**L’abus de biens sociaux : une des infractions majeures du droit pénal des affaires**

Il y a violation du mandat social et même constitution d’un abus de confiance lorsque le dirigeant social exerce des pouvoirs dans un intérêt contraire à celui de la société. Le détournement des biens de la société en était la figure la plus habituelle.

La Loi a dû être modifiée afin de permettre d’élargir le spectre de son utilisation et de dépasser le simple cadre d’une administration contraire à l’intérêt social.

Il a fallu intégrer dans la loi :

* les abus de crédit social
* l’abus de signature sociale

La multiplicité des scandales avant la 2nde guerre mondiale, les incertitudes relatives à la théorie du mandat social ont amené à la publication du décret-loi du 8 aout 1935 qui a créé le délit d’abus de biens sociaux, de crédits de la société, de pouvoir ou des voix.

**Article L 241-3 (gérants sarl) et L 242-6 3ème du Code de commerce (sa)**

Cette infraction a été massivement utilisée pour toutes les formes de société et notamment, outre les SARL, les sociétés coopératives, les sociétés d’assurances, les sociétés immobilières de construction, les sociétés civiles de placement mobilier, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés en commandite par actions, les sociétés d’exercice libérale et sociétés d’économie mixte.

Quel est le spectre de l’abus de biens sociaux ?

Il suppose la limitation de responsabilité de certains dirigeants sociaux. Ainsi, il ne peut être utilisé pour des sociétés de noms collectifs, en commandite simple ou en participations, des sociétés créées de fait ou pour des GIE ou pour des associations ou la fonction dirigeante s’efface derrière la responsabilité collective des membres.

Il ne peut être utilisé pour des sociétés de droit étranger car il est qualifié pour des sociétés de droit français seulement. Dans ce cas, l’utilisation ancienne du délit d’abus de confiance est alors retenue.

**I – les éléments constitutifs du délit d’abus de biens sociaux**

1. Les éléments matériels caractéristiques

Les diverses formes d’abus

* Des biens
* Des crédits
* D’usage
* Des voix
* *Usage des biens*

Il s’agit de toute action portant atteinte au patrimoine social. Les formes de l’action peuvent être un acte de disposition par aliénation ou cession frauduleuse. La simple utilisation abusive des biens suffit à caractériser l’infraction en dehors de toute volonté d’appropriation définitive (selon la Cour de Cassation). Des prêts, des avances ou des baux de location sans autorisation caractérisent un usage abusif. La simple passivité ne suffit pas, la participation personnelle et l’engagement de dirigeants sont nécessaires.

Sur quoi portent les abus ? : Sur les fonds sociaux, sur le mobilier, sur le matériel et les créances, sur les marques et les brevets ou encore les immeubles de la société

On relève dans la jurisprudence trois types de *modus operandi* significatifs :

* Abus de biens sociaux commis par des dirigeants qui possèdent un compte-courant d’associé débiteur
* Abus de biens sociaux commis par des dirigeants qui reçoivent des rémunérations soit excessives soit fictives
* Lorsqu’il y a confusion entre le patrimoine propre et celui de la société, soit par virement directe des sommes dues à la société sur le compte propre, soit prise en charge des dettes personnelles par la société.

L’abus de biens sociaux et la banqueroute par détournement d’actifs constituent une circonstance aggravante de l’abus de biens sociaux qui se traduit par l’usage des biens ou de moyens ruineux. La banqueroute par détournement d’actifs ou par détournement de moyens ruineux se superpose à l’abus de biens sociaux.

Le délit de banqueroute élargit le spectre de la protection accordée par la loi pénale. L’abus de biens sociaux simple protège l’intérêt social. Le délit de banqueroute protège le crédit social, c’est-à-dire celui des tiers en plus de l’intérêt de la société et indirectement des actionnaires.

La date de cessation des paiements détermine le franchissement de la frontière entre abus de biens sociaux simple et banqueroute.

* *Usage du crédit*

Il s’agit là d’un délit assimilable à un abus de pouvoir consistant à utiliser la signature sociale exposant la société à des dépenses éventuelles pour lui faire supporter des risques anormaux et non prévus. La jurisprudence considère que des effets de complaisance ou de tirage de traites sans contrepartie sont assimilables à ces pratiques d’usage abusif. La caution de dettes personnelles par un dirigeant de la société…

Le délit d’usage du crédit ne contient pas la réalisation du risque mais le simple fait que la société ait été exposée à celui-ci. C’est la potentialité qui est poursuivie.

* *Usage et pouvoir*

Il s’agit d’actes commis dans le strict intérêt de dirigeants et sans bénéfice pour la société et par exemple en vue d’obtenir une commission ou dans une fusion dont le seul objet est de renforcer le pouvoir du dirigeant dans une mise à disposition de matériels ou de personnels à une société dans laquelle le dirigeant a un intérêt personnel propre. Des cessions de titres à des tiers sans tenir compte des règles privilégiant leurs co-actionnaires ou enfin de l’obtention d’avances à des sociétés dirigées par un proche ou un parent du dirigeant social constituent le délit.

* *Usage abusif de voix*

Ce délit très répandu de détournement de pouvoirs obtenus au titre d’un mandat ou d’une remise de procuration en blanc a été anéanti avec l’interdiction des pouvoirs en blanc (article L 225-107 code com.).

1. Usage contraire à l’intérêt social

L’acte d’usage doit compromettre l’intégrité de l’actif de la société. Il s’apprécie selon qu’est concernée une société seulement ou son insertion dans un groupe de sociétés.

Là encore, le délit est caractérisé lorsqu’il y a un préjudice matériel constaté ou lorsqu’ un risque particulier anormal, résulte d’opérations ruineuses ou désavantageuses faisant courir un risque à la société.

Exemples : paiement fictif au détriment de la société, paiement de factures non causées au nom d’une société fictive, par des sommes prélevée sur sa société, détournement camouflé par des opérations fictives et usage de fausses factures.

Un accord unanime des associés ou des actionnaires n’exonère pas la responsabilité personnelle du dirigeant qui est toujours réputé agir contre l’intérêt social.

3 - Usage contraire à l’intérêt social dans un groupe de sociétés

L’infraction est plus compliquée à cerner. Elles supposent que plusieurs conditions cumulatives soient constatées :

* Les sociétés doivent être du même groupe,
* Le groupe s’apprécie en fonction d’une réalité économique et financière dynamique,
* Le flux financier est interne au groupe et obéit à des justificatifs sociaux.
* Le concours financier d’une société à une autre doit avoir une contrepartie et ne pas rompre l’équilibre entre les engagements respectifs entre les diverses sociétés du groupe,
* L’aide fournie au groupe par une société doit correspondre à ses possibilités.

**Elément moral**

On distingue deux natures de dol dans la constitution du délit d’abus de biens sociaux : le dol général et le dol spécial.

Dol général

La mauvaise foi des dirigeants est requise, leurs actes doivent être connus comme contraires aux intérêts de la société. La conscience du caractère délictueux est nécessaire. L’élément intentionnel de l’infraction est indispensable.

Le dirigeant social est présumé connaitre le caractère illicite de ses actes ou décisions,, la mauvaise foi est postulée. La mauvaise foi s’apprécie en fonction de l’entremêlement des pouvoirs, de l’interposition de personnes morales et de la passation d’écritures visant à créer un rideau de fumées sur la destination des fonds.

* L’accord des associés ou des actionnaires ne fait pas disparaitre l’infraction
* Le remboursement de la victime n’anéantit pas la commission de l’infraction.

Dol spécial

La nocivité de l’acte reproché à l’intérêt social est insuffisante pour caractériser l’infraction.

Les actes du dirigeant social obéissent à des fins personnelles ou à des faveurs à une autre société ou entreprise dans laquelle il a des intérêts directs ou indirects.

La recherche de l’intérêt personnel doit heurter de front l’intérêt social.

La répression des abus et les personnes punissables

Les cibles de l’action publique :

La personne punissable, la responsabilité se porte comme auteurs principaux sur les dirigeants sociaux de droit ou de fait.

La responsabilité de droit découle des statuts et de la Loi.

Le dirigeant de fait est une personne qui exerce une activité positive de direction accomplie en toute liberté et indépendance et de façon continue ( A. Lepage et alii).

L’appréciation d’une direction de fait est laissée par la Cour de Cassation à l’appréciation des Juges du fond qui sont souverains.

Les complices peuvent être tous ceux qui ont couvert des faits dont ils avaient connaissance soit à raison de leurs fonctions (chef-comptable, expert-comptable ou Commissaire Aux Comptes). Le CAC doit dénoncer des faits délictueux, son abstention le rend complice et peut se confondre avec son refus de respecter ses obligations vis-à-vis de la loi (art 40 du CPP)

Les administrateurs ou les membres du Directoire ou du Conseil de surveillance s’abstenant peuvent être poursuivis pour complicité lorsque, sachant, ils n’ont rien fait pour mettre un terme à l’infraction.

**Le recel**

Il s’agit de l’appropriation en parfaite connaissance de valeurs d’origine frauduleuse. Le receleur doit connaitre l’origine de la chose recelée mais les circonstances de la possession suffisent à anéantir ses dénégations et à retenir sa responsabilité.

Le recel peut être considéré comme une complicité *a posteriori* ( voir Agathe Lepage et alii ) . Le receleur peut être poursuivi indépendamment de ‘l’auteur principal, le recel étant un délit continu les règles de la prescription ne sont pas les mêmes si l’auteur de l’abus et le receleur sont distincts.

**Répression** (voir articles code ci joints)

**Prescription**

La prescription triennale commence à compter de la date de présentation des comptes sociaux si le délit apparait notoire.

La prescription est différée en cas de dissimulation des comptes sociaux. Le Rapport Coulon préconise un délai fixe augmenté selon la nature des infractions et non plus en fonction de la date de découverte des faits.

Action civile

La société évidemment première victime identifiable, dans la cadre d’une action sociale *ut universi*

Les actionnaires a titre particulier dans la cadre d’une action *ut singuli* peuvent agir. En qualité de co actionnaire propriétaires de titres sociaux, associé, co-indivisaires. L’action *ut singuli* peut se confondre avec l’action *ut universi* qu’en cas d’insuffisance de la première sinon la jurisprudence tend a refuser l’action individuelle des *actionnaires* ou associés .

Ne sont pas admis à agir dans le cadre d’une action individuelle :

* Associés a titre personnel
* Créanciers
* Salariés, syndicats et CE
* Cautions
* Commissaires aux comptes
* Puissance publique (élus, agent judiciaire du trésor)