens, faux et corruption ; Cass. crim., 25 oct. 2006, n° 04-81.502 : corruption passive de salariés et abus de biens sociaux ; Cass. crim., 25 juin 2014, n° 13-84.445 : abus de biens sociaux et faux ; Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 13-87.968 : abus de biens sociaux et blanchiment ; Cass. crim., 23 mars 2016, n° 15-81.448, publié au bulletin : vol, escroquerie, faux et abus de biens sociaux). Au demeurant, en ce qui concerne les victimes, il convient de rechercher si elles peuvent se prévaloir d'un dommage résultant directement de tel délit, étant indiqué que l'abus de biens ne cause un préjudice qu'à la société, les associés étant exclus, à titre personnel, depuis la jurisprudence intervenue en 2000.

1180 Présentation de l'étude

Avant de procéder à l'examen des éléments constitutifs des délits d'abus des dirigeants et aux modalités de la répression, il convient de préciser quelles sont les sociétés pour lesquelles les dirigeants peuvent être exposés à l'un des délits définis par les articles L. 241-3 ou L. 242-6 du code de commerce.

SECTION 1

Les sociétés concernées par les abus

1181 Généralités

Toutes les sociétés commerciales ne sont pas visées par les abus de biens. En principe, il s'agit de certaines sociétés immatriculées en France. À s'en tenir aux articles L. 241-3 et L. 242-6 du code de commerce, l'abus de biens et ses satellites concernent les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes. En revanche, les sociétés de droit étranger sont exclues.

§ 1. Sociétés françaises

1182 Sociétés à responsabilité limitée

L'article L. 241-3 du code de commerce vise les sociétés à responsabilité limitée. Dès l'instant que cette forme sociale a été adoptée, peu importe la composition de la société. Ainsi, le délit a été retenu contre le dirigeant d'une SARL, alors que celle-ci ne comprenait qu'un père et son fils : Cass. crim., 26 mai 1994, n° 93-84.615, Bull. crim., n° 206, Rev. sociétés 1994, p. 771, note Bouloc B., Dr. pén. 1994, comm. 10).

1183 EURL

L'EURL n'est pas mentionnée dans la loi. Mais, comme l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) est une forme de SARL, la jurisprudence a jugé que le gérant d'une EURL pouvait commettre un abus de biens sociaux (Cass. crim., 14 juin 1993, n° 92-80.763, Bull. crim., n° 208, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 1139, note Saintourens B., Rev. sociétés 1994, p. 90, note Bouloc B. ; Cass. crim., 20 févr. 2002, n° 01-83.747, Rev. sociétés 2002, p. 546, note Bouloc B.). Sans doute, on peut émettre des réserves quant au bien-fondé de cette solution car l'abus de biens sociaux tend à protéger les coassociés contre les abus du dirigeant. Or, en cas d'EURL, l'associé-gérant ne lèse aucune personne physique. Mais, pour la Cour de cassation, l'acte abusif lèse la personne morale qui est distincte de la personne physique.

1184 Sociétés par actions

L'article L. 242-6 du code de commerce s'applique aux sociétés anonymes avec conseil d'administration. Les sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance sont également visées par l'article L. 242-30, tandis qu'il y a renvoi à l'article L. 242-6 du code de commerce par l'article L. 243-1 dudit code pour les sociétés en commandite par actions. Les sociétés européennes relèvent également des abus de biens ou de pouvoirs (C. com., art. L. 244-5).

1185 SAS

La société par actions simplifiée (SAS) instituée par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 – et qui peut ne comporter qu'un seul associé (C. com., art. L. 227-1) – est également soumise à l'abus de biens sociaux (C. com., art. L. 244-1 ; *cf.* toutefois pour un point de vue critique : Médina A., *Abus de biens sociaux*, Dalloz 2011, n° 0-29).

1186 Sociétés d'exercice libéral

D'une manière générale, le délit d'abus de biens sociaux peut s'appliquer à toute société ayant pris la forme d'une société à responsabilité limitée, d'une société anonyme ou d'une SAS. Tel peut être le cas d'une société destinée à l'exercice d'une activité libérale (société d'expertise comptable, société de commissaire aux comptes, société d'architectes, etc.) ou d'une activité réglementée ou dont le titre est protégé (avocats, notaires, médecins). Si la structure choisie est une SA ou une SARL, l'abus de biens peut trouver à s'appliquer.

1187 Société d'économie mixte et société nationale

Une société d'économie mixte, associant État ou collectivités territoriales et des capitaux privés relève de l'abus de biens sociaux, si elle a pris la forme d'une société anonyme ou d'une SARL (Cass. crim., 16 févr. 1971, n° 69-90.205, Bull. crim., n° 53, D. 1971, p. 294 ; Cass. crim., 16 déc. 1975, n° 79-91.045, Bull. crim., n° 279, D. 1976, I.R., p. 28, Rev. sociétés 1976, p. 353, note Guilberteau M.). Il en est de même pour les sociétés nationalisées ou nationales, dont le capital est détenu par l'État ou par des personnes morales de droit public. Le directeur général d'une société d'économie mixte se rend coupable d'abus de biens sociaux lorsqu'il bénéficie d'avances indues et dispose d'un compte courant débiteur (Cass. crim., 26 janv. 2011, n° 10-80.964, Rev. sociétés 2011, p. 448, obs. Bouloc B.).

1188 Liquidateur d'une société commerciale

Le législateur a estimé devoir incriminer le liquidateur de toute société commerciale, qui ferait usage des biens ou du crédit social, contrairement à l'intérêt social, à des fins personnelles ou pour favoriser une société dans laquelle il est intéressé (C. com., art. 247-8). L'emprisonnement est de cinq années, mais l'amende est de 9 000 € (*cf.* Cass. crim., 11 juin 1998, n° 97-80.905, Rev. sociétés 1999, p. 156, note Bouloc B.). Le délit peut concerner le liquidateur d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple. Un délit similaire est prévu pour le liquidateur d'une société civile de placement immobilier (C. mon. et fin., art. L. 231-20, ayant repris l'article 33 de la loi n° 70-1300 du 31 décembre 1970 qui renvoyait à l'article 488 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 247-8 du code de commerce).

1189 Exclusion des groupements civils ordinaires

Sont exclus du délit d'abus de biens sociaux, les sociétés civiles dont les dirigeants relèvent de l'abus de confiance. Il en est de même pour les associations ou les syndicats. Toutefois, les sociétés coopératives comportent une incrimination de l'abus de biens par l'article 26 de la loi n° 47-1775 du

10 septembre 1947 renvoyant aux peines de l'escroquerie, y compris les peines complémentaires (Cass. crim., 7 mars 1968, n° 66-92.402, Bull. crim., n° 80, D. 1968, p. 82). La loi sanctionne le fait de « disposer des biens ou du crédit » et non pas le simple usage. Mais, pour la Cour de cassation, le fait d'avoir effectué des versements pour la libération des actions de certains coopérateurs était un usage ayant entraîné une diminution de l'actif sans contrepartie (Cass. crim., 28 mai 1979, n° 78-93.828, Bull. crim., n° 186).

1190 Sociétés civiles de placement immobilier

Suite à des scandales provoqués par le recours à des sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne, une loi du 31 décembre 1970 a fixé le régime de ces sociétés, en s'inspirant des dispositions concernant les sociétés anonymes. En particulier, a été retenu le délit d'abus de biens sociaux. Après insertion dans le Code monétaire et financier, l'article L. 231-11 sanctionne de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende le fait, pour les dirigeants de la société de gestion d'une société civile de placement immobilier 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. Il en est de même en cas d'usage abusif des pouvoirs ou des voix (C. com., art. L. 231-11).

1191 Sociétés de construction

En matière de sociétés de construction, l'article L. 241-6 du code de la construction, reprenant une disposition de la loi n° 57-908 du 7 août 1957 incrimine l'abus des biens sociaux, du crédit, des pouvoirs ou des voix dans les sociétés régies par le décret n° 54-1123 du 10 novembre 1954. Toutefois, si l'emprisonnement prévu est de 5 ans, l'amende est de 18 000 €. Le délit vise les sociétés concernées par le décret du 10 novembre 1954, mais il semble que de telles sociétés n'existent plus (*cf.* toutefois, Cass. crim., 17 oct. 1973, n° 72-92.606, Bull. crim., n° 365, Rev. sociétés 1974, p. 145, note Bouloc B.).

1192 Société d'assurance

En matière d'assurance, le décret-loi du 30 octobre 1935 a étendu aux sociétés d'assurance et de capitalisation les dispositions de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867. La loi du 4 janvier 1994 réformant le droit applicable aux sociétés d'assurance a maintenu cette disposition (C. assur., art. L. 328-3). Une société d'assurance à forme mutuelle et à objet civil est donc soumise au respect de l'article L. 242-6 du code de commerce.

1193 Caisses d'épargne

Lors de la réforme du réseau des Caisses d'épargne par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999, des caisses locales à forme coopérative avaient été mises en place, rassemblées dans des Caisses d'épargne, lesquelles ont à leur tête la Caisse nationale d'épargne. À la suite des réformes intervenues par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et la loi n° 2009-715 du 18 juin 2009, le réseau des Caisses d'épargne comporte toujours des sociétés locales qui sont des sociétés coopératives (C. mon. et fin., art. L. 512-87). Toutes ces sociétés peuvent donner prise à l'abus de biens sociaux.

1194

Avant que les établissements publics nationaux comme Charbonnages de France, Électricité de France et Gaz de France, ne soient transformés en sociétés anonymes, leurs statuts fixés par les lois de nationalisation comportaient un article consacré aux abus de biens sociaux.

§ 2. Sociétés étrangères

1194 Principe

À la différence de l'abus de confiance ou de l'escroquerie qui, figurant dans le Code pénal, peuvent concerner toutes personnes se trouvant sur le territoire national, françaises ou non, les délits d'abus de biens sociaux étaient mentionnés dans les lois concernant les sociétés commerciales, constituées d'après le droit français. La codification à droit constant n'a pas entraîné d'innovation sur ce point.

1195 Prise en compte de la localisation de l'abus

Certains juges, prenant en considération les dispositions du code de procédure pénale, ont localisé en France les détournements de fonds sociaux, et on sait qu'en pareil cas, la compétence judiciaire emporte la compétence législative (CA Paris, 9 déc. 1992, *Gaz. Pal.* 1993, 1, 151, note Marchi J.-F.). Mais, la Cour de cassation a considéré que le lieu de commission de l'abus des biens devait s'entendre du siège où a été arrêtée et s'est traduite en comptabilité la décision de faire supporter par une société le coût de travaux injustifiés (Cass. crim., 6 févr. 1996, n° 95-84.041, *Bull. crim.*, n° 60, *Rev. sociétés* 1997, p. 125, note Boulouc B., *Gaz. Pal.* 1996, I, p. 218, note Doucet J.-P., *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 409, note Barbiéri J.-F.). Ce faisant, la Cour de cassation renouait avec une jurisprudence ancienne selon laquelle on ne peut appliquer à chaque forme de société que les délits prévus par la loi qui la régit (Cass. crim., 9 mai 1879, DP 1879, I, 315).

1196 Exclusion des sociétés de droit étranger

Par un arrêt du 3 juin 2004 (Cass. crim., 3 juin 2004, n° 03-80.593, *Bull. crim.*, n° 152, D. 2004, p. 3213, note Caramalli D., *Rev. sociétés* 2004, p. 912, note Boulouc B., *Dr. pén.* 2004, n° 128, obs. Robert J.-H., *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1373, note Menjucq M.), la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant condamné pour abus de biens sociaux le gérant d'une société propriétaire d'un hôtel à Antibes, mais ayant son siège à Jersey, en raison du paiement de loyers personnels par le débit de son compte courant, à partir de comptes bancaires en France. Elle juge 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. Ainsi, seules les sociétés pour lesquelles la loi a prévu l'incrimination d'abus de biens peuvent voir leurs dirigeants tomber sous le coup de la loi spéciale, la loi générale pouvant évidemment trouver application. Peu importe donc le lieu où a été prise la décision portant sur l'acte abusif (*cf.* encore Cass. crim., 3 nov. 2005, n° 05-80.363, *Dr. sociétés* 2006, comm. 30, obs. Salomon R.).

1197

Cas d'une société dépendant d'une société française

Dans l'affaire *Elf*, jugée le 31 janvier 2007 (Cass. crim., 31 janv. 2007, n°s 02-85.089 et 05-82.671, *Bull. crim.*, n° 28, *Rev. sociétés* 2007, p. 379, note Boulouc B., *Dr. sociétés* 2007, comm. 83, obs. Salomon R., *Rev. sc. crim.* 2007, p. 310, note Rebut D.), la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir retenu le délit d'abus de biens sociaux dans une société ayant son siège statutaire à l'étranger, en raison du fait qu'une société française détenait une participation majoritaire dans son capital, que la société gabonaise avait un établissement immatriculé au registre du commerce, que son président résidait à Paris et que les décisions d'octroyer les avances frauduleuses avaient été prises dans les locaux de la société mère à la Défense. Malgré ces arguments, la société était tout autant étrangère que la société de Jersey exploitant un hôtel à Antibes, et dont le gérant résidait sur la Côte d'Azur. On voit donc que le statut d'une société soumise à un droit étranger n'est pas un rempart suffisant pour éviter l'abus de biens sociaux.

1198

Décisions récentes

À nouveau, par un arrêt du 10 mars 2010 (Cass. crim., 10 mars 2010, n° 09-82.453, *Rev. sociétés* 2011, p. 114, note Menjucq M.), la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Papeete d'avoir appliqué la loi française à une société ayant un siège social à Hong Kong mais qui avait un établissement secondaire à Papeete, et dont l'activité essentielle était localisée en Polynésie (plusieurs comptes bancaires, plusieurs personnes évaluant les achats, alors qu'il n'y avait que deux commerciaux à Hong-Kong). De même, la Cour de cassation a retenu l'application du droit français à une EURL Khalifa Airways exerçant son activité principale à Puteaux où elle avait son principal établissement (Cass. crim., 4 avr. 2012, n° 10-87.448, inédit).

Un arrêt du 25 juin 2014 (Cass. crim., 25 juin 2014, n° 13-84.445, *Dr. sociétés* 2014, comm. 135, obs. Salomon R., *Rev. sociétés* 2015, p. 50, note Menjucq M.) a retenu le délit de biens sociaux à l'encontre d'une société de droit espagnol. Pour la cour d'appel, la société était fictive et exerçait son activité en France, l'intéressé exerçant aussi une activité irrégulière de transporteur public privé. Sans doute, les actes abusifs avaient été accomplis en France, mais il aurait fallu mieux caractériser la fiction.

Ainsi, pourront échapper au délit d'abus de biens, les sociétés de droit étranger dont l'activité en France ne serait que secondaire ou accessoire. Ces précisions faites, il convient de déterminer les conditions d'existence du délit.

SECTION 2

Les conditions d'existence du délit

1199

Les abus sociaux, délits attirés

À la différence de très nombreuses infractions qui visent soit celui qui fait ou omet de faire, soit le fait de faire ou

d'omettre (nouvelle formule du Code pénal de 1992-1994), les délits d'abus de biens sociaux sont des délits personnalisés ou attitrés. Par ailleurs, les délits n'existent qu'en cas d'usage contraire à l'intérêt social, et à des fins personnelles, des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix, usage fait de mauvaise foi. Ce sont ces différentes questions qu'il convient d'approfondir.

§ 1. Personnes exposées aux délits

1200 Tous dirigeants

Depuis leur introduction dans la législation, les délits d'abus de biens ne peuvent être imputés qu'à certaines personnes exerçant une activité déterminée au sein de la société (voir n° 1201 et s.). La pratique ayant révélé le recours à des prête-noms, le législateur a étendu les délits aux dirigeants de fait (voir n° 1212). Lors de la rédaction du nouveau Code pénal sont apparues comme sujets du droit pénal les personnes morales. À cette époque, les délits de sociétés n'avaient pas été touchés par cette extension. Mais, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 ayant généralisé la responsabilité pénale des personnes morales, se pose la question de savoir si une personne morale pourrait se voir imputer un délit d'abus de biens.

A. — Personnes nommées

1201 Gérants de SARL

En ce qui concerne les SARL, l'article L. 241-3, 4° et 5°, du code de commerce désigne les gérants. Il s'agit soit de celui qui est désigné dans les statuts, soit de la personne qui a été nommée par un acte postérieur, par exemple lors d'une assemblée générale ou par une consultation écrite des associés.

Le gérant ne saurait être exonéré de responsabilité au motif qu'il aurait été écarté de la gestion par une gérante de fait, titulaire d'une délégation de pouvoir, sans portée, car donnée à une personne frappée d'une interdiction de gérer (Cass. crim., 13 juin 2013, n° 11-85.280, Rev. sociétés 2013, p. 239, obs. Bouloc B.).

1202 Administrateurs de S.A.

L'article L. 242-6, 3° et 4°, du code de commerce envisage les présidents, administrateurs ou directeurs généraux des sociétés anonymes. Le président est le président du conseil d'administration, et les administrateurs, les membres du conseil d'administration. Les directeurs généraux sont les directeurs ayant reçu mandat d'assister le président. N'étant pas, le plus souvent, administrateurs, ils disposent en fait, en raison de leur délégation, de larges pouvoirs d'administration. La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré qu'un directeur général adjoint était un directeur général pouvant se rendre coupable d'un abus de biens sociaux (Cass. crim., 19 juin 1978, n° 77-92.750, Bull. crim., n° 202).

Le dirigeant légal ne saurait être exonéré de responsabilité au motif qu'il est sous l'influence de la société mère (Cass. crim., 31 mai 2012, n° 11-86.234, Rev. sociétés 2013, p. 47, obs. Matsopoulou H., Dr. pén. 2012, comm. 132).

1203 Sociétés anonymes à directoire

Pour les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, l'article L. 242-30 du code de commerce assimile les membres du directoire et du conseil de surveillance aux président, administrateurs ou directeurs généraux d'une société anonyme avec conseil d'administration. Malgré cette indication, il faut convenir que seuls les membres du directoire sont exposés à l'abus de biens sociaux, car les membres du conseil de surveillance ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion. S'ils le faisaient, ils usurperaient des pouvoirs ne leur appartenant pas et pourraient être considérés comme des dirigeants de fait.

1204 Sociétés à gestion dissociée

S'agissant des sociétés qui, à la suite de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, auront opté pour une dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général, ces personnes peuvent être auteurs du délit d'abus de biens sociaux. Il en est de même des directeurs généraux délégués, qui se trouvent dans une situation comparable au directeur général adjoint.

1205 Sociétés en commandite par actions

En ce qui concerne les sociétés en commandite par actions, sera responsable pénalement le gérant (C. com., art. L. 243-1). Pour le cas où celui-ci serait une personne morale (ce qui est contestable) ses dirigeants pourraient être sanctionnés au titre de l'abus de biens sociaux, par application de l'article L. 221-3, alinéa 2, du code de commerce, précisant que les dirigeants de ladite personne morale sont soumis aux mêmes obligations et responsabilité civile et pénale que s'ils étaient gérants en leur nom propre. Il importe peu que la personne morale en question ne soit pas une société ou un groupement pour lequel l'abus de biens sociaux serait prévu.

1206 Sociétés par actions simplifiées

Dans les sociétés par actions simplifiées, les membres du conseil d'administration ou du directoire sont exposés aux mêmes responsabilités que les membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes (C. com., art. L. 227-8). Au demeurant, l'article L. 244-1 du code de commerce précise que les peines applicables aux président et administrateurs ou directeurs généraux des sociétés anonymes, concernent le président et les dirigeants des sociétés par actions simplifiées.

1207 Autres sociétés

En ce qui concerne les sociétés relevant de dispositions étrangères aux articles L. 241-3 et L. 242-6 du code de commerce, il convient de se référer aux dispositions fixées par la loi (C. com., art. L.241-3 et C. com., art. 242-6).

1208 Sociétés d'assurance

Pour les sociétés d'assurance, quelle que soit leur forme (société commerciale ou société d'assurance mutuelle), l'article L. 328-3 du code des assurances, étend l'application de

1209

l'article 437 de la loi du 24 juillet 1966 (C. com., art. L. 242-6). Il s'ensuit que les administrateurs et les directeurs généraux peuvent se voir reprocher le délit.

1209 Sociétés coopératives

En matière de sociétés coopératives, le législateur a prévu que sont responsables d'abus éventuels, les gérants ou les administrateurs. Si la coopérative comporte un conseil d'administration avec un président, celui-ci est concerné (*cf.* Cass. crim., 28 mai 1979, n° 78-93.828, Bull. crim., n° 186). La difficulté se présente en ce qui concerne le directeur général qui n'est pas mentionné dans l'article 26 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947. La Cour de cassation, par un arrêt du 17 mars 1977 (Cass. crim., 17 mars 1977, n° 75-92.934, Bull. crim., n° 103), a considéré qu'un directeur général délégué de tous les pouvoirs était un mandataire social, au sens de la loi. Mais, une dizaine d'années plus tard, le 22 février 1988 (Cass. crim., 22 févr. 1988, n° 87-80.087, Bull. crim., n° 86), la chambre criminelle a jugé que le directeur d'une coopérative n'était qu'un simple préposé, et ne pouvait être considéré comme un administrateur ou un dirigeant de fait. Il est vrai qu'en l'espèce, il n'avait fait qu'exécuter une décision arrêtée par le conseil d'administration, sans avoir fait preuve d'une initiative particulière (*cf.* toutefois, Cass. crim., 25 mars 1965, n° 64-91.931, Bull. crim., n° 89, considérant que le directeur préposé de la coopérative peut se rendre coupable d'abus de confiance).

1210 Sociétés civiles de placement immobilier

Pour les sociétés civiles de placement immobilier, l'article L. 321-11 du code monétaire et financier vise les « dirigeants de la société de gestion ». Ce terme vague et général ne peut concerner que des personnes physiques ; il pourra s'agir du gérant d'une société en nom collectif, des administrateurs, du président du conseil d'administration ou des membres du directoire d'une société anonyme.

1211 Liquidateur d'une société commerciale

Enfin, il faut retenir le cas des liquidateurs d'une société commerciale. En 1935, les auteurs des décrets-lois n'avaient pas envisagé cette situation pour laquelle certains auteurs raisonnaient par analogie (Verdier J.-M., *in* Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, Dalloz, 1955, p. 199), tandis que d'autres respectaient le principe de la légalité criminelle. La Cour de cassation paraissait être favorable à la première thèse (Cass. crim., 11 mars 1971, n° 70-91.840, Bull. crim., n° 86, Rev. sociétés 1971, p. 600, note Bouloc B.). La loi du 24 juillet 1966 a mis un terme à cette difficulté. L'article L. 247-8 du code de commerce punit le liquidateur de toute société commerciale (y compris les sociétés en commandite simple et les sociétés en nom collectif), qui fait usage de biens ou du crédit à la société à des fins personnelles, l'amende étant toutefois de 9 000 € (absence de révision, lors de la loi du 30 décembre 1977). En matière de sociétés coopératives, le liquidateur n'est pas exposé à l'abus des biens, mais il pourrait l'être au titre de l'abus de confiance.

B. — Dirigeants de fait

1212 Historique

Jusqu'à la loi du 24 juillet 1966, les dirigeants de droit étaient seuls concernés par les textes définissant l'abus des

biens sociaux. Il arrivait cependant qu'un animateur se soit immiscé dans la gestion ou que le dirigeant frappé par une incapacité ait eu recours à un prête-nom. Afin de sanctionner le véritable auteur, la jurisprudence estimait qu'il avait aidé le dirigeant légal à commettre l'infraction. Celui-ci, il est vrai, avait peut-être été léger ou imprudent, mais pour la jurisprudence, l'infraction était constituée à son égard, ce qui permettait de punir l'animateur (Cass. crim., 16 janv. 1964, n° 63-90.263, Bull. crim., n° 16, D. 1964, p. 194, JCP 1964, II, n° 13612, note J. R.). À défaut de pouvoir retenir une complicité, la jurisprudence considérait que le gérant de fait pouvait, au regard des circonstances de la cause être condamné pour abus de confiance (Cass. crim., 6 oct. 1960, Bull. crim., n° 438 et Cass. crim., 13 oct. 1960, Bull. crim., n° 451). Pour la Cour de cassation, pouvait être mandataire social celui qui dirige seul à sa guise, la société, traite personnellement avec les fournisseurs et les clients, oriente son activité et décide de son sort (Cass. crim., 25 nov. 1969, n° 68-92.669, Bull. crim., n° 314).

1213 Droit actuel

Désormais, les dispositions relatives aux abus de biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée aura en fait, exercé la gestion d'une société, sous le couvert ou au lieu et place de son gérant ou dirigeant légal. Il en est ainsi en matière de SARL (C. com., art. L. 241-9), de sociétés anonymes (C. com., art. L. 246-2 et C. com., art. L. 246-3), ou de sociétés anonymes simplifiées (C. com., art. L. 244-4).

1214 Notion de dirigeant de fait

En l'absence d'indices fournis par la loi, il est considéré qu'est dirigeant de fait celui qui exerce en toute souveraineté et indépendance une activité positive de gestion et de direction (Rives-Lange J.-L., La notion de dirigeant de fait, au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, D. 1975, chron. 41 ; *cf.* aussi Dedessus-le-Moustier N., La responsabilité du dirigeant de fait, Rev. sociétés 1997, p. 499 ; Tricot D., Les critères de la gestion de fait, Dr. & patr. 1996, n° 34, p. 25).

1215 Appréciation judiciaire

La qualité de dirigeant de fait semble relever de l'appréciation des juges du fond, quant aux actes accomplis. Néanmoins, un certain contrôle est exercé par la Cour de cassation, qui vérifie si les motifs retenus par les juges du fond sont pertinents et suffisants (Cass. crim., 24 févr. 1992, n° 91-80.040, RJDA 1992, n° 708 ; Cass. crim., 1^{er} déc. 2010, n° 09-86.644, Dr. sociétés 2011, comm. 60, obs. Salomon R. ; Delattre C., L'inlassable travail de la Cour de cassation, quant à la détermination de la notion de direction de fait, JCP E 2007, n° 1872). Cette qualité ne saurait résulter du simple contrôle exercé par un associé en vertu de la loi ou des statuts, ni du fait que l'associé est majoritaire ou détenteur de la quasi-totalité du capital social (*cf.* cependant Cass. crim., 21 sept. 2011, n° 10-88.716, Rev. sociétés 2012, p. 246, obs. Bouloc B., où l'intéressé n'avait que l'organisation du travail). Pas davantage ne peut être dirigeant de fait celui qui n'a pas la signature sociale et a tiré trois chèques sur un des comptes sociaux, alors que le dirigeant de droit exerce sans partage la plénitude de ses attributions (Cass. crim., 8 mars 2006, n° 04-86.934, inédit), ou celui qui ne fait que rendre des services à la société (Cass. crim., 21 avr. 1980, n° 79-91.806, Bull. crim., n° 116, D. 1981, p. 33, note Cosson J.).

Toutefois, la Cour de cassation s'en tient le plus souvent aux constatations des juges du fond (Cass. crim., 28 oct. 2015,

n° 14-85.543 : prise en compte des déclarations des salariés et de l'expert comptable), et ne vérifie pas si le prétendu gérant de fait se comportait pleinement comme le dirigeant légal (cf. Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 13-87.968, Rev. sociétés 2015, p. 386).

1216 Reconnaissance du dirigeant de fait

Peut être considéré comme dirigeant de fait celui qui s'imisce dans la direction de la société, en passant des commandes, en réglant des factures, en recrutant le personnel et en le surveillant, et en assurant toutes les relations avec les administrations fiscales et parafiscales. C'est la personne qui se comporte comme le ferait le dirigeant légal (Cass. crim., 12 oct. 1995, n° 95-80.730, Bull. crim., n° 305, Rev. sociétés 1996, p. 319, note Boulloc B. ; Cass. crim., 6 mai 2009, n° 08-86.378, D. 2010, p. 1663, obs. Mascala C. ; Cass. crim., 9 févr. 2011, n° 09-88.454, Dr. sociétés 2011, comm. 99, obs. Salomon R. ; Cass. crim., 19 déc. 2012, n° 11-86.702 ; cf. aussi Cass. crim., 6 oct. 1980, n° 79-93.802, Bull. crim., n° 248, Rev. sociétés 1981, p. 133 et Cass. crim., 14 mai 1998, n° 97-82.442, Rev. sociétés 1998, p. 806, obs. Boulloc B. ; Cass. crim., 5 déc. 2012, n° 11-82.918 ; Cass. crim., 15 mars 2016, n° 14-84.071).

Parfois, cependant, les juges du fond prennent en compte une intervention dans la transformation de la société (Cass. crim., 25 janv. 2012, n° 11-80.291, Rev. sociétés 2012, p. 318, obs. Boulloc B.), le recours à un prête-nom (Cass. crim., 27 févr. 2013, n° 12-81.621) ou la représentation de la société auprès de toutes administrations publiques ou privées, le fait de passer ou signer tous actes et pièces, et faire le nécessaire pour la bonne marche courante de l'établissement (Cass. crim., 31 mai 2012, n° 11-86.234, Rev. sociétés 2013, p. 47, obs. Matsopoulou H., Dr. pén. 2012, comm. 132, obs. Robert J.-H.). La qualité de gérant de fait a été attribuée à la personne qui avait signé le contrat de bail et différents courriers, avec le tampon de la société ; et qui était désignée comme tel par le dirigeant de droit (Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-87.105, Rev. sociétés 2014, p. 452, obs. Boulloc B., Dr. sociétés 2014, comm. 72, obs. Salomon R.).

1217 Dirigeant de fait et dirigeant légal

L'abus ainsi commis par celui qui peut être qualifié de dirigeant de fait ne peut être imputé au dirigeant légal n'ayant pas participé à la commission à titre de coauteur ou de complice. Tel est le cas quand le dirigeant de droit a ignoré la décision prise par l'animateur de fait (cf. Cass. crim., 19 déc. 1973, n° 73-90.224, Bull. crim., n° 480, Rev. sociétés 1974, p. 363). Mais, si le dirigeant légal a participé à l'action décidée par le dirigeant de fait, il peut voir sa responsabilité pénale engagée (cf. Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 99-88.011, Bull. crim., n° 268, Rev. sc. crim. 2001, p. 59, note Mayaud Y.) Le dirigeant ne saurait être exonéré de responsabilité du seul fait qu'il était sous la tutelle étroite et journalière d'une société-mère (Cass. crim., 31 mai 2012, n° 11-86.234, Rev. sociétés 2013, p. 47, note Matsopoulou H., Dr. pén. 2012, comm. 132, obs. Robert J.-H.). Pas davantage, il ne peut être exonéré de responsabilité en l'absence d'une délégation dûment établie (Cass. crim., 13 juin 2012, n° 11-85.280, Rev. sociétés 2013, p. 239, obs. Boulloc B.).

Pour le cas où le dirigeant légal a connaissance des agissements irréguliers du dirigeant de fait, mais ne s'y oppose pas, certains auteurs estiment qu'il pourrait être complice (Rebut D., Rép. pénal Dalloz, V° Abus de biens sociaux, n° 211). Mais, cette solution est incompatible avec la règle générale qu'il n'y a pas de complicité par abstention (Cass. crim., 22 sept. 2010, n° 09-87.363, Rev. sociétés 2011, p. 185, obs. Boulloc B.).

C. — Question des personnes morales

1218 Exclusion avant 1994

Avant le nouveau Code pénal, la question de la responsabilité pénale des personnes morales ne pouvait pas se poser : elles étaient irresponsables. Lors de l'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 1994, du nouveau code, la question ne se posait pas davantage, car les personnes morales n'étaient punissables que si la loi l'avait prévue. Mais tel n'était pas le cas pour les délits du droit des sociétés, de sorte que seules les personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait étaient concernées par les différents délits d'abus de biens.

1219 La personne morale non auteur

La question a cependant rebondi avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 qui, en supprimant dans l'article 121-2 du code pénal les mots « dans les cas prévus par la loi » a généralisé la responsabilité pénale des personnes morales. Sans doute, une société commerciale, une société civile ou une association peut se voir imputer tout crime ou tout délit accompli pour son compte par un de ses organes ou représentant. Néanmoins, les délits d'abus de biens requièrent une qualité, celle de gérant, président, administrateur ou directeur général. Or, la qualité de gérant de SARL, de président ou de directeur général d'une société anonyme, ou celle de membre d'un directoire ne peut être attribuée qu'à une personne physique (cf. C. com., art. L. 223-18, al. 1^{er} ; C. com., art. L. 225-47 ; C. com., art. L. 225-53 ; C. com., art. L. 225-59, al. 3). Peut-être la question pourrait-elle se poser pour les administrateurs ou pour la gestion des sociétés en commandite par actions. Mais en réalité, dans ces situations, la loi commerciale exige la désignation d'un représentant permanent qui doit être une personne physique (C. com., art. L. 225-20 ; C. com., art. L. 226-1), et celle-ci est responsable civilement et pénalement comme si elle exerçait cette fonction pour son compte propre. Il suit de là que les personnes morales ne sauraient se voir reprocher un délit d'abus de biens sociaux, en tant qu'auteur.

1220 Personne morale complice

En revanche, la question pourrait se poser de savoir si une personne morale ne pourrait pas se voir reprocher une complicité. On sait, en effet, qu'une complicité peut être retenue contre une personne n'ayant pas la qualité requise pour être auteur. Néanmoins, comme l'éventualité se présentera plutôt quand la société sera administrateur, c'est le représentant permanent qui devra répondre pénalement de l'acte facilité au profit de l'auteur. Tout au plus, pourrait être envisagée une complicité pour instigation, au sein d'un groupe.

En outre, la personne morale qui bénéficierait d'un abus de biens sociaux pourrait être poursuivie au titre de recel (C. pén., art. 321-1).

§ 2. L'acte d'usage

A. — Nature du délit

1221 Les abus, délits d'atteinte aux biens

Quel que soit l'objet du délit d'abus de biens, de crédit, des pouvoirs ou des voix, il est légalement constitué par un

acte d'usage. Comme certains auteurs ont pu l'observer, la loi ne prend pas en compte, comme dans le vol, la perte d'un droit réel sur une chose ou son appropriation. Mais pour autant, on ne saurait en déduire que les délits d'abus de biens ne seraient pas des délits contre les biens ; c'est qu'en effet, les rédacteurs du Code pénal de 1992-1994 ont classé dans les infractions contre les biens, non seulement le vol qui emporte perte du droit de propriété, mais aussi les escroqueries pour lesquelles le préjudice peut consister dans une remise non librement consentie (cf. Cass. crim., 18 nov. 1969, n° 68-06.891, Bull. crim., n° 300, D. 1970, p. 437, note Bouloc B.) et les abus de confiance pour lesquels le détournement ne requiert pas une appropriation de la chose remise (cf. Cass. crim., 16 févr. 1977, n° 75-91.173, Bull. crim., n° 60 et Cass. crim., 8 juin 1977, n° 76-92.630, Bull. crim., n° 207). Or, l'abus de biens sociaux est dérivé de l'abus de confiance, de sorte qu'il peut entrer dans la classification des atteintes aux biens. Sans doute, à côté de l'abus des biens, la loi vise l'abus du crédit, l'abus des pouvoirs ou l'abus des voix. Mais la pratique révèle que l'abus du crédit expose la société à devoir payer une somme qu'elle ne doit pas, et que l'abus des pouvoirs a très souvent été préjudiciable patrimoniallement à la société. Un doute pourrait exister pour l'abus des voix. Mais outre le fait que cette incrimination n'a donné lieu qu'à des applications s'étant achevées par des relaxes (Médina A., *op. cit.*, n° 1-90), elle paraît inutile depuis que la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 a permis le vote par correspondance et encadré la pratique des pouvoirs en blanc. Lorsque le dirigeant utiliserait les voix, ce serait pour un acte préjudiciable à la société. Dès lors, il y aurait pratiquement usage des biens. Bref, qualifier les différents abus comme la sanction d'actes de gestion contraires à l'intérêt social (cf. Rép. pénal Dalloz, V° Abus de biens sociaux) ne permet pas de les rattacher à l'une des grandes classifications retenues par les auteurs du Code pénal. Au demeurant, dès lors que tout acte d'abus doit servir l'intérêt personnel (direct ou indirect) de l'agent, il est clair que cet acte est par essence préjudiciable à la société. Et si l'on a pu contester la jurisprudence qui aurait confondu usage et préjudice à propos de l'exécution de contrats de travail fictifs ou des conséquences d'un contrat-cadre (Mayaud Y. Pour une approche cohérente de la prescription de l'abus de biens sociaux, D. 2004, chron., p. 194), il reste que dans les affaires de ce type, la société subit un préjudice patrimonial renouvelé lors de chaque utilisation des biens.

B. — Notion d'usage

1222 Simple utilisation

Cette précision faite, la loi envisage l'usage. Ce terme est large, car il s'entend de toute utilisation, ne serait-elle pas suivie d'appropriation (Cass. crim., 8 mars 1967, n° 65-93.787, Bull. crim., n° 94, D. 1967, p. 586, note. Dalsace A., Rev. sc. crim., 1967, p. 771, obs. Bouzat P.). Ainsi, il a pu être opéré certains contrôles d'usage des biens de la société pouvant ne pas être conformes à l'intérêt social, comme cela avait été le cas pour le contrôle des véhicules de sociétés sur la Côte d'Azur au mois d'août.

1223 L'usage, acte positif

Du fait que la loi fait état de l'usage, on en déduit qu'il s'agit d'un délit d'action. Car user, c'est employer les biens, le crédit, les pouvoirs ou les voix qui ont été confiés. Il suit de là que ne pas faire usage, quel que soit le résultat découlant de cette inaction ne saurait entrer dans le champ pénal, même si cette abstention pourrait être source de responsabilité civile. De ce point de vue, on ne peut que regretter que la chambre

criminelle ait cru devoir, pour maintenir un arrêt ayant, par disqualification, retenu un abus de pouvoir à propos d'une non-réclamation à une société du paiement de livraisons, estimer que le comportement du prévenu constituait un usage des pouvoirs (Cass. crim., 15 mars 1972, n° 71-91.378, Bull. crim., n° 107, Rev. sociétés 1973, p. 357, note Bouloc B.). Mais qu'il s'agisse d'un abus de biens ou d'un abus de pouvoirs, dans les deux cas, le dirigeant doit en avoir fait usage, c'est-à-dire avoir accompli un acte positif, sinon toutes abstentions mêmes involontaires vont constituer des infractions (cf. critiques de Vitu A., Droit pénal spécial, Cujas, 1982, n° 985). Or, l'article L. 121-1 du code pénal est clair : « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre », sauf quand la loi retient une imprudence ou une négligence. Mais tel n'est pas le cas pour un abus de biens sociaux. D'ailleurs, la chambre criminelle devait modérer sa position par un arrêt du 19 décembre 1973 (Cass. crim., 19 déc. 1973, n° 73-90.224, Bull. crim., n° 480, Rev. sociétés 1974, p. 363, note Bouloc B.) en estimant qu'une négligence ou un défaut de surveillance n'entrait dans le champ pénal qu'à la condition que les gérants aient connu les agissements délictueux qu'ils pouvaient empêcher. Elle a même exclu toute responsabilité du dirigeant quand l'abus émane d'un directeur général (Cass. crim., 7 sept. 2005, n° 05-80.163, Rev. sociétés 2006, p. 149, note Bouloc B.).

1224 L'usage par abstention

Néanmoins, certaines décisions ont paru retenir comme usage, une abstention du dirigeant (Cass. crim., 24 avr. 1984, n° 83-92.675, Bull. crim., n° 141, D. 1984, p. 508 ; Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 862, obs. Barbieri J.-F.). La doctrine n'a pas manqué de réagir en rappelant qu'un fait d'usage implique une action (Bouloc B., L'abus des biens sociaux, par abstention ?, Rev. sociétés 2004, p. 722 ; Rebut D., L'abus de biens sociaux par abstention ?, D. 2005, p. 1290 ; Fortis E. et Muller Y., Les infractions de droit commun d'atteintes aux biens en droit du travail, JCP E 2005, p. 817). À vrai dire, les juges effectuent une distinction délicate entre l'abstention de négligence, et l'abstention volontaire. À défaut d'une volonté de s'abstenir, le dirigeant n'est pas punissable (Cass. crim., 7 sept. 2005, n° 05-80.163, Rev. sociétés 2006, p. 149, obs. Bouloc B., Rev. sc. crim 2006, p. 331, obs. Rebut D.).

1225 Usage temporaire

L'usage peut être limité dans le temps, comme cela peut être le cas d'un prêt ou de l'utilisation au titre de l'habitation d'un bâtiment social (Cass. crim., 10 oct. 1983, n° 83-93.735), comme de l'utilisation d'un compte courant débiteur (Cass. crim., 19 oct. 1978, n° 77-92.742, Bull. crim., n° 282, D. 1979, p. 153, note. J. C., Rev. sociétés 1979, p. 872, note Bouloc B.). Mais il peut consister dans une appropriation du bien (Cass. crim., 16 mars 1970, n° 68-90.226, Bull. crim., n° 107, Rev. sociétés 1970, p. 480). C'est le cas de la prise en charge de dépenses personnelles (amendes prononcées contre le président, à titre personnel, pour des infractions relevées contre des camions de la société : Cass. crim., 3 févr. 1992, n° 90-85.431, Bull. crim., n° 49, Rev. sociétés 1992, p. 535, note Bouloc B. ; travaux réalisés dans un immeuble du président pour assurer sa sécurité : Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-82.875, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 386, note Barbieri J.-F.), ou du paiement de l'acquisition des titres sur la caisse sociale (CA Paris, 30 mai 1994, JCP E 1994, I, n° 392, obs. Viandier A. et Caussaïn J.-J. ; Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 03-81.282, Rev. sociétés 2005, p. 205, obs. Bouloc B.).

1226 Usage abusif

Quand bien même la loi sanctionne les dirigeants qui font usage des biens sociaux, la répression n'intervient qu'en cas d'usage abusif, ou plus précisément d'usage contraire à l'intérêt de la société. Car acheter la matière première, payer ses salariés et les différentes cotisations sociales et fiscales, cela est conforme à l'objet social. Aussi bien, la Cour de cassation a-t-elle rappelé que le paiement d'une dette sociale n'est pas un usage abusif (Cass. crim., 14 juin 1993, n° 92-80.763, Bull. crim., n° 208 ; Cass. crim., 22 oct. 2014, n° 13-85.951, Dr. sociétés 2015, comm. 17, obs. Salomon R.). De même, n'est pas un acte abusif, le remboursement du montant créditeur d'un compte courant (Cass. crim., 14 nov. 2013, n° 12-83.653, Rev. sociétés 2014, p. 324, obs. Bouloc B., Dr. sociétés 2015, comm. 16, obs. Salomon R.).

1227 Usage sans préjudice

Puisque la loi sanctionne l'usage abusif des biens sociaux, il n'est pas nécessaire que l'acte ait été préjudiciable pour la société. Sans doute, souvent, la société subit une amputation de ses biens, mais comme l'indique la Cour de cassation, il suffit que l'acte fasse courir un risque anormal à la société (Cass. crim., 10 nov. 1964, n° 64-90.071, Bull. crim., n° 291 ; Cass. crim., 3 mai 1967, n° 66-92.965, Bull. crim., n° 148 ; Cass. crim., 16 mars 1970, n° 68-90.226, Bull. crim., n° 107 ; Cass. crim., 16 déc. 1975, n° 75-91.045, Bull. crim., n° 279, JCP G 1976, II, n° 18476, note Delmas-Marty M.).

Par ailleurs, il est indifférent que le dirigeant ne se soit pas enrichi ou qu'il ne se soit pas approprié les biens dont il a usé.

1228 Manifestations de l'usage

Très souvent, l'usage prend la forme d'actes de disposition ou d'appropriation, de sommes d'argent prélevées sur les comptes sociaux (Cass. crim., 16 mars 1970, n° 68-90.226, Bull. crim., n° 107, Rev. sociétés 1970, p. 480, note Bouloc B. ; Cass. crim., 23 janv. 1984, Bull. Joly Sociétés 1984, p. 299 ; Cass. crim., 10 avr. 2013, n° 12-82.351) ou de sommes devant revenir à la société (Cass. crim., 14 nov. 1973, n° 72-93.925, Bull. crim., n° 415).

Ce sont aussi des actes d'administration ou d'utilisation, comme l'utilisation abusive d'un château appartenant à la société (Cass. crim., 10 oct. 1983, n° 83-93.735). Il peut s'agir aussi de décisions de gestion, comme une décision de fusion-absorption (Cass. crim., 10 juill. 1995, n° 94-82.665, Bull. crim., n° 253, Rev. sociétés 1996, p. 312, note Bouloc B., JCP 1996, II, n° 22572, note Paillusseau J.), ou une décision concernant la rémunération du président (Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, Bull. crim., n° 127, Dr. pén. 2012, comm. 105, obs. Robert J.-H., AJ pénal 2012, p. 540, obs. Bouloc B., D. 2012, p. 1401 et 1705, RTD com. 2012, p. 631), ou le paiement de salariés fictifs (Cass. crim., 4 mai 2011, n° 10-86.011 ; Cass. crim., 13 févr. 2013, n° 12-81.088).

C. — Objet de l'usage

1229 Différents cas d'usage

Les dispositions légales incriminent l'usage abusif des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix. Le plus souvent, ce sont les biens qui sont la cible. Aussi bien, il en sera

question en dernier lieu, puisque l'essentiel de cette étude porte sur l'usage abusif des biens. Dès lors, seront examinés préalablement l'usage du crédit, celui des pouvoirs et celui des voix.

1230 Usage du crédit

Le crédit d'une société n'est pas autrement défini. Dans leur ouvrage sur les « *Délits et sanctions dans les sociétés par actions* » (1938, Sirey, n°s 291 et s.), M. Rousselet et M. Patin considèrent que le crédit est « celui qui s'attache à l'établissement en raison de son capital, de la nature de ses affaires, de la bonne marche de l'entreprise ». Aussi bien, en faire usage, c'est engager la signature sociale, exposer la personne morale à des paiements ou lui faire courir des risques qui normalement ne lui incombent pas. Si l'on rapproche cette définition de celle donnée par la loi bancaire (L. n° 86-46, 24 janv. 1984, art. 3, devenu C. mon. fin., art. L. 313-1), on voit que les opérations de crédit consistent soit dans des prêts, soit dans des actes accessoires aux prêts, comme les engagements par signature (aval, cautionnement, garantie) ; il s'agit d'opérations présentant un risque. L'engagement le plus dangereux est certainement le cautionnement, comme le montre la jurisprudence (Cass. crim., 10 mai 1955, Bull. crim., n° 234 ; Cass. crim., 4 déc. 1956, Bull. crim., n° 799 ; Cass. crim., 13 mars 1975, n° 74-91.955, Bull. crim., n° 78). Il pourrait aussi s'agir de la mise en circulation d'effets de commerce devant être payés à la date d'échéance (Cass. crim., 10 nov. 1964, n° 64-90.071, Bull. crim., n° 291).

En revanche, on ne saurait considérer comme un usage du crédit social, le fait, pour le dirigeant, d'accorder des délais de paiement un peu longs, dès lors que la société dispose d'une trésorerie solide, même si le débiteur tarde à s'acquitter de sa dette.

1231 L'usage des pouvoirs

La loi prend aussi en considération l'abus des pouvoirs du dirigeant. Cette notion de pouvoirs pourrait être entendue de manière large, le pouvoir étant attaché à la puissance ou à l'autorité. Mais la loi envisage les pouvoirs du gérant, président, administrateur... dont ces personnes disposent en cette qualité. Il convient de se référer aux pouvoirs attribués par la loi ou par les statuts au dirigeant. Il pourrait donc s'agir de la conclusion d'un accord sur le prix de vente d'un produit ou sur la renonciation à un marché, en vue de favoriser une autre société dans laquelle il aurait des intérêts. Sans doute, certains ont voulu soit élargir le mot pouvoir, soit le restreindre, mais la jurisprudence s'en tient le plus souvent aux pouvoirs légaux ou statutaires, lorsqu'il n'y a pas, par ailleurs, usage des biens sociaux. C'est, par exemple, le cas du gérant qui fait attribuer à des sociétés lui appartenant, certains travaux moyennant une commission de 3 % (Cass. crim., 23 janv. 1963, n° 62-91.069, Bull. crim., n° 44). C'est aussi le dirigeant social qui s'abstient de réclamer le paiement de livraisons à une société dans laquelle il est intéressé (Cass. crim., 15 mars 1972, n° 71-91.378, Bull. crim., n° 107, Rev. sociétés 1973, p. 357, note Bouloc B. ; Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094, Rev. sociétés 2004, p. 722, note Bouloc B.) ou qui fait pression sur le comptable de la société afin qu'il falsifie certaines délibérations du conseil (Cass. crim., 17 mars 1977, n° 75-92.934, Bull. crim., n° 103). Un gérant d'une banque en commandite par actions, en incitant certains clients à retirer les fonds déposés pour les lui confier personnellement s'est vu reprocher l'abus de pouvoirs (Cass. crim., 19 nov. 1979, n° 78-91.771, Bull. crim., n° 325, D. 1980, I.R., p. 379, note Vasseur M., Bull. Joly Sociétés 1980, p. 69). C'est aussi le président d'une société qui, après avoir fait acquérir une société en liquidation des biens, fait procéder à une opération de fusion-absorption, avec une date rétroactive, ce qui permettait la prise en compte

d'une dette moins élevée, tandis qu'après cette opération, le président revendait ses titres avec un bénéfice de 209 millions de francs (Cass. crim., 10 juill. 1995, n° 94-82.665, Bull. crim., n° 253, JCP 1996, II, n° 22572, note Paillusseau J., Rev. sociétés 1996, p. 312, note Boulloc B., Bull. Joly Sociétés 1995, p. 1048, note Couret A. et Le Cannu P.). Sans doute, certains auteurs ont contesté la solution adoptée par la Cour de cassation, car la décision avait été prise par l'assemblée générale, et en l'absence du président. Mais, l'opération de fusion-absorption avait été organisée par le président ; elle faisait absorber la société holding par la cible, et surtout elle avait permis au président d'acquérir les actions de la cible sans bourse délier. Nul doute que le président avait abusé de ses pouvoirs de dirigeant.

1232 Application récente

À nouveau, la question de l'abus de pouvoirs s'est présentée à l'occasion de la détermination de la rémunération du dirigeant d'une société cotée. Ce dirigeant, sachant qu'il allait cesser ses fonctions deux ans plus tard, a demandé au comité des rémunérations de fixer sa rémunération de manière totalement variable. Ce comité n'ayant pas accédé à sa demande, le président a procédé au remplacement des membres de ce comité, par des administrateurs plus favorables, à sa thèse. Ce comité accéda à la demande et le conseil d'administration entérina cette nouvelle proposition qui, au-delà de l'année 2004, permettait au président d'avoir une meilleure retraite. Après une plainte déclarée irrecevable, une enquête était diligentée et le président était renvoyé devant le tribunal correctionnel pour abus de biens sociaux. Le tribunal correctionnel de Nanterre prononça une relaxe en raison de l'absence de preuve d'un abus de biens. La rémunération relève du conseil d'administration, et eu égard à la situation de la société bien dirigée, elle ne pouvait être jugée excessive. Sur appel du parquet, qui estimait que les faits constituaient un abus des pouvoirs du président, lequel avait remplacé les membres du comité des rémunérations en vue d'obtenir ce qu'il souhaitait, une rémunération variable, la cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 19 mai 2011 (CA Versailles, 9^e ch., 19 mai 2011, n° 10/01523, M. AZ c/ SA Vinci, LPA, 2011, n° 159, obs. Ducouloux-Favard Cl., Bull. Joly Sociétés 2011, p. 597, obs. Dondero B., Rev. sociétés 2012, p. 99, obs. Le Cannu P., JCP 2011, n° 916, obs. Quentin B., D. 2011, p. 1479, AJ. pénal 2011, p. 512, obs. Daoud E. et Franceschi C.) a effectivement retenu le délit d'abus de pouvoirs, sans se prononcer sur un abus de biens ne paraissant pas constitué.

Un pourvoi a été formé qui a été rejeté par un arrêt du 16 mai 2012 de la chambre criminelle (Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, Bull. crim., n° 127, Dr. pén. 2012, comm. 105, obs. Robert J.-H., AJ pénal 2012, sept.-oct., note Boulloc B., D. 2012, p. 1401 et 1705). Il est certain que le président avait usé de ses pouvoirs afin de satisfaire son intérêt personnel.

Il en serait de même quand le président cède à une société civile immobilière, dont il est un associé prépondérant, des immeubles sociaux pour une somme inférieure à la valeur des biens figurant au bilan (Cass. crim., 27 juin 2012, n° 11-86.197, Rev. sociétés 2013, p. 172, obs. Boulloc B.). C'est également le cas du gérant d'une SARL qui cède des titres d'une autre société sans l'accord des autres associés, à un prix fixé unilatéralement et qui devient l'acquéreur de ces titres (Cass. crim., 20 mai 2015, n° 13-87.388, Rev. sociétés 2015, p. 536, note Boulloc B.).

1233 Exclusion de l'abus de pouvoirs

En revanche, même si, à première vue, le choix d'une entreprise sous-traitante par les dirigeants d'une société peut

paraître constituer un abus de pouvoirs, dès lors que la sous-traitante comportait des dirigeants de la première société, la solution inverse a été consacrée. Sans doute, la chambre criminelle avait censuré l'arrêt de la cour d'appel de Paris (Cass. crim., 16 janv. 1989, n° 87-85.164 Bull. n° 17, D. 1989, p. 495, note Cosson J., Rev. sociétés 1989, p. 687, note Boulloc B.). Mais après avoir effectué la recherche omise, la cour d'appel de Versailles a prononcé une relaxe, car le choix de la société avait été déterminé par la nature des travaux à effectuer (CA Versailles, 9^e ch. A, 11 oct. 1989, Gaz. Pal. 1990, 1, jur., p. 200, note Marchi J.-F.), et non par les liens entre les dirigeants.

1234 Abus des voix

La loi fait de l'abus des voix un cas d'usage punissable. Sans doute une telle incrimination pouvait être utile à une époque où le vote lors des assemblées avait lieu soit personnellement, soit par un associé à qui une procuration avait été donnée. S'il s'agissait du dirigeant, déjà majoritaire, il était difficile d'envisager un abus dans l'usage des voix, à moins que le mandant puisse établir le choix qu'il envisageait. Aussi bien, si le dirigeant demande aux associés de lui faire confiance, en lui envoyant leurs procurations, tout en leur précisant qu'ils peuvent assister à l'assemblée ou désigner un mandataire de leur choix, le délit ne saurait être retenu, ce d'autant que la convention à approuver était bénéfique pour la société (Cass. crim., 27 févr. 1978, n° 77-91.733, Bull. crim., n° 76, Rev. sociétés 1978, p. 496, note Boulloc B.).

1235 Décadence de l'abus des voix

Depuis que la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 a permis le vote par correspondance et a encadré la pratique des pouvoirs en blanc, le délit d'usage abusif des voix ne présente plus d'utilité (cf. Salomon R., Vers une dépenalisation du délit d'usage abusif des voix ?, Dr. sociétés 2013, repère 8). Au demeurant, on pourrait, si une telle situation se présentait, considérer que le dirigeant commettrait un abus de pouvoirs (en ce sens, Jeandidier W., Droit pénal des affaires, 6^e éd., 2005, Dalloz, n° 264). Et si la décision prise portait sur un acte de cautionnement ou d'utilisation d'un bien précis, l'associé trompé pourrait agir sur la base de l'abus de crédit ou de l'abus de biens, plus facile à établir que l'abus des voix.

1236 L'abus de biens sociaux

Enfin, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, la loi sanctionne l'usage abusif des biens sociaux. Par ce terme, le législateur englobe tous les éléments du patrimoine, qu'il s'agisse de biens mobiliers ou de biens immobiliers, de biens mobiliers corporels ou de biens mobiliers incorporels. L'incrimination est donc plus large que celle applicable à l'abus de confiance qui ne peut porter que sur des biens mobiliers. Les biens, le plus souvent, sont les fonds sociaux, sur lesquels des prélèvements sont opérés au profit du seul dirigeant (Cass. crim., 8 mars 1967, n° 65-93.757, Bull. crim., n° 94), parfois par l'intermédiaire d'un compte courant débiteur (Cass. crim., 27 janv. 1992, n° 91-81.264, Bull. Joly Sociétés 1992, p. 745 ; Cass. crim., 7 nov. 2012, n° 11-88.241 ; Cass. crim., 10 avr. 2013, n° 12-82.068). Il peut s'agir du matériel ou des marchandises (Cass. crim., 1^{er} oct. 1987, Bull. Joly Sociétés 1987, p. 851), des meubles (Cass. crim., 30 janv. 1974, n° 73-91.521, Bull. crim., n° 48) ou des immeubles de la société (Cass. crim., 19 oct. 1974, Bull. crim., n° 272). Est également un bien, une option sur l'achat d'un terrain (Cass. crim., 19 oct. 1978, n° 77-92.742, Bull. crim., n° 282, D. 1979, p. 153,

note J. C.). Les biens sont aussi les sommes dues par des tiers, comme les chèques que le gérant détourne (Cass. crim., 17 févr. 1993, n° 92-83.450, inédit), ou les marchandises payées mais livrées au domicile personnel du dirigeant.

1237 Biens indisponibles

En revanche, les sommes détenues par une société, mais ne lui appartenant pas ou dont elle ne peut disposer ne peuvent être des fonds sociaux (Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 02-85.089 et n° 05-82.671, Bull. crim., n° 28, Rev. sociétés 2007, p. 379, note Bouloc B., 2^e moyen de Yves I.). Il en est ainsi des sommes destinées à une augmentation de capital, qui n'a pu être réalisée (Cass. crim., 7 mai 1969, n° 68-92.699, Bull. crim., n° 155 ; Cass. crim., 9 janv. 1980, n° 79-91.056, Bull. crim., n° 14).

De même, les fonds détenus au titre de comptes courants d'associés dont la société a la disposition, mais n'est pas propriétaire, peuvent donner lieu à remboursement, sans donner prise à abus de biens sociaux. C'est qu'en effet une créance en compte courant est remboursable à tout moment (Cass. com. 24 juin 1997, n° 95-20.056, Bull. civ. IV, n° 207, JCP G 1997, II, n° 22966 ; Cass. crim., 14 nov. 2013, n° 12-83.653, Rev. sociétés 2014, p. 324, obs. Bouloc B., Dr. sociétés 2014, comm. 16, obs. Salomon R.). Il n'y aurait d'exception qu'en cas de blocage du compte courant.

1238 Nécessité d'un acte abusif

Qu'il s'agisse de l'usage des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix, il ne peut y avoir délit que lorsque l'usage est abusif, c'est-à-dire quand les biens ou les pouvoirs sont utilisés contrairement à l'intérêt social.

§ 3. Acte contraire à l'intérêt social

1239 Présentation

Pour être répréhensible, l'usage des biens, du crédit ou des pouvoirs doit être contraire à l'intérêt social. Mais, si la loi prend en considération la contrariété à l'intérêt social, elle n'en fournit pas de définition. Certes, certaines dispositions mentionnent que le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société. Mais, pour autant, cela n'éclaire pas la notion d'intérêt social.

A. — Notion

1240 Pluralité de conceptions

Certains auteurs ont estimé qu'il s'agissait d'un instrument « de police des sociétés, à la disposition des juges, en vue d'apprécier l'opportunité d'un acte » (Schapira J., L'intérêt social, RTD com. 1971, p. 970). D'autres ont considéré que ce serait un « procédé d'équité modératrice à la disposition du juge » (Soussi G., Intérêt du groupe et intérêt social, JCP CI 1975, n° 11816 ; Bertrel J.-P., La position de la doctrine sur l'intérêt social, Dr. & Patr. 1997, n° 48, p. 43 ; Bissara Ph., L'intérêt social, Rev. sociétés 1999, p. 5). Mais ces explications ne sont guère satisfaisantes dans la mesure où elles abandonnent au juge le soin de définir une infraction, qui doit

cependant être précise et objective (Mathieu G., L'acte contraire à l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux, Gaz. Pal. 2002, 2, chron., p. 1045).

1241 Intérêt propre

Aussi bien, pour une partie de la doctrine, l'intérêt social s'entendrait de l'intérêt des associés pris collectivement. Et comme cet intérêt s'exprime selon un principe majoritaire, l'intérêt social serait déterminé par la majorité s'exprimant lors des assemblées générales (Soussi G., L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, thèse, Lyon, 1974, p. 337 ; Schmidt D., Les conflits d'intérêt dans les sociétés anonymes, 1999, Joly, n° 5). Mais cette conception repose sur le postulat que la société est un contrat (cf. C. civ., art. 1833). Toutefois, si lors de sa constitution, une société a bien un aspect contractuel, une fois créée, elle a une vie propre qui se détache des personnes l'ayant constituée. En d'autres termes, l'intérêt social est propre à la société, indépendamment de l'intérêt des associés majoritaires (Paillusseau J., Le fondement du droit moderne des sociétés, JCP E 1986, n° 14684).

1242 Approche par l'objet social

Afin de faciliter l'approche judiciaire de cette notion, une partie de la doctrine propose de prendre en considération l'objet social (Véron M., Droit pénal des affaires, 10^e éd., Armand Colin, 2013, n° 295). Cet objet peut être défini comme l'ensemble des activités déterminées par le pacte social que la société peut exercer (Chaput Y., L'objet des sociétés commerciales, thèse, Clermont-Ferrand, 1973, p. 39). L'objet correspond à l'activité décidée par les associés, et évidemment, il ne concerne pas des avantages octroyés au dirigeant. Le versement de dons à une association chargée d'effectuer des recherches historiques sur le nom de famille des dirigeants ne répond pas à l'objet social (Cass. crim., 5 mars 2014, n° 13-80.350, Rev. sociétés 2014, p. 588, obs. Bouloc B.).

Au demeurant, il se peut qu'une opération étrangère à l'objet social profite à la société. Aussi bien, la Cour de cassation a jugé qu'une opération n'entrant pas dans l'objet social n'appelait pas « *ipso facto* » la répression (Cass. crim., 24 oct. 1996, n° 95-85.683, Rev. sociétés 1997, p. 37, note Bouloc B., Bull. Joly Sociétés 1997, p. 201, obs. Barbieri J.-F.).

1243 Imprécision de la notion

Le législateur n'ayant pas fait choix d'une définition précise – ce qui pourrait donner lieu à une question prioritaire de constitutionnalité – la jurisprudence s'est abstenue de définir positivement l'intérêt social. Elle ne fait pas référence à l'objet social pour apprécier les actes qui lui sont soumis, pas plus qu'elle ne tient compte de l'intérêt des associés ou des actionnaires dans l'appréciation de l'intérêt social (Cass. crim., 3 mai 1967, n° 66-92.965, Bull. crim., n° 148).

Aussi bien, la chambre criminelle déclare inefficaces les approbations postérieures à l'abus, au motif que la loi protège le patrimoine de la société et les intérêts des tiers (Cass. crim., 19 mars 1979, n° 78-92.386, Bull. crim., n° 112 ; Cass. crim., 3 oct. 1983, inédit, D. 1984, I.R., p. 48). En revanche, une opération régulièrement décidée par l'organe compétent (conseil d'administration et/ou assemblée), sans abus de pouvoirs du président ou du gérant ne saurait être contestée par le juge pénal. Celui-ci n'a pas à apprécier la gestion de la société, mais seulement à sanctionner les actes abusifs méconnaissant l'intérêt social.



© Wolters Kluwer France SAS, 2016

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes des paragraphes 2° et 3° de l'article L. 122-5, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, sous réserve du nom de l'auteur et de la source, que les « analyses et les courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information », toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite (article L. 122-4). Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

ISBN 978-2-7212-2039-4