

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

(Cour de cassation et Cours d'appel)

XXXVIII^e CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

**L'EXPERT-COMPTABLE JUDICIAIRE
ET L'ABUS DE BIENS SOCIAUX**

Cour d'appel de Douai

8 octobre 1999

COMPTES RENDUS PRÉCÉDEMMENT ÉDITÉS PAR LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

X^e Congrès national : Paris, 25-26 novembre 1971.
Ouvert par M. Touffait, Procureur général près la Cour de cassation.
Clôturé par M. Aydalot, Premier président de la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Garnier, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables.

XI^e Congrès national : Toulouse, 24 novembre 1972.
Sous la présidence de M. Fonade, conseiller à la Cour de cassation.

La notion de bilan inexact.

XII^e Congrès national : Angers, 16 novembre 1973.
Sous la présidence de M. Bellet, Président de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation.

L'évaluation du préjudice de l'individu et de l'entreprise en cas d'accident corporel et de rupture de contrat.

XIII^e Congrès national : La Baule, 4 octobre 1974.
Sous la présidence de M. Olivier, Premier vice-président du Tribunal de grande instance de Paris.
Rapporteur général, M. Amédée-Manesme, expert agréé par la Cour de cassation.

La nouvelle réglementation de l'expertise judiciaire en matière civile.

XIV^e Congrès national : Grenoble, 21 novembre 1975.
Sous la présidence de M. Touffait, Procureur général près la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Fournier, expert agréé par la Cour de cassation.

Les infractions en matière immobilière.

XV^e Congrès national : Nice, 15 octobre 1976.
Sous la présidence de M. Cenac, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.
Rapporteur général, Mlle Doyen, expert agréé par la Cour de cassation.

La mission de l'expert en cas de poursuites du chef de majoration frauduleuse des apports.

XVI^e Congrès national : Reims, 4 novembre 1977.
Sous la présidence de M. Monguilan, Premier président de la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Clara, expert près la Cour d'appel de Douai.

Les problèmes posés à l'expert-comptable judiciaire devant les irrégularités commises en vue du maintien en activité des entreprises en difficulté.

XVII^e Congrès national : Caen, 3 novembre 1978.
Sous la présidence de M. Chavanon, Procureur général près la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Ducoroy, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expertise judiciaire en matière d'abus du droit de majorité.

XVIII^e Congrès national : Versailles, 26 octobre 1979.
Sous la présidence de M. Bellet, Premier président de la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Thorin, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes de sociétés.

XIX^e Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1980.
Sous la présidence de M. Chabrand, conseiller à la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Hème, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert judiciaire en comptabilité face à certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile.

XX^e Congrès national : Nancy, 16 octobre 1981.
Sous la présidence de M. Vienne, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Feuillet, expert agréé par la Cour de cassation.

L'intervention de l'expert judiciaire en comptabilité en cas de mise en œuvre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

XXI^e Congrès national : Angers, 5 novembre 1982.
Sous la présidence de M. Olivier, conseiller à la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Clara, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert judiciaire face aux problèmes posés par l'informatique.

XXII^e Congrès national : Palais des Papes, Avignon, 28 octobre 1983.
Sous la présidence de M. Escande, conseiller à la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Bréval, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert judiciaire face aux problèmes posés par la notion de cessation des paiements.

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

(Cour de cassation et Cours d'appel)

XXXVIII^e CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

**L'EXPERT-COMPTABLE JUDICIAIRE
ET L'ABUS DE BIENS SOCIAUX**

Cour d'appel de Douai

8 octobre 1999

Sous la présidence de
Monsieur Jean-François BURGELIN
Procureur général près la Cour de cassation

La journée d'étude sur le thème
L'expertise comptable judiciaire et l'abus de biens sociaux

a été organisée par

André GAILLARD

Président de la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires

et par le CONSEIL NATIONAL DE LA COMPAGNIE, ainsi composé pour 1999

Président d'honneur fondateur	:	Gérard AMÉDÉE-MANESME (Paris)
Présidents d'honneur	:	Paul GRIZIAUX (Amiens) Pierre DUCOROY (Béziers) Félix THORIN (Paris) Madeleine BOUCHON (Paris) Jean CLARA (Lille) André DANA (Paris)
Président	:	André GAILLARD (Paris)
Vice-présidents	:	Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN (Rouen) Jean-Jacques JOBERT (Paris)
Secrétaire général	:	Rolande BERNE-LAMONTAGNE (Paris)
Secrétaire général adjoint	:	Pierre DARROUSEZ (Lille)
Trésorier national	:	Marc ENGELHARD (Marseille)
Trésorier national adjoint	:	Henri ESTÈVE (Lyon)

Membres :

– les présidents des sections autonomes :

R.-L. CAZALET (Aix-en-Provence, Bastia) ; P. DARROUSEZ (Amiens, Douai, Reims) ; O. DERVAUX (Angers) ; G. RASCLE (Bordeaux) ; B. BENHESSA (Colmar) ; A. DIAZ (Dijon, Besançon) ; R. PEILLON (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; J.-L. HUC (Montpellier, Nîmes) ; M.-L. LIGER (Nancy, Metz) ; J.-P. MENARD (Orléans, Poitiers) ; M. PÉRONNET (Paris, Versailles) ; F. DY (Rennes) ; M. ROUSSILHE (Riom, Bourges, Limoges) ; H. TURMEL (Rouen, Caen) ; P. CLAUX (Toulouse, Agen, Pau).

– Membres cooptés :

J. BELOU (Toulouse) ; E. BLIN (Nancy) ; B. DUPONCHELLE (Douai) ; J. FOURCADE (Paris) ; J. GEORGIN (Poitiers) ; M. PITIOT (Lyon) ; J.-J. PAQUIER (Bordeaux).

– Représentants supplémentaires délégués par les sections groupant plus de 20 membres :

J. NAZARIAN et J. KALPAC (Aix-en-Provence, Bastia) ; A. BOSCHER et J. SOBESKY (Amiens, Douai, Reims) ; J.-P. GARDE (Bordeaux) ; G. CHAPUIS (Dijon, Besançon) ; A. FLUCHAIRE et M. BRUYAS (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; M. ALTEIRAC (Montpellier, Nîmes) ; C. AUBRY (Nancy, Metz) ; S. CHAUMET (Orléans, Poitiers) ; E. EICHEL, J.-L. HEMMER et C. CHARRON (Paris, Versailles) ; B. PIERRE (Rennes) ; R. GRISON (Riom, Bourges, Limoges) ; M. LANSSELLE-LEFEBVRE et F. WINDSOR (Rouen, Caen) ; H. LAGARDE (Toulouse, Agen, Pau).

et par la SECTION AUTONOME DE AMIENS-DOUAI-REIMS dont le bureau est ainsi composé :

Présidents d'honneur	:	M. ANSELIN Michel M. BOSCHER Alain M. CLARA Jean M. DEBROUCKER Pierre M. GRIZIAUX Paul M. LECOINTE Paul M. MARVALIN Jean-Paul M. NOËL Francis M. POUILLY Eugène M. SOBESKY Jules
Président	:	M. DARROUSEZ Pierre
Vice-présidents	:	M. BOSCHER Alain M. DUPONCHELLE Bruno M. TONNELIER Maurice
Secrétaire-trésorier	:	M. HOUTHAEVE Hervé

TABLE DES MATIÈRES

Allocution de M. COLLOMP	
Premier Président de la Cour d'appel de Douai	11
Allocution de M. GAILLARD	
Président de la Compagnie nationale des Experts-Comptables judiciaires ..	12
Allocution de M. BURGELIN	
Procureur Général près la Cour de cassation	13
Exposé introductif de M. FOURCADE	
Expert agréé par la Cour de cassation	15
L'abus de biens sociaux ou du crédit : définition et évolution des concepts	
Rapport présenté par M. Didier PREUD'HOMME Expert près la Cour d'appel de Douai	17
Les axes de recherches de l'expert-comptable judiciaire en matière d'abus de biens sociaux	
Rapport présenté par M. Edmond EZEGHIAN Expert agréé par la Cour de cassation	25
Réflexions sur l'abus des biens sociaux en dehors du droit français	
Rapport présenté par M. André FLUCHAIRE Expert près la Cour d'appel de Lyon	41
Les abus de biens sociaux dans les groupes de sociétés, en France et à l'Étranger	
Exposé de M. Marc ENGELHARD Expert agréé par la Cour de cassation	51
Rapport de synthèse	
Rapport présenté par M. Jean FOURCADE Expert agréé par la Cour de cassation	67

**COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES**

XXXVIII^e CONGRÈS NATIONAL

Vendredi 8 octobre 1999





ALLOCUTION DE

Monsieur COLLOMP

*Premier Président
de la Cour d'appel de Douai*



La séance est ouverte par Monsieur le Président Gaillard.

M. Gaillard. – Nous allons donc entamer ce 38^e Congrès. Au préalable, nous allons demander à Monsieur le Premier président Collomp, Premier président de la Cour d'appel de Douai, de nous bien accueillir puisque nous sommes dans son ressort.

La parole est à Monsieur Collomp, Premier Président de la Cour d'appel de Douai pour son allocution de bienvenue.

Monsieur le Premier Président Collomp,

Je vous remercie, Monsieur le Président.

Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation,

Monsieur le Président de la Compagnie nationale des Experts-Comptables judiciaires, vous-même, M. Gaillard, mais je me tourne aussi vers Madame le Président Lethuillier-Florentin, tout fraîchement élue, à qui j'adresse mes compliments et qui vous succédera dès ce soir,

Monsieur le Président de la Section autonome des Cours d'Amiens, Reims et Douai,

Mesdames, Messieurs,

Je suis très heureux de vous accueillir à Douai pour ce 38^e Congrès national de la Compagnie nationale des Experts-Comptables judiciaires. Bienvenue à vous tous qui venez de toutes les régions de France. Le Nord et le Pas-de-Calais vous accueillent très volontiers, fidèles d'ailleurs en cela à leur tradition d'hospitalité et de convivialité.

La Ville de Douai, quant à elle, avec ses nombreuses juridictions, avec sa faculté de droit, se veut capitale judiciaire et juridique de la région et son engagement, je dois le dire, en ce sens est total. Il est donc, me semble-t-il, tout à fait naturel que Douai accueille aujourd'hui ce congrès.

Vous vous définissez vous-mêmes comme experts-comptables judiciaires. C'est dire quel prix vous attachez à ce lien avec notre institution, à ce que j'appellerai cette appartenance commune. Mandatés par les magistrats vous avez mission, grâce à vos connaissances techniques, d'éclairer la Justice, de comprendre et de décrire des phénomènes et, en quelque sorte, de les traduire pour une complète compréhension.

À ce titre vous êtes à la fois des spécialistes, techniciens du chiffre, et des serveurs de la loi dans toute sa complexité. Le thème d'ailleurs que vous avez choisi pour vos travaux illustre bien ce propos : l'expert-comptable judiciaire et l'abus de biens sociaux. Nous sommes, me semble-t-il, très exactement au confluent des techniques comptables et du droit pénal.

Je me garderai bien, dans ces propos introductifs, d'évoquer le fond, d'éminents orateurs le feront tout au long de la journée et bien mieux que je ne saurai le faire. Je soulignerai seulement ce lien entre l'expert et le juge, lien particulièrement indispensable pour cerner une infraction aux contours souvent délicats, délicats quant aux faits eux-mêmes et à leur qualification et offrant, sur le plan strictement juridique, des particularités qui divisent encore bien souvent les spécialistes.

Vous êtes donc dans ce cadre et sur ce thème que vous avez choisi de véritables partenaires de justice. Vos intervenants nous guideront toute cette journée dans ce que j'ose appeler les sentiers du droit et de l'expertise-comptable.

Je voudrais saisir l'occasion de cette prise de parole pour saluer plus particulièrement la Compagnie des experts près la Cour d'appel de Douai, compagnie particulièrement active et dynamique qui, sous la présidence de M. Darrousez, entretient avec l'Institution judiciaire des liens très étroits et fréquents. Nous nous rencontrons souvent, nous travaillons ensemble dans de nombreuses circonstances et nous allons encore le faire dans quelques semaines.

Cette compagnie est également soucieuse, et je tiens à le souligner, des experts et de leur formation. C'est ainsi qu'elle a créé l'Institut régional d'expertise judiciaire qui a pour vocation la formation des experts inscrits et des candidats à l'inscription pour le ressort des Cours d'appel d'Amiens et de Douai. J'ai plaisir à saluer publiquement cette initiative.

Permettez-moi pour conclure de former le vœu que ce congrès vous laisse quelques loisirs – nous sommes à la veille du week-end, la météo est trompeuse, il va faire extrêmement beau – pour visiter notre région et en apprécier la diversité.

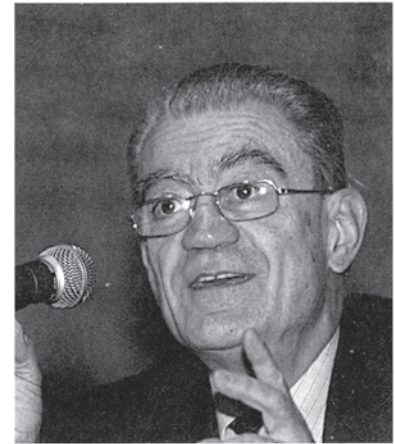
Je souhaite enfin un plein succès à ce Congrès national des Experts-Comptables judiciaires.

(Applaudissements)

ALLOCUTION DE

Monsieur André GAILLARD

*Expert agréé par la Cour de cassation
Président de la Compagnie nationale
des Experts-Comptables judiciaires*



Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation,

Monsieur le Premier Président de la Cour d'appel de Douai,

Monsieur le Procureur général près la Cour d'appel d'Amiens,

Monsieur l'Avocat général près la Cour d'appel de Douai,

Mesdames et Messieurs les Présidents,

Mesdames et Messieurs les Magistrats,

Messieurs les Bâtonniers,

Mes chers conseurs, confrères et amis,

Je tiens tout d'abord à remercier très vivement Monsieur le Premier Président Collomp de l'allocution de bienvenue qu'il vient de nous adresser : il a bien voulu par là ouvrir les portes de son ressort aux travaux et débats de notre XXXVIII^e Congrès, dont Monsieur Burgelin, Procureur général près la Cour de Cassation, va prononcer l'ouverture dans quelques instants.

Auparavant, il me revient de dire quelques mots, exacts mais certainement incomplets sur sa prestigieuse carrière.

À l'issue de ses études de droit, M. Burgelin a entrepris sa carrière de magistrat au Parquet de Nancy.

En 1973, il est Secrétaire général de la Première présidence de la Cour d'appel de Paris.

En 1977, il devient Secrétaire administratif du Conseil supérieur de la Magistrature.

L'année suivante et pour trois ans, il est Directeur de l'École nationale de la Magistrature à Bordeaux.

De retour à Paris en 1981, il devient Vice-Président du Tribunal de grande instance, puis, en 1982, Président de Chambre à la cour d'appel.

M. Burgelin a été ensuite Directeur du cabinet du Ministre de la Justice.

En 1986, il devient Conseiller à la Cour de Cassation.

En 1994, il est appelé à la haute fonction de Procureur général près la Cour d'appel de Paris.

C'est en juillet 1996 qu'il succède à Monsieur Pierre Truche dans la très prestigieuse fonction de Procureur général près la Juridiction suprême.

Qu'il me soit permis de voir dans cette succession un signe particulièrement précieux, puisque c'est précisément Monsieur Truche qui a bien voulu assumer la présidence effective de notre XXXVII^e Congrès tenu l'an dernier à Lyon.

Je vous remercie très vivement, Monsieur le Procureur général, d'avoir accepté de présider cette journée d'étude, et, selon l'usage, je vous prie de bien vouloir déclarer ouvert notre XXXVIII^e Congrès.

ALLOCUTION DE

Monsieur Jean-François BURGELIN

*Procureur général
près la Cour de cassation*



Cette déclaration d'ouverture, Monsieur le Président, je la fais bien volontiers en vous disant, d'abord, à quel point, à titre personnel, j'ai été sensible à votre aimable proposition de présider ce XXXVIII^e Congrès de la Compagnie nationale des Experts-Comptables judiciaires.

C'est pour moi l'occasion de marquer ma considération particulière pour les experts-comptables judiciaires dont l'importance au sein de la Justice contemporaine n'a pas cessé de grandir.

C'est aussi pour moi l'occasion de venir dans cette belle région du Nord toujours aussi chaleureuse et accueillante et donc d'entrée c'est mon salut le plus amical à Monsieur le Président Darrousez qui nous a accueillis dans des conditions les plus agréables.

Je crois qu'il était bon que votre compagnie choisisse pour thème de sa journée d'étude l'abus de biens sociaux et l'expert judiciaire. Pourquoi ? Parce que cette infraction a une histoire que nous allons d'ailleurs découvrir ce matin au fil des exposés et une histoire très intéressante.

Il faut remarquer qu'elle était un peu tombée dans l'oubli à l'époque des 30 Glorieuses, au lendemain de la guerre. Je me souviens fort bien du stage que j'avais fait, étant auditeur de justice, à la section financière – qu'on n'appelait pas encore le pôle financier – c'était tout simplement la section financière du Parquet de Paris. Je me souviens très bien de ces dossiers qu'instruisaient les juges d'instruction financiers de l'époque, c'est-à-dire dans les années 1960. L'abus de biens sociaux apparaissait, certes, dans certains dossiers mais, en réalité, la plupart d'entre eux tournaient autour de la banqueroute et de la banqueroute frauduleuse et l'abus de biens sociaux n'était évoqué que de façon relativement incidente.

Je n'ai pas fait de perquisition au sein du pôle financier mais je suis persuadé, M. Zanoto ne me démentira pas, qu'une grande majorité des dossiers que les juges d'instruction spécialisés ont à connaître maintenant traitent davantage de l'abus de biens sociaux.

Pourquoi ce changement ? C'est parce que je pense que notre société, la société française, fermait volontiers les yeux sur les dérives des responsables économiques dans la mesure où ces responsables assuraient une expansion de l'activité industrielle, financière et commerciale de notre

pays, car ils assuraient aussi le plein emploi. En revanche quand vint le temps de la fermeture d'entreprises obsolètes, quand vint le temps du chômage grandissant, les mauvaises habitudes de certains mandataires sociaux ne furent plus tolérées ni par les juges, ni par l'opinion publique. Abuser des ressources de l'entreprise à des fins personnelles est devenu intolérable. Au fond le chef d'entreprise moderne doit non seulement être capable, mais il doit être vertueux. D'où le nombre plus important de poursuites pour abus de biens sociaux et un recours plus fréquent au spécialiste des comptes qu'est l'expert-comptable judiciaire.

Il est donc des plus heureux que votre Compagnie nationale ait eu l'idée de choisir ce thème pour la réflexion de ses membres. Le travail du juge ne sera bien fait que si l'analyse des comptes par l'expert judiciaire est faite avec rigueur et précision.

C'est cette double exigence qui va commander l'axe de réflexion de votre journée. Je me réjouis de la passer avec vous et nous allons tous ensemble essayer de trouver comment parvenir à une meilleure justice dans ce domaine si important du droit pénal des affaires.

Notre matinée va être consacrée, vous avez pu le voir en regardant le programme de ce congrès, essentiellement à trois communications.

Une introduction par M. Jean Fourcade, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

Un second exposé portera sur la définition et l'évolution des concepts qui président à l'abus de biens sociaux par M. Didier Preud'homme, expert près la Cour d'appel de Douai.

Je pense qu'à ce moment-là il y aura une interruption de quelques instants pour que nous puissions nous rafraîchir et ensuite un exposé sera fait par Monsieur Edmond Ezeghian, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation, sur « les axes de recherches de l'expert-comptable judiciaire ».

Et nous terminerons notre matinée par une libre discussion entre la salle et les différents intervenants.

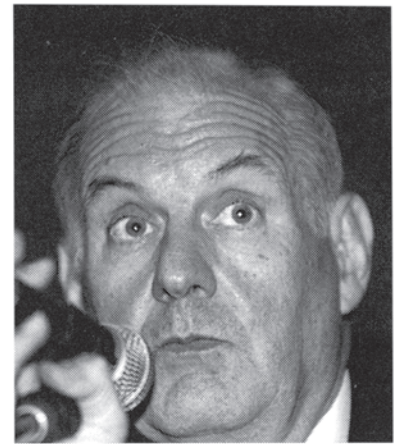
Je vais donc à présent passer la parole à M. Jean Fourcade pour l'introduction qu'il va faire à cette journée d'études.

(Applaudissements)

EXPOSÉ INTRODUCTIF DE

Monsieur Jean FOURCADE

*Expert agréé
par la Cour de cassation*



M. le Procureur général près la Cour de cassation,
M. le Premier Président de la Cour d'appel de Douai,
Mesdames et Messieurs les Magistrats,
Mesdames, Messieurs, chers confrères,

Lorsque le législateur institua, en 1935, le délit d'abus de biens et du crédit, il ne songeait certainement pas à la tempête médiatique qu'il soulèverait quelque soixante années plus tard.

Intervenu à une époque où les « affaires » défrayaient déjà la chronique, et plus particulièrement à la suite du scandale Stavisky, le nouveau texte réprimait le comportement fautif des dirigeants de sociétés commerciales.

Ces dispositions sont reprises aujourd'hui par les articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet 1966. Le texte en est apparemment clair, puisqu'il vise l'usage abusif fait, de mauvaise foi, par les dirigeants d'une société, des biens ou du crédit de celle-ci. Cet usage, contraire à l'intérêt social, doit être fait à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ses dirigeants sont intéressés directement ou indirectement.

Ce texte permettait une incrimination plus large que celle offerte à l'époque par l'application de l'article 408 du Code pénal, réprimant l'abus de confiance. Une application extensive de cet article 408 avait en effet permis d'assurer, le plus souvent, la protection des biens sociaux contre les prélèvements abusifs des dirigeants. Toutefois, certaines pratiques préjudiciables ne rentraient pas dans ce cadre, d'où l'institution d'un délit spécifique.

Au fil des années, la jurisprudence de la Cour de cassation a précisé les différents éléments fixés par le décret-loi du 8 août 1935, élargissant peu à peu le champ d'application de ce texte sans que ces extensions ne suscitent de réactions particulières, sauf dans un cercle limité d'initiés.

C'est ainsi que la Cour suprême a estimé que :

- la notion d'usage existe indépendamment de toute appropriation ;
- le non-usage peut être également retenu, par exemple à l'encontre du dirigeant qui omet de réclamer à une

société dans laquelle il est intéressé, le règlement de marchandises livrées ;

- l'usage abusif peut consister dans le fait de faire supporter à l'actif social un risque excessif auquel il ne doit pas être exposé, l'appréciation de ce risque devant se faire au seul moment de l'exécution de l'acte, sans prendre en compte ses résultats ;

- l'assentiment donné par les associés ne suffit pas pour exonérer le dirigeant de sa responsabilité pénale, la loi protégeant le patrimoine de la société et les intérêts des tiers au même titre que les intérêts des associés ;

- la poursuite d'un simple intérêt moral peut être prise en compte : préservation de bonnes relations familiales, considérations électorales, désir de s'assurer la reconnaissance de personnes influentes...

Par ailleurs, s'agissant d'actes que leur auteur a la possibilité de dissimuler, le point de départ de la prescription a été retardé au jour de la découverte de l'infraction, voire au jour où l'abus de biens sociaux est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Ce n'est qu'à la suite de la mise en examen, pour abus de biens sociaux ou recel d'abus de biens sociaux, de dirigeants de sociétés de premier plan, ou de responsables politiques, que les médias ont porté le problème sur le devant de la scène. Le délit en a gagné ses lettres de noblesse, n'étant plus désigné que par son sigle, et tout un chacun parle aujourd'hui, avec un air entendu, « d'ABS »...

Que n'a-t-on écrit depuis lors :

- « le dévoiement de l'abus de biens sociaux »,
- « l'abus de biens sociaux : derniers excès »,
- « l'abus de biens sociaux : un monstre juridique »,
- « l'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ? »,
- « coup de frein à l'ABS »...

L'abus de biens sociaux a été qualifié de « délit fourre-tout », ou de « voiture-balai du droit pénal des affaires » ; certains y ont même vu « l'infraction de mise en danger des sociétés »...

Alain Minc, dans son ouvrage « Au nom de la loi », dénonce dans l'abus de biens sociaux « une incrimination passe-partout qui permet (aux juges), sans contrainte de prescriptibilité et sans restriction de leur champ d'intervention, de porter le fer là où ils veulent, comme ils veulent, quand ils veulent ».

Pourtant, les statistiques publiées par la Chancellerie montrent que les condamnations prononcées sur le fondement des articles 425-4° et 437-3° sont restées pratiquement constantes au cours des dernières années, passant de 331 condamnations en 1990 à 400 en 1997, avec une pointe à 506 condamnations en 1993, ce qui paraît peu par rapport au grand nombre de sociétés commerciales existantes.

En choisissant comme thème de notre XXXVIII^e Congrès national l'abus de biens sociaux, il ne s'agit pas pour nous de simplement revenir sur un sujet largement débattu au cours de ces dernières années, mais d'insister sur la contribution que peut apporter l'expert-comptable judiciaire à la recherche des faits délictueux.

Nos professions d'expert-comptable et de commissaire aux comptes nous amènent en effet à être confrontés fréquemment à ce problème :

– qu'il s'agisse, à l'occasion de nos travaux de révision et d'audit, de rechercher les comportements, souvent dissimulés, de dirigeants indéclicats qui ont recours à des montages plus ou moins sophistiqués pour masquer leurs malversations ;

– ou qu'il s'agisse, dans le cadre du contrôle légal des comptes, de mettre en œuvre les dispositions préventives prévues par le législateur en soumettant à l'autorisation préalable du conseil d'administration les opérations (autres que courantes et conclues à des conditions normales) intervenues entre la société et ses dirigeants – conventions qui doivent faire l'objet d'un rapport spécial du commissaire aux comptes à l'assemblée générale ordinaire ;

– ou encore, qu'il s'agisse de l'obligation pour le commissaire aux comptes de signaler à l'assemblée générale les irrégularités relevées au cours de l'exécution de sa mission, et de révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a pu avoir connaissance.

Nous ne pouvions non plus ignorer la dimension internationale résultant de la mondialisation des affaires, facilitant les circuits complexes que peuvent emprunter les flux financiers, à travers notamment certains paradis fiscaux.

La mise en place de l'Union européenne nous a conduits à rechercher plus particulièrement comment nos voisins font face à cette délinquance financière.

Tout en centrant nos propos sur l'aspect pratique que nous entendons donner à cette journée d'étude, il convient au préalable de bien faire ressortir quels doivent être les axes de recherche de l'expert judiciaire dans les missions qui lui sont confiées, au regard d'une jurisprudence qui a beaucoup fluctué au cours de ces dernières années.

Aussi nos travaux seront-ils articulés autour de quatre exposés, que nous avons essayé de faire courts, de manière à laisser une plus large part aux débats qui ne manqueront pas de s'instaurer sur un sujet aussi sensible.

Tout d'abord, notre confrère Didier Preud'homme abordera l'étude des concepts caractérisant l'abus de biens sociaux.

Puis, Edmond Ezeghian exposera les axes de recherches de l'expert-comptable judiciaire et l'apport de celui-ci pour la mise en lumière des faits constitutifs du délit.

Ces deux exposés seront suivis d'une discussion.

En début d'après-midi, André Fluchaire élargira le débat en nous faisant part des moyens mis en œuvre, notamment dans les principaux pays de l'Union européenne, pour sanctionner les comportements indéclicats de certains dirigeants.

Enfin, Marc Engelhard nous parlera des abus de biens sociaux dans les groupes, en France et à l'étranger, tout en précisant le rôle de l'expert-comptable judiciaire dans la recherche des éléments de fait sur la base des critères dégagés par la jurisprudence.

La discussion pourra alors reprendre.

Puis, je vous présenterai un rapport de synthèse, avant que Monsieur le Procureur général Burgelin ne clôture nos travaux.

(Applaudissements)

*
**

Monsieur le Procureur général Burgelin. – Merci Monsieur Fourcade. Je passe la parole à Monsieur Didier Preud'homme.

L'ABUS DE BIENS SOCIAUX OU DU CRÉDIT : DÉFINITION ET ÉVOLUTION DES CONCEPTS

par Didier PREUD'HOMME

*Expert-comptable
et expert en diagnostic d'entreprise
près la Cour d'appel de Douai*



1. PLAN

1. PLAN

2. INTRODUCTION :

UNE « MAÎTRESSE-EXPRESSION »

3. L'ABUS DES BIENS SOCIAUX : LES CONCEPTS

- 3.1. ANALYSE HISTORIQUE
ET SOCIOLOGIQUE DU DÉLIT
- 3.2. LES MOTS, SUPPORTS DES CONCEPTS
 - 3.2.1. PREMIÈRE NOTION :
LES BIENS SOCIAUX
ET LE CRÉDIT DE LA SOCIÉTÉ
 - 3.2.2. SECONDE NOTION :
L'ABUS, UN USAGE QUE LE DIRIGEANT
SAVAIT CONTRAIRE À L'INTÉRÊT DE LA SOCIÉTÉ
 - 3.2.3. TROISIÈME NOTION :
LES FINS PERSONNELLES,
RECHERCHÉES DIRECTEMENT, INDIRECTEMENT
OU PAR PERSONNE INTERPOSÉE

4. LA GESTION :

UNE DIALOGIQUE DU RISQUE
ET DE LA PRUDENCE

- 4.1. RISQUE ET PRUDENCE
- 4.2. LES LIMITES QUI SE DÉGAGENT
POUR ADOPTER UNE CONDUITE APPROPRIÉE
DANS LA GESTION : LES DILIGENCES « NORMALES »
CARACTÉRISANT LA PRUDENCE

5. CONCLUSION :

LA RESPONSABILITÉ MORALE
EST AU-DESSUS DE LA RESPONSABILITÉ
JURIDIQUE

2. INTRODUCTION : UNE « MAÎTRESSE-EXPRESSION »

1. L'abus des biens sociaux suscite de nombreuses controverses, amplifiées par les médias qui ont assuré sa promotion.

2. Ce délit préoccupe à juste titre les dirigeants et leurs conseils, à tel point qu'il est devenu une « maîtresse-expression » (1) dans la gestion des sociétés commerciales, petites, moyennes ou grandes (2). Ceci résulte essentiellement de ce que la jurisprudence peine à cerner les faits qui entrent dans son champ (3) en raison d'une délimitation imprécise, dont Monsieur le Bâtonnier Stasi estime qu'elle est la source d'une « incertitude juridique qui trop souvent entoure la notion même de ce délit, sa définition, ses poursuites, sa prescription » (4).

3. Il n'est effectivement pas interdit de penser qu'une définition précise et limitative de l'abus des biens sociaux aurait eu le double mérite d'en stabiliser le concept, et les limites, par voie de conséquence, apportant ainsi la nécessaire sécurité juridique aux dirigeants dont les stratégies oscillent, naturellement et en permanence, entre risque et prudence.

4. *A contrario*, une définition restrictive des faits entrant dans le champ du délit présenterait peut-être en gestion l'inconvénient d'identifier de manière trop systématique les autres domaines d'action comme totalement permis alors qu'ils ne seraient que non interdits, source de confusion de la responsabilité juridique et de la responsabilité morale qui devrait nécessairement lui être prééminente (5).

(1) Voir à ce sujet, Alain Etchegoyen : « La vraie morale se moque de la morale », éd. Seuil.

(2) La jurisprudence de l'abus de biens sociaux montre qu'il s'applique très fréquemment aux petites et moyennes entreprises, même si les affaires concernant de grandes entreprises défraient plus généreusement la chronique.

(3) Le jugement rendu le 14 avril 1999 par le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire SAGA Banque Colbert (affaire n° 209969021) étonne les commentateurs (voir les articles parus dans les journaux économiques et financiers, notamment *Les Échos* et *le Figaro économique*) et plonge dans l'expectative les experts et les professionnels de la finance.

(4) Allocution de Monsieur le Bâtonnier Mario Stasi au colloque de l'Ordre des Avocats de Paris tenu le 13 juin 1996 à Paris, in *Gazette du Palais*, édition du 9 au 13 août 1996.

(5) *Ibid.* note 1.

5. En tout état de cause, la structure même de l'économie, instable (6) par nature, et l'évolution des pratiques de gestion, qui doivent intégrer une contrainte d'adaptation permanente aux évolutions du marché, rendent extrêmement délicate, voire improbable, la parfaite adaptation d'une législation à l'économie. Le doyen Carbonnier rappelle en effet que « le droit n'est pas seul à régler, rythmer la vie de la société, à imposer aux hommes en société une certaine unité de conduite. L'individu est enserré dans plusieurs réseaux de normes » (7), que les acteurs économiques créent et modifient de manière continue.

6. Ainsi, il faut observer finalement que le droit commercial, d'une manière générale, et la loi sur les sociétés, plus spécifiquement, organisent et réglementent de manière relativement impérative la gestion d'une société commerciale, sans doute pour lui donner une stabilité que les autres normes n'apportent pas par nature, à l'exception des lois économiques fondamentales (8).

7. Cette situation trouve son origine dans la nécessité de protéger l'équilibre des relations d'affaires et l'intérêt des actionnaires et des tiers. Mais le mieux étant parfois l'ennemi du bien, on constate que ces protections peuvent inhiber l'esprit d'initiative, alors qu'il est la première faculté attendue d'un dirigeant.

8. Ces premières idées avancées, deux questions essentielles s'ouvrent de manière sous-jacente :

- Les concepts retenus par la loi et la jurisprudence permettent-ils de circonscrire les limites du délit ?
- Peut-on en déduire une problématique de la normalité de la gestion ?

Ces questions pourraient par ailleurs être associées à une réflexion sur les éléments du champ normatif et sur ceux du champ des valeurs, car nous ne pouvons pas ignorer la question éthique dans la gestion, bien évidemment présente, le plus souvent, lorsqu'il est question d'abus des biens sociaux.

3. L'ABUS DES BIENS SOCIAUX : LES CONCEPTS

3.1. Analyse historique et sociologique du délit

9. Situons tout d'abord l'évolution du délit, sur les plans historique et sociologique.

10. Il fallut attendre les décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935 pour que le délit d'abus des biens ou du crédit de la société soit intégré dans la loi du 24 juillet 1867 (9).

(6) Par analogie avec la physique, on peut qualifier les entreprises et autres organisations évoluant sur le marché de « structures molles ».

(7) In Jean Carbonnier, déjà cité, p. 114.

(8) Voir notamment les travaux de Maurice Allais, Prix Nobel d'Économie, in *Théorie de l'économie pure*, p. 177, éd. Clément Juglar.

(9) Article 15-6° de la loi du 24 juillet 1867, modifié par le décret-loi du 8 août 1935.

11. Avant cette période, le délit d'abus de confiance (10) paraissait suffisant pour que le législateur ne complète pas l'arsenal du droit pénal des affaires en vue de réprimer des faits souvent susceptibles de compromettre gravement les intérêts financiers des actionnaires, et, plus généralement, les intérêts de toutes les personnes qui ont accordé leur confiance au dirigeant d'une société.

12. Ceci explique probablement que la proposition de la loi Lesache déposée au Sénat en 1932 avorta. Le projet de loi déposé par le Gouvernement en 1933 n'eut guère plus de succès, mais il inspira toutefois le texte du décret-loi du 8 août 1935 qui vint finalement modifier la loi de 1867 et créa le délit d'abus des biens sociaux ou du crédit. On relèvera, au passage, que ce texte impose pour la première fois au commissaire aux comptes, qui n'exerce pas encore une profession réglementée, de révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il prend connaissance au cours de l'accomplissement de sa mission.

13. Les dispositions du décret-loi de 1935 ont été reprises ensuite dans la loi du 24 juillet 1966.

14. Mais la difficulté n'est pourtant pas totalement résolue. En effet, les sociétés (11) ont toujours été le lieu de conflits de pouvoir ou d'intérêt. Le professeur Larguier, rappelant que « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser » (12), observe, dès 1970, que si « l'usage des pouvoirs est la fonction même des dirigeants sociaux, l'abus faisant apparaître le délit, la frontière sera parfois difficile à tracer entre l'usage normal et l'abus coupable ».

15. Les difficultés économiques exacerbant les conflits, on voit alors se développer ce que toutes les personnes investies d'un pouvoir redoutent : une société « judiciarisée » sous la pression de comportements sociaux d'aversion face au risque, certes également naturels dans la psychologie humaine, mais aggravés par un « principe de précaution » (13) qui laisse émerger une société refusant l'idée même de risque alors qu'il est inhérent à la vie.

16. Le débat rebondit une nouvelle fois avec la loi du 13 mai 1996 qui modifie le Code pénal pour intégrer la notion de « diligences normales » dans l'appréciation de l'élément intentionnel d'un délit. L'article 121-3 (*L. n° 96-393, 13 mai 1996, art. 1^{er}*) est ainsi rédigé :

« Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. »

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

(10) Qui diffère de l'abus des biens sociaux sur les éléments constitutifs et les sanctions qui frappent leurs auteurs.

(11) Définies sociologiquement ou juridiquement.

(12) Jean Larguier, *Droit pénal des affaires*, p. 275, éd. A. Colin, 1970. Les travaux de René Girard sur la « mimesis d'appropriation » et la « mimesis d'antagoniste » semblent démontrer que cette situation est inhérente à la nature humaine, et donc « normale » mais « sociologiquement inadmissible ».

(13) Ce concept, créé par le philosophe allemand Hans Jonas, a été rapidement transformé en attitude d'aversion par des acteurs devenus rétifs à l'idée de perdre leurs acquis, alors qu'il s'agit d'apporter des matériaux à la compréhension du concept de prudence dans une société où l'homme exerce un pouvoir de plus en plus grand sur le monde qui l'entoure.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

17. Il n'est pas impensable d'imaginer, à ce stade de l'analyse, qu'il deviendra bientôt nécessaire de rechercher si les dirigeants de sociétés ont accompli des diligences normales, lorsque leurs décisions de gestion se seront révélées malheureusement ruineuses, voire seulement néfastes ou simplement défavorables.

18. Le champ d'application de l'abus des biens sociaux s'en trouve de fait maintenant considérablement ouvert, en donnant à tous ceux qui contestent la gestion des sociétés commerciales, à tort ou à raison, des arguments permettant de poursuivre pénalement leurs dirigeants, parfois dans le seul but, inavoué parce qu'inavouable, de provoquer la négociation d'une transaction civile. Les recherches portant sur le « gouvernement d'entreprise » (14) contribuent d'ailleurs indirectement à cette évolution, ce qui n'était pas l'objectif premier de leurs auteurs, en relevant le caractère anormal de l'opacité de la gestion, encore récemment soulignée dans une enquête (15) réalisée par un grand quotidien économique.

19. La transparence dans la gestion est ainsi véritablement devenue l'un des facteurs de normalité de la gestion, ce qui ouvre un autre débat, celui des limites du secret en affaires, indissociables de l'analyse des conséquences économiques de l'absence de secret.

20. Dans ce contexte, et sans tomber dans l'anecdote, nous ne pouvons pas passer sous silence le cas des petites entreprises qui représentent la grande majorité des sociétés commerciales (16) en France (17). En effet, ces sociétés ont été constituées, le plus souvent, dans le seul but de compenser, à l'époque, l'absence d'un régime social et fiscal adapté à la situation des entrepreneurs individuels. Ces régimes ont été mis en place avec les centres de gestion agréés sur le plan fiscal, et plus récemment avec les dispositions de la loi Madelin sur le plan social, ce qui ne justifie plus la création de SA ou de SARL à gerance minoritaire sans réelle association de capitaux, pour l'essentiel de ces motifs. La situation antérieure explique cependant le nombre actuellement important de sociétés de très petite taille qui subsistent sous cette forme en raison du fait que le coût fiscal de la « déstructuration juridique » est encore trop élevé, et donc dissuasif d'une adaptation rapide.

(14) Cf. le rapport Cadbury sur la « corporate governance », et le rapport de la commission Vienot ; voir également les travaux des assises de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, tenues en 1996 à Paris sur ce sujet.

(15) Cf. *Les Échos*, 7/1998.

(16) La très grande majorité des sociétés commerciales est située sous les seuils légaux de 20 millions de francs de chiffre d'affaires, de 10 millions de francs de total de bilan et de 200 salariés.

(17) Mais aussi aux États-Unis (voir à ce sujet le site Internet de la « small Business administration » du gouvernement des USA : <http://www.sbaonline.sba.gov>) Small Business « Vital Statistics ».

21. L'argument qui consiste alors à soutenir que l'abus des biens sociaux compromet également les intérêts des tiers dans ces structures ne saurait prospérer pour justifier une application indifférenciée du délit. En effet, des effets similaires existent dans les sociétés de personnes, dans les entreprises individuelles et les associations à but non lucratif, alors que ces entités n'entrent pas dans le champ d'application du délit, et que les faits ont parfois des conséquences économiques, financières et sociologiques beaucoup plus élevées dans ces entités.

22. Pour éviter une application inappropriée de l'abus des biens sociaux dans les petites sociétés commerciales, il suffirait sans doute de faciliter l'adaptation de la structure juridique de l'entreprise à sa structure économique au regard des conditions juridiques de mobilisation du capital (18), qu'il provienne des actionnaires ou des tiers, toute ressource financière comportant un risque et un coût de contrepartie.

23. Cette rapide étude historique et sociologique du délit montre que l'analyse des faits qui en constituent l'élément matériel ne peut dissocier les variables juridiques des variables économiques, qu'elles soient externes ou internes, l'acte de gestion qui en est l'origine étant souvent caractérisé par une certaine irréversibilité qui caractérise le risque dans la décision.

24. Ceci nous conduit maintenant à l'analyse des concepts.

3.2. Les mots, supports des concepts

25. Les mots sont les supports de toute la pensée ; la leçon de Socrate doit être retenue : « Ne pas employer le mot juste, c'est faire du tort à l'âme » ; la recherche d'une signification univoque des expressions s'impose donc pour manipuler les concepts qu'elles recouvrent, et on en retiendra, dans la mesure où le droit s'autodéfinit, qu'un terme utilisé dans une disposition pénale ne peut recevoir d'autre définition que juridique.

26. L'article 437-3° de la loi du 24 juillet 1966 dispose que : « Seront punis... le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme qui, de mauvaise foi, auront fait, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ». L'article 425-4° applique les mêmes dispositions aux SARL, et l'article 460 en étend l'application aux sociétés en commandite par actions.

27. Les concepts fondamentaux qui se dégagent du texte sont un usage des biens ou du crédit, que le dirigeant savait contraire à l'intérêt de la société, à des fins personnelles, directement ou indirectement.

(18) Défini au sens financier du terme (toute ressource stable destinée à financer des emplois économiques sur longue période), et non au sens juridique qui est restrictif aux apports des actionnaires ou associés.

3.2.1. *Première notion :*
Les biens sociaux et le crédit de la société

28. Les « biens » en droit se définissent comme « toute chose matérielle susceptible d'appropriation », le « crédit » se définissant comme « la confiance qu'une personne inspire sur sa solvabilité » (19).

29. Ayant admis que le droit s'autodéfinit, la définition juridique des « biens » est donc primitive d'un « système », en ce sens qu'elle permet les sens dérivés liés aux différents domaines d'application de la loi qui constituent autant de « sous-systèmes » interdépendants. Elle s'en rapporte alors primitivement à la « chose », c'est-à-dire à la classe universelle des objets susceptibles d'appropriation, le « bien » n'étant pas dissociable de la « personne » qui l'a fait « sien » (20).

30. La notion de « bien » en économie se traduit plus généralement par la notion de « valeur », ce qui ne donne pas plus d'éclairage sur la philosophie de ce dernier concept, même si l'on accepte d'écarter immédiatement le sens moral de la « valeur », puisqu'il se rapporterait au sens moral du « bien ».

31. Il convient donc d'adopter en postulat que les « biens » en économie sont des objets, au sens générique du terme (21), susceptibles de recevoir une valeur dans la mesure où ils peuvent être échangés, alors que le « crédit » constitue la capacité de l'entreprise à honorer ses engagements.

32. Ainsi, constituent des abus de biens sociaux pour la jurisprudence, sans que cette liste soit exhaustive :

- le détournement de fonds par prélèvement sur la trésorerie ;
- le découvert en compte courant ;
- la vente de marchandises hors la comptabilité sociale ;
- la facturation à la société d'études ou de prestations fictives ;
- la prise en charge de dépenses personnelles.

Ces cas illustrent le plus souvent une confusion systématique du patrimoine de la société avec celui de son dirigeant.

33. Plus généralement la jurisprudence retient que l'utilisation des fonds ou l'engagement de la signature sociale qui auraient pour conséquence d'exposer la société à des risques auxquels elle ne devrait pas être exposée, tels que des sanctions pénales ou fiscales (22), constitue un abus des biens ou du crédit de la société.

34. Un premier point de discussion résidant dans cette distinction, l'image est-elle un élément d'actif immatériel ou relève-t-elle du « crédit » (23) de l'entreprise, semble résolu par l'évolution de l'économie qui accorde aux actifs immatériels une valeur monétaire croissante dans une société où la communication détermine la part de marché d'un produit et donc implicitement la rentabilité marginale de son exploitation : l'image est devenue un élément essentiel des éléments incorporels du fonds de commerce.

35. Un second point de discussion concerne l'acte de gestion constitutif d'un engagement soumis à l'existence de conditions, dont la probabilité de survenance oblige à constater une provision pour risques ou une dette en contrepartie, par application du principe comptable de prudence. Il en serait ainsi, par exemple, des dettes résultant de l'exposition à des pénalités fiscales (24). Le crédit de l'entreprise se trouverait clairement engagé, si l'on admet que tout engagement traduit par un passif doit pouvoir être couvert par un actif, dont l'administration ou la disposition doit respecter l'intérêt social défini dans une approche systémique (25) de l'entreprise selon laquelle l'intérêt de l'ensemble des acteurs de l'entreprise prime sur leurs intérêts particuliers.

3.2.2. *Seconde notion :*
L'abus, un usage que le dirigeant savait contraire à l'intérêt de la société

36. L'analyse historique et sociologique a montré que l'abus des biens sociaux n'est pas un délit comme les autres, dans la mesure où l'imprécision de sa définition modifie fondamentalement la psychologie de la gestion, construite sur une confiance qui ne se décrète pas (26), parce qu'elle est une variable indécidable (27) dans le système ouvert qui caractérise l'économie de marché.

37. La définition de l'abus la plus appropriée à la gestion des biens d'une organisation conduit à le considérer comme « l'acte d'un sujet qui outrepassé son droit ou qui fait usage d'un droit sans respecter les règles prescrites pour cette action » (28). Cette définition, issue de la sociologie juridique, n'apporte cependant pas une réponse globalement satisfaisante, dans la mesure où il n'existe pas de normes de gestion des sociétés commerciales pour baliser la latitude décisionnelle du dirigeant, à de très rares exceptions près, telles que, par exemple, le respect des ratios prudentiels dans le secteur bancaire, ou la définition de la cessation des paiements en droit des procédures collectives qui obligent à effectuer un acte déterminé.

(23) Dans sa définition étymologique : confiance.

(24) Cf. note 22.

(25) Cf. notamment, en France, les travaux d'Edgard Morin et de Jean-Louis Le Moigne.

(26) Les travaux de Michel Crozier ne sont pas démodés : la société ne se gère pas par décret.

(27) Si l'on veut bien admettre la transposition du principe d'incertitude de Heisenberg en économie.

(28) Cf. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, éd. LGDJ.

(19) *In* Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, éd. PUF.

(20) Au sens donné dans l'article 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

(21) C'est-à-dire des « choses ».

(22) Cf. Bulletin CNCC n° 108, p. 511 ; note Philippe Merle.

38. La doctrine admettant cependant clairement (29) que l'usage couvre les actes d'administration (prêts, avances, baux...) et les actes de disposition (acquisitions, cessions...), la jurisprudence s'est le plus souvent limitée aux détournements avérés de l'actif social, qu'il s'agisse de prélèvements financiers (comptes courants d'associés débiteurs, prêts, avances...) ou d'opérations de gestion effectuées au préjudice de la société et au seul bénéfice du dirigeant concerné. Ces cas ne prêtent nullement à discussion, les faits ne présentant généralement pas de difficultés particulières à établir. Mais elle s'est montrée plus extensive (30) ; ainsi, la notion d'usage recouvre-t-elle aussi :

- l'omission d'agir (31) ;
- l'exposition de la société à des risques ou des paiements auxquels elle ne devait pas être exposée (32) ;
- l'octroi et le paiement de rémunérations excessives (33), cas typique des abus des biens sociaux ;
- et plus généralement, depuis longtemps (34), tout acte de gestion qui fait courir un risque anormal au patrimoine social (35) ;
- le cas des groupes fait l'objet d'une définition spécifique depuis les arrêts « Agache-Willot » (36) et « Rozenblum » (37).

39. La notion de risque, souvent retenue, a pu faire naître des confusions ou des inquiétudes sur son interprétation, alors que le risque et son complément, l'opportunité, sont naturels en économie.

40. En effet, si le risque est devenu un élément déterminant dans la qualification des faits, il n'est pas inutile de rappeler qu'il n'y a pas de prise de risque sans confiance, l'issue d'un acte économique dépendant logiquement des conditions, formelles et factuelles, de son anticipation, mais pas seulement (38) d'elles dans la mesure où de nombreuses variables peuvent perturber sa réalisation selon une probabilité jamais nulle.

41. L'expression « savait contraire... » révèle alors toute l'importance de l'analyse *a posteriori* de ces conditions, la prise de risque ne constituant le délit que si ce risque est anormal.

42. Le temps grammatical employé ne laisse aucun doute sur l'interprétation à faire : la conséquence néfaste

de l'acte de gestion concerné au regard de l'intérêt social doit être connue du dirigeant avant la commission de cet acte.

43. La difficulté d'appréciation subsiste cependant, dans la mesure où le fait de « savoir » peut résulter d'une connaissance objective, d'une expérience sensible, ou d'une formation particulière conférant des aptitudes à discerner et à évaluer les effets défavorables d'un acte ou d'une situation. Ces derniers éléments d'appréciation s'inscrivent clairement dans les prévisions de l'article 121-3, alinéa 3, de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996, dont l'article 1^{er}, déjà mentionné, dispose « qu'il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

44. La difficulté d'appréciation est grande dès lors qu'il n'existe aucun référentiel des diligences normales qu'un dirigeant doit appliquer, en comparaison de ce qui existe pour certaines professions libérales notamment (39). Au surplus, l'exercice de la fonction de dirigeant n'est subordonné juridiquement à aucune formation particulière, et elle n'est soumise à aucune évaluation de compétence, à l'exception des compétences techniques requises pour l'exercice de certains métiers.

45. Il devient ainsi essentiel d'apprécier les éléments de la connaissance par le dirigeant, de ce que les actes incriminés pouvaient se révéler « contraires à l'intérêt social », et de situer cette connaissance dans le temps par rapport aux faits.

46. Ceci devrait nécessairement conduire à réduire la critique pénale de la normalité d'un acte de gestion à sa finalité, aux conditions de son anticipation et aux modalités de l'accompagnement de sa réalisation, exception faite à ce stade de l'analyse de la notion d'intérêt personnel, et peut-être ultérieurement à explorer le champ de la normalité de la prise de risque, en vue d'élaborer des normes de diligences en gestion.

47. Un point de discussion concerne, à ce titre, les rémunérations jugées excessives. Elles seront naturellement jugées excessives si elles n'ont pas été préalablement fixées par les organes sociaux (40), ou si elles ne sont pas proportionnées aux fonctions effectivement exercées (41). La question n'est cependant pas inutile dès lors que la jurisprudence considère aussi que la rémunération des dirigeants peut être considérée excessive en comparaison de la situation financière de la société (42) ; la répression

(29) Cf. Jacques Mestre, *in* Lamy Sociétés commerciales.

(30) Cf. Jean-François Ranucci et Michel Cardix, *in* L'abus des biens sociaux, éd. PUF-Que sais-je ? n° 3297.

(31) Cass. crim., 15 mars 1972, Bull. crim., n° 107.

(32) Cass. crim., 5 nov. 1976, Bull. crim., n° 315.

(33) Cass. crim., 14 févr. 1974, JCP 1975, 1, 1861.

(34) Cass. crim., 10 mai 1955, Bull. n° 234.

(35) Cf. Wilfrid Jeandidier, *in* Droit pénal des affaires, éd. Dalloz, § 270.

(36) Trib. corr. Paris, 16 mai 1974, Revue de sociétés, 1975.

(37) Cass. crim., 4 févr. 1985, bulletin n° 54.

(38) De nombreuses variables pouvant venir perturber sa réalisation, aléatoires ou produites par une « incertitude » (au sens donné par le mathématicien Kurt Gödel, c'est-à-dire qu'aucune démonstration logique ne peut apporter la certitude de la complétude du modèle mathématique utilisé dans la démonstration).

(39) Les commissaires aux comptes ont défini des normes de diligences applicables à l'exécution de leurs missions.

(40) Cass. crim., 27 févr. 1990, Droit des sociétés, 1991, n° 22.

(41) Cass. crim., 20 juill. 1982, n° 81-95.054, inédit. « L'abus des biens sociaux », J.-F. Renucci et M. Cardix, Que sais-je ? n° 3297, éd. PUF.

(42) Cass. crim., 9 févr. 1987, BRDA, 1988, n° 1, p. 12, et 30 sept. 1991, Bulletin Joly, 1992, p. 143, note Baraderie.

peut alors devenir sévère si la rémunération perçue n'est pas disproportionnée avec les fonctions exercées, et le cas pourrait être sensible pour les petites et moyennes sociétés commerciales dont les dirigeants devraient être alors les premiers, voire les seuls, à pâtir d'une conjoncture difficile, ce qui n'encourage guère l'esprit d'entreprise, et flatte un peu plus encore l'aversion naturelle pour le risque contraire au développement économique.

3.2.3. Troisième notion :

Les fins personnelles, recherchées directement, indirectement ou par personne interposée

48. La notion de « fin » est usuellement confondue avec la notion « d'intérêt », en ce sens que la finalité ou le but recherché est l'intérêt personnel du dirigeant retenu comme opposé à l'intérêt social.

49. L'une des définitions juridiques de l'intérêt (43) le représente comme « une disposition stable ou durable à la satisfaction d'un bien matériel ou idéal qui est, ou tend à être, reconnu ou protégé par l'ordre juridique ».

50. La consécration des rapports entre le droit et la notion d'intérêt est donnée notamment par R. Von Ihering pour qui « l'intérêt est à comprendre comme l'utilité d'un bien (ou une valeur) dans son rapport avec le sujet et ses buts ». Cette conception, très précise dans la philosophie de notre législation, est à l'origine d'un tryptique « société-intérêt-droit » et conduit à définir l'intérêt personnel comme le plus souvent opposé à l'intérêt social dans la définition du délit d'abus des biens sociaux, la conjugaison des deux intérêts relevant alors d'une gestion normale (44).

51. Dans cette conception, la jurisprudence ne retient donc pas l'intérêt personnel comme étant seulement financier ; l'avantage matériel, professionnel ou simplement moral (45) peut qualifier l'abus des biens ou du crédit de la société.

52. L'intérêt personnel peut évidemment être direct, mais aussi indirect, ou résulter d'une interposition de personnes ; tel peut être le cas de dirigeants communs à plusieurs sociétés, la question étant éminemment sensible dans la gestion des groupes de sociétés.

53. Cependant, même si la jurisprudence retient largement la notion d'intérêt personnel, l'analyse des conflits d'intérêt entre les acteurs sociaux ne peut pratiquement être abordée que si l'on assimile l'intérêt au fait à l'origine du conflit. L'analyse de la structure du système et de son équilibre dynamique, fondamental à tout système même s'il est instable par nature, peut alors constituer une méthode, la violation de l'intérêt social s'analysant en une altération de la structure ou en un déséquilibre du sys-

tème général, modifié (46) par le fait concerné, sans pouvoir conclure à ce stade que la violation de l'intérêt social a été nécessairement provoquée par un fait confondu avec un intérêt personnel.

54. L'intérêt personnel ne sera opposé à l'intérêt social que dans la mesure où le fait en cause altère la structure ou compromet l'équilibre du système par un transfert exclusif de la « société » à « l'individu ». Ce transfert peut être effectué par action ou par omission, et cette approche rejoint inévitablement la question de l'intention à l'origine du fait, l'anticipation étant déterminante dans tout acte économique.

55. L'analyse des concepts ayant permis d'ouvrir le champ des notions, la problématique de la normalité de la gestion peut être énoncée en regard de la limite que constitue l'abus des biens ou du crédit de la société.

4. LA GESTION : UNE DIALOGIQUE DU RISQUE ET DE LA PRUDENCE

56. Les propositions qui vont suivre posent quelques jalons et n'ont pas la prétention d'asséner une vérité révélée.

57. Deux actes majeurs se dessinent, que sont d'une part la dialogique (47) du risque et de la prudence, et, d'autre part, la recherche d'une conduite appropriée à la gestion des affaires sociales qui porte sur des « phénomènes en devenir dont la compréhension requiert l'association complexe de l'ordre, du désordre et de l'organisation » (48).

4.1. Risque et prudence

58. L'adage est connu : « Qui ne risque rien n'a rien ». « Risquer c'est accepter de perdre quelque chose pour obtenir un bien meilleur » et « loin d'exclure la prudence, le risque l'exige comme condition nécessaire » (49). L'économie démontre quotidiennement la portée de cette courte énonciation de principes.

59. Le cas de ce dirigeant d'une société de transports condamné au paiement d'amendes sanctionnant des infractions à l'équipement et à la mise en circulation des véhicules de la société (50) démontre cependant toute

(43) Cf. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, éd. LGDJ.

(44) Les Anglo-saxons utilisent l'expression « win/win » (soyons tous deux gagnants) pour représenter cette conjugaison.

(45) Cass. crim., 9 mai 1973, Dalloz, 1973, IR, p. 137.

(46) Au sens retenu par la théorie des systèmes : un événement qui provoque une modification dans la dynamique du système.

(47) Dialogique : en forme de dialogue. Le principe dialogique signifie que deux ou plusieurs « logiques » différentes sont liées en une unité, de façon complexe (complémentaire, concurrente et antagoniste) sans que la dualité se perde dans l'unité. Edgard Morin, *Penser l'Europe*, p. 28, éd. Gallimard.

(48) Cf. Edgard Morin, *Penser l'Europe*, p. 26, éd. Gallimard.

(49) *In* Risque et prudence, Denise Brihat, éd. PUF, p. 1.

(50) Cass. crim., 3 févr. 1992, Bulletin n° 49.

l'acuité de la question. La taille de la société exposait ce dirigeant à une prise de risque qu'il est possible de qualifier de « systémique », et il en avait déduit que la société devait supporter les amendes auxquelles il avait été condamné personnellement. En effet, sauf à refuser d'admettre qu'il ne lui est pas possible de vérifier personnellement l'application de toute la législation à laquelle il est assujéti, aucun entrepreneur ne pourra développer une entreprise sans organiser la délégation de ses pouvoirs, ce qui suppose de fonder la gestion sur une confiance posée *a priori*, et donc d'accepter implicitement le risque d'être floué. La Cour de cassation a pourtant rejeté son pourvoi, maintenant la qualification d'abus des biens sur le fondement que le « pouvoir » inhérent à une fonction justifie une « responsabilité fonctionnelle », de principe.

60. Le pouvoir ne se traduit pourtant pas toujours par l'exercice d'une fonction, au sens organisationnel du terme, et l'abus des biens sociaux ne peut donc pas se confondre avec la conséquence malheureuse d'une décision de gestion. L'erreur doit même être admise de principe, à défaut de créer une situation d'anomie (51) sociale d'une gravité telle qu'elle figerait toute prise de risque et conduirait la société à encourir tous les risques par effet de rétroaction.

61. Dès lors, la notion d'exposition au risque anormal ne peut pas être appréhendée sans le complément de la prudence (52), et la normalité de la gestion d'une société ne peut pas être abordée autrement qu'en la considérant dans l'unité de ses éléments, au sens global (53) du terme.

4.2. Les limites qui se dégagent pour adopter une conduite appropriée dans la gestion : les diligences « normales » caractérisant la prudence

62. La question de fond qui demeure est donc finalement celle des limites d'une action responsable, que l'on peut condenser en quelques principes :

- le respect de la loi est une condition première de la bonne gestion ;
- la communication de l'information relative à la prise de décision doit s'inscrire dans une politique de transparence à l'égard des acteurs ayant partagé le risque pris, et à tout le moins à l'égard des organes d'administration ;
- l'exposition au risque doit être appréhendée et évaluée par des scénarios prévisionnels alternatifs, qui seuls per-

mettent d'afficher les intentions stratégiques, même s'ils doivent être connus des organes sociaux d'administration de la société dont les membres doivent être tenus au secret ;

- la prise de risque ne devrait pas pouvoir entraîner une altération irréversible des éléments structurels et des équilibres dynamiques du système.

63. L'existence même du risque, structurellement essentielle dans la vie, doit nous conduire à ne pas le rejeter comme à ne pas l'accepter avec fatalisme, mais au contraire à l'éclairer par une mesure rationnelle de sa probabilité et par l'élaboration de solutions alternatives de sa maîtrise (54).

64. Ces principes fondamentaux de l'éthique de la gestion devraient nous permettre d'en hiérarchiser l'anormalité :

- L'erreur de gestion est une conséquence qui ne peut qu'être admise par la société et ses acteurs, en contrepartie des opportunités espérées dans l'action entreprise ; il n'y a pas de vie sans risque.
- La faute de gestion résulte de l'altération néfaste et irréversible des éléments structurels et des équilibres dynamiques du système, sans mesure préalable permettant d'effectuer une évaluation rationnelle du risque encouru, ou de l'opacité dans la communication de l'information ou de la prise de décision ; cette faute peut entraîner une réparation dans le cadre d'une action civile.
- L'abus des biens sociaux doit être réduit à la violation de l'interdit, ainsi qu'à la faute de gestion commise par astuce (55) et par ruse, sous la condition de constater la subordination de l'intérêt social à l'intérêt personnel du dirigeant dans les actes incriminés ; l'abus appelle une sanction pénale.

5. CONCLUSION : LA RESPONSABILITÉ MORALE EST AU-DESSUS DE LA RESPONSABILITÉ JURIDIQUE

65. Ainsi, la gestion responsable pourrait être définie, si l'on retient la célèbre distinction donnée par le philosophe Emmanuel Kant, en la fondant sur un impératif catégorique, opposé en la matière à l'impératif hypothétique, une morale de la responsabilité en gestion ne pouvant pas être utilisatrice en se réduisant à la seule définition juridique de la responsabilité.

(51) L'anomie (du grec « anomia » : violation de la loi) est l'état d'une société caractérisé par une désintégration des normes qui régulent la conduite des hommes et assurent l'ordre social. In Larousse « Lexis ».

(52) Ce qui conduira l'expert à compléter le mode classique de pensée, dit analytique, qui décompose les parties du tout et assimile la diversité à une simple juxtaposition d'éléments, par une approche systémique qui retient les phénomènes de multiplicité et de métamorphose dans l'unité du système.

(53) Il serait plus précis de retenir le qualificatif « holistique » (du grec « holos » : le tout) pour exprimer le sens de cette déduction.

(54) Le mot « maîtrise » représente mieux le concept de « régulation » qui correspond au sens du mot « control » dans la terminologie anglosaxonne. Étienne Borne nous recommande de « dépasser l'instant pour le situer selon un ordre, chercher des remèdes à la vulnérabilité humaine, tenter la synthèse des valeurs divergentes, cette triple tâche pourrait définir l'appel à la prudence... », in La passion de la vérité, p. 25, cité par Denise Brihat (cf. note *supra*).

(55) L'astuce se définit comme la préméditation de l'usage de moyens illégaux ou immoraux pour parvenir à ses fins, alors que la ruse est la mise à exécution de l'astuce.

66. En d'autres termes, il nous apparaît fondamental d'éviter à tout prix que les dirigeants ne soient portés à gérer les biens et le crédit d'une société en fonction des seules considérations juridiques, et pénales au surplus.

67. Un chef d'entreprise doit gérer en activant la prise de risque et non en l'inhibant.

68. L'appréciation juridique des faits qui entrent dans le champ de ce délit doit donc identifier restrictivement le contenu de l'abus, pour conduire les dirigeants, dans ces limites, à rechercher le « bien » (56), en apportant tout le soin nécessaire à la préservation des biens, d'une part, et au crédit de la société, d'autre part, dans un cadre normatif de diligences de gestion.

69. Alors pourra-t-on espérer réconcilier la responsabilité morale et la responsabilité juridique, la première rede-

(56) Au sens de la philosophie morale.

venant prééminente sur la seconde, en retirant à l'abus des biens sociaux le rôle social de « maîtresse-expression » (57) qu'on lui a implicitement donné dans la gestion des organisations, pour le cantonner à la répression de faits que Monsieur le Procureur général Tacheau qualifiait de « malhonnêteté en affaires » (58).

(Applaudissements.)

Monsieur le Procureur général Burgelin. – Compte tenu de l'heure nous allons peut-être passer tout de suite à l'exposé de M. Ézéglian et nous ferons la pause entre l'exposé et la discussion.

(57) *Ibid.*, note 1.

(58) Propos de conclusion tenu par Monsieur Roger Tacheau, alors procureur général de la Cour d'appel de Douai, à l'issue du débat organisé par l'ARDEC (Association pour le rapprochement du droit et du chiffre [association située à Lille]) sur le même sujet, à Lille, en 1998.

LES AXES DE RECHERCHES DE L'EXPERT-COMPTABLE JUDICIAIRE EN MATIÈRE D'ABUS DE BIENS SOCIAUX

par Edmond EZEGHIAN

Expert agréé par la Cour de cassation

RAPPORT ÉTABLI AVEC LA COLLABORATION DE

Pierre BLUMA, *Expert près la Cour d'appel de Paris*

Olivier RATEAU, *Expert près la Cour d'appel de Paris*

Marie-Christine PEYRAT, *Expert-comptable*



Avec le délit d'abus de biens sociaux, l'objectif du législateur est, comme l'a rappelé notre confrère Preud'homme, d'assurer la protection du patrimoine social contre certains agissements de dirigeants indéliques, et ce, principalement, dans l'intérêt de la société elle-même.

La preuve du délit suppose que soient réunis trois éléments :

- un usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt social ;
- la poursuite par le dirigeant d'un intérêt personnel (direct ou indirect) ;
- la mauvaise foi du dirigeant.

La notion d'usage des biens de la société présuppose un acte positif, mais l'usage incriminé peut prendre la forme d'une abstention, tel sera le cas du dirigeant qui, par exemple, omet de réclamer à une autre société, dans laquelle il est personnellement intéressé, le paiement de fournitures de biens (1).

Dans tous les cas, l'acte est contraire à l'intérêt social dans la mesure où il est commis au préjudice du patrimoine de la société.

La connaissance par le dirigeant que l'acte incriminé va à l'encontre de l'intérêt social (qui peut notamment se déduire de son occultation ou de sa dissimulation dans la comptabilité de l'entreprise) révèle la mauvaise foi de l'auteur.

L'usage des biens de la société est sans conteste abusif dès lors que le dirigeant a agi dans un intérêt personnel. À cet égard, on rappellera que la Cour suprême a redéfini la notion d'intérêt personnel en précisant que les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social le sont nécessairement à son profit, dès lors que celui-ci ne peut justifier les avoir utilisés dans le seul intérêt de la société (2).

Plus récemment, elle a décidé que « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des

fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation (3).

Les concepts d'intérêt social et d'intérêt personnel sont ainsi fondamentaux dans la détermination des éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux.

Dans le cadre d'une expertise judiciaire portant sur des faits pouvant être qualifiés d'abus de biens sociaux, les axes de recherches de la mission sont définis par le juge. L'exécution d'une telle mission amènera l'expert judiciaire à décrire très précisément l'ensemble des faits incriminés ou suspects et des conditions dans lesquelles ceux-ci sont intervenus afin de permettre au magistrat instructeur et à la juridiction de jugement, au vu des éléments relevés, de qualifier les actes incriminés.

L'objet du présent exposé sera de définir les orientations générales qui s'imposent à l'expert-comptable judiciaire dans ses investigations.

Dans cette perspective, nous centrerons notre réflexion sur les deux notions essentielles du délit : le concept d'intérêt social (I) et celui d'intérêt personnel (II) en nous appuyant, à titre d'illustration, sur quelques exemples pratiques.

I. – LE CONCEPT D'INTÉRÊT SOCIAL

Le concept d'intérêt social n'est pas défini par la loi. La jurisprudence a donc été amenée à en préciser le sens comme suit : l'acte contraire à l'intérêt social est celui qui porte atteinte au patrimoine de la société mais c'est également l'acte qui expose la société à un risque de perte anormal.

La Cour de cassation a ainsi élargi la notion d'usage contraire à l'intérêt social en considérant qu'étaient, en effet, contraires à l'intérêt social les actes faisant courir à

(1) Cass. crim., 15 janv. 1972, Bull. crim. n° 107.

(2) Cass. crim., 11 janv. 1996, Rosemain, Bull. crim. 1996, n° 21.

(3) Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 5593 PF, Carignon et autres.

l'actif social « des risques de perte auxquels cet actif ne devait pas être exposé » (4).

Le risque étant l'un des éléments déterminants mis en avant par la jurisprudence dans le délit d'abus de biens sociaux, nous aborderons l'étude des actes contraires à l'intérêt social à partir de cette notion.

Dans la vie de toute entreprise, les dirigeants de droit ou de fait sont conduits à prendre des décisions qui font courir des risques, plus ou moins importants, à l'entité qu'ils dirigent. Ces risques pèsent sur toute décision de gestion prise dans un environnement économique, financier, social, politique, etc., nécessairement fluctuant, incertain. La jurisprudence met toutefois l'accent sur l'aspect anormal et excessif des risques que les actes incriminés font courir à la société et qui, en cela, ne peuvent s'expliquer par une simple erreur d'appréciation ou une négligence du dirigeant.

Le fait que les actes visés aient pu être couverts par des décisions émanant des organes collectifs compétents ne peut effacer leur caractère délictueux mais doit être pris en considération.

L'autorisation préalable ou l'approbation *a posteriori* émanant d'un organe décisionnaire (dans la mesure où celui-ci est suffisamment indépendant par rapport au dirigeant) peuvent, en effet, constituer une présomption de conformité de l'acte à l'intérêt social, et par là-même, une présomption de bonne foi en faveur du dirigeant visé (5).

Devant des faits de cette nature, l'expert judiciaire devra analyser les conditions dans lesquelles les décisions considérées ont été prises et déterminer de façon précise les conséquences qui en ont résulté ou qui auraient pu en découler pour la société ainsi que pour le dirigeant. Dans l'hypothèse où les actes considérés ont été soumis aux organes sociaux et approuvés par eux, il devra notamment réunir tous éléments permettant d'apprécier l'influence plus ou moins grande du dirigeant sur les organes en cause ainsi que la qualité de l'information donnée.

Enfin, on indiquera sur ces points que les risques auxquels la décision incriminée expose la société peuvent n'être qu'éventuels. La Cour de cassation a considéré, en effet, qu'il n'était « pas nécessaire de rechercher et d'établir que la société gérée avait réellement subi un préjudice » (6).

L'expert devra donc examiner tout particulièrement :

– les éléments juridiques de la société concernée (en particulier, la nature de l'objet social telle que définie dans

(4) Cass. crim., 8 déc. 1971, Bull. crim. n° 346.

(5) Cass. crim., 7 mars 1968, Bull. crim. n° 80.

À cet égard, la doctrine considère, toutefois, que le quitus ne permet pas de faire échec aux poursuites, puisque d'une part, il n'éteint pas l'action en responsabilité contre un dirigeant pour faute commise dans l'exécution du mandat (art. 246, al. 2 I, 24 juill. 1966) et que d'autre part, il intervient postérieurement à l'acte incriminé.

(6) Cass. crim., 16 janv. 1964, JCP éd. G, 1994, II, 13612, note J.R. (Cependant, nous le verrons, cette recherche pourra être utile pour l'appréciation des faits).

les statuts, les conventions autorisées par le conseil d'administration, les rapports spéciaux du commissaire aux comptes, les ratifications et approbations données par les actionnaires transcrits dans les procès-verbaux d'assemblées générales, et d'une façon plus large toute information donnée aux administrateurs et aux actionnaires, voire aux tiers) ;

– l'organisation de la société, son mode de fonctionnement, mais également :

– le secteur économique dans lequel elle évolue, et notamment les conditions du marché dans lequel elle exerce son activité et les usages en certains domaines (la pratique de commissions occultes versées afin d'obtenir certaines commandes dans des secteurs bien spécifiques) ;

– enfin et surtout, la traduction comptable des faits étudiés (l'opération a-t-elle été comptabilisée, et l'a-t-elle été conformément à sa nature et aux règles comptables ? ou bien plutôt a-t-elle été dissimulée dans la comptabilité sociale ?) (7).

Une telle démarche a pour objectif :

– de déterminer les responsabilités effectives du dirigeant au regard de l'acte incriminé ;

– de réunir les éléments qui permettront d'apprécier le caractère excessif, anormal ou grave des risques auxquels l'entreprise a été exposée au regard de la logique économique et financière ou au contraire d'estimer la normalité des risques s'apparentant alors à une erreur de gestion. À cet égard, l'expert devra notamment rechercher (et chiffrer, le cas échéant) les contreparties et les avantages éventuels que la société pouvait attendre de la décision prise ;

– d'estimer le montant du préjudice réel ou éventuel, cette information permettant, notamment, d'apprécier la gravité de l'acte délictueux ;

– enfin, de relever les éléments de fait permettant d'apprécier la mauvaise foi éventuelle du dirigeant, cette approche éclairant de même le caractère délictueux de l'acte incriminé.

L'une des difficultés rencontrées dans ce type de recherches, il faut le souligner, tient au fait que l'acte de gestion visé doit être apprécié (au regard de l'intérêt social) au jour où l'opération a été effectuée alors que l'expert intervient, bien souvent, plusieurs années après.

À titre d'illustration, nous citerons les cas suivants :

a) À propos de l'affaire du RER Châtelet-Gare du Nord, la Cour d'appel de Paris avait considéré comme un acte abusif, la conclusion d'un contrat de sous-traitance parce qu'une perte avait été enregistrée. La Cour de cassation par un arrêt du 16 janvier 1989 (8) a rappelé qu'il fallait rechercher si, lors de la signature du contrat, il existait un risque anormal distinct du risque résultant de la nature du marché. Sur renvoi, la Cour d'appel de Versailles a prononcé la relaxe (9).

(7) Sur ce point, on rappellera les propos du Pr J.-H. Robert, « Mieux vaut inscrire en comptabilité une opération dont on n'est pas fier que de se livrer à des artifices comptables ».

(8) Cass. crim., 16 janv. 1989, Bull. crim. n° 17.

(9) CA Versailles, 11 oct. 1989, Gazette du Palais, 1989, 1, 200.

Le risque était en effet inhérent à l'opération, savoir l'étanchéité du tunnel du RER : il n'y avait pas eu un surcoût destiné à favoriser les dirigeants ou des proches de ceux-ci.

b) Dans une autre affaire non encore jugée, une expertise a été ordonnée en vue de rechercher les faits susceptibles de caractériser l'usage abusif des biens sociaux d'une banque par ses dirigeants ainsi que les excès de pouvoir commis par eux dans leur fonction. Les faits se résument ainsi :

Dans un souci de diversification de ses activités, la banque X avait pris des participations dans diverses sociétés d'un groupe industriel Y et avait octroyé des prêts destinés à restructurer et à soutenir l'exploitation dudit groupe.

Prises isolément, ces opérations n'auraient pas appelé d'observations particulières. La banque avait, en effet, consenti à sa filiale, le groupe Y, d'une part, des avances et d'autre part des prêts importants qui avaient été utilisés à des prises de participations dans diverses sociétés relevant de l'activité de ladite filiale.

Ces engagements s'élevaient à environ 160 MF.

Il en allait toutefois différemment si l'on considérait que l'ensemble de ces engagements représentait près de 30 % des fonds propres nets de la banque. Les experts se sont alors interrogés sur le caractère justifié ou non d'une telle prise de risque, d'autant que les moyens mis en œuvre étaient, dans certains cas, en contradiction avec les procédures habituelles de la banque.

L'existence d'un intérêt contraire à l'intérêt social n'apparaissait pas immédiatement. La prise de participation, l'octroi de prêts rémunérés à taux usuels relevaient de l'objet social même de la banque.

En revanche, la prise de risque excessif, susceptible de mettre en péril l'équilibre de la banque, était de nature à caractériser le délit.

À l'occasion d'une restructuration de la dette du groupe Y envers la banque, une participation de 100 % du capital d'une filiale du groupe avait été cédée à la banque en contrepartie de l'abandon de l'ensemble des créances qu'elle détenait sur celui-ci. La valeur de cette participation avait été retenue purement et simplement pour le montant des dettes du groupe alors que :

– elle avait été acquise, peu de temps auparavant, pour un prix nettement inférieur (le prix de cession étant quatre fois plus élevé) ;

– la baisse des résultats de la filiale concernée ne permettait pas de justifier une plus-value de l'importance relevée.

En outre, ces décisions avaient été prises sans respecter les procédures en place au sein de la banque ni davantage les dispositions légales prévues pour les conventions réglementées. En effet, certains protocoles d'accord entre la banque et le groupe client avaient été signés sans être soumis préalablement au conseil d'administration alors

qu'il s'agissait d'une importante prise de participation d'actions par la banque (dans un secteur non stratégique pour elle), en contrepartie d'abandons de créances.

Les conséquences de ces opérations pouvaient être très préjudiciables au banquier. Cela ne manqua pas de se produire.

Par ailleurs, point essentiel, il ressortait de l'analyse de l'actionnariat et des organes de direction des sociétés du groupe Y que des membres proches de la famille des dirigeants de la banque avaient acquis des participations significatives dans plusieurs des sociétés de ce groupe, l'un d'entre eux occupant même des fonctions d'administrateur dans deux entités importantes.

Désigné afin d'exécuter une telle mission, l'expert devra donc entreprendre une analyse globale des faits suspects et pour cela orienter ses investigations aux plans organisationnel, juridique, économique et financier ainsi que bien entendu comptable, sans cependant limiter ses travaux à l'examen de ce seul dernier aspect.

Au cas particulier les experts ont notamment recherché :

– si les prêts pouvaient être assimilés à des opérations courantes conclues à des conditions normales ;

– si ces prêts avaient fait l'objet d'une décision d'un éventuel comité de crédit au sein de la banque et dans ce cas, quels avaient été sa composition et son fonctionnement au moment de l'octroi des prêts ;

– quel avait pu être le préjudice de l'opération pour la banque ;

– quelles pouvaient être les justifications économiques de l'importance de la plus-value réalisée dans un délai aussi bref ;

– dans quelle mesure les dirigeants de la banque pouvaient avoir un intérêt personnel à réaliser les opérations suspectes.

Dans ce type de mission, l'expert devra prendre soin de décrire soigneusement les circonstances exactes dans lesquelles les opérations reprochées ont été réalisées afin de préciser si celles-ci ont porté ou pouvaient porter atteinte à l'intérêt social.

Sur ce point, en effet, on rappellera qu'un jugement récent du tribunal de grande instance de Paris (du 14 avril 1999, jugement frappé d'appel) a relaxé des poursuites d'abus de biens sociaux les dirigeants de la banque SAGA qui s'étaient pourtant octroyé sans autorisation préalable du conseil d'administration des prêts pour des montants hors de proportion avec leur capacité de remboursement. Le jugement relève que ces prêts « ont été consentis avec intérêt au profit de la société SAGA, conformément à son objet social, sans qu'il soit explicitement démontré qu'ils excédaient la capacité financière de la société SAGA ». Ce jugement a été critiqué par la doctrine (10) qui lui a reproché une confusion entre intérêt social et objet social.

(10) Cf. notamment, l'article de Mme Frison-Roche, *Le Monde*, 4 mai 1999.

II. – LE CONCEPT D'INTÉRÊT PERSONNEL

Le dirigeant est punissable s'il accomplit un acte qu'il sait contraire à l'intérêt social, autrement dit, lorsqu'il agit de mauvaise foi et que son acte porte atteinte au patrimoine de la société ou qu'il expose celle-ci à un risque de perte anormal.

Mais un tel acte doit être commis, en outre, à des fins personnelles (intérêt direct) ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle le dirigeant est intéressé directement ou indirectement (intérêt indirect).

L'intérêt personnel, comme notre confrère Preud'homme l'a rappelé, est souvent matériel mais peut également être d'ordre moral. Par exemple : les agissements coupables ont pu être commis pour la sauvegarde de la réputation familiale (11), ou pour maintenir ou avantager des relations d'amitiés avec autrui (12), ou en vue de poursuivre des intérêts électoraux (13), etc.

Quant à la mauvaise foi, elle se confond avec la recherche de l'intérêt personnel et peut se déduire des faits matériels reprochés (14).

L'expert-comptable judiciaire afin de mettre en évidence les éléments permettant de démontrer l'existence d'un intérêt personnel des dirigeants examinera et appréciera, en particulier :

- leurs rémunérations au regard de la taille et des résultats de la société ainsi que de sa situation financière ;
- les mouvements enregistrés sur leurs comptes courants (un compte courant peut, notamment, devenir créateur en fin d'exercice grâce à des artifices comptables après avoir été débiteur au cours dudit exercice) ;
- les avances qu'ils ont pu se faire consentir ;
- les prélèvements (sous diverses formes) qu'ils ont pu opérer dans la trésorerie sociale ;
- les dépenses excessives et les dépenses d'ordre privé mises indûment à la charge de l'entreprise (les opérations réalisées en espèces demanderont une attention toute particulière) ;
- les relations économiques et financières déséquilibrées intervenues entre la société visée et les autres sociétés dans lesquelles ils sont intéressés.

Bien entendu, les travaux de l'expert, ses axes de recherches, seront adaptés à la spécificité des situations rencontrées, sachant que l'une des difficultés majeures de ce type de mission tient au fait que les agissements délicieux sont le plus souvent dissimulés.

(11) Cass. crim., 3 mai 1967, Bull. crim. n° 48.

(12) Cass. crim., 9 févr. 1987, Bull. n° 61.

(13) Cass. crim., 16 févr. 1971, Bull. crim. n° 53, Revue des sociétés, 1971, p. 418, note Bouloc.

(14) Cass. crim., 16 mars 1970, Revue des sociétés, 1970, p. 480.

La recherche d'un enrichissement personnel et matériel n'est pas un élément nécessaire à l'existence de l'infraction ; l'appauvrissement subi par la victime (la société) peut caractériser le délit : tel serait le cas du dirigeant qui financerait sur fonds sociaux le train de vie de sa maîtresse.

A contrario, l'intérêt personnel du dirigeant ne peut pas se déduire de l'absence d'intérêt de l'opération pour la société.

L'expert devra non seulement décrire de façon précise les mécanismes frauduleux – les moyens qui ont été utilisés – et en estimer l'incidence sur les comptes sociaux mais il pourra également fournir, selon la nature des faits relevés, des éléments d'appréciation sur l'importance (et donc la gravité) de ceux-ci eu égard aux usages et pratiques du secteur d'activité dans lequel s'insèrent la ou les sociétés concernées, sans omettre de rechercher en fonction de la nature de la mission, les personnes ayant participé directement ou indirectement à ces mécanismes.

À titre d'exemple, on exposera ci-après de façon succincte trois cas dans lesquels les travaux des experts ont permis d'apporter, dans les faits relevés, des éléments permettant d'établir l'intérêt personnel des dirigeants : un intérêt direct dans deux affaires de caisse noire et un intérêt indirect dans une opération de LBO. Enfin, nous évoquerons la question délicate de l'existence de commissions occultes.

1) Exemple d'intérêt personnel : L'existence d'une caisse noire

Comme nous l'avons déjà rappelé, la Cour de cassation dans un arrêt du 11 janvier 1996 (arrêt Rosemain) a précisé que « (...) s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel ».

Ayant à étudier des faits de même nature, l'expert ne devra donc pas limiter ses travaux à la mise en évidence des prélèvements occultes et à leur estimation. Il devra également rechercher autant que faire se peut l'utilisation des sommes détournées de la caisse sociale en s'efforçant de distinguer :

- les prélèvements qui ont pu être effectués afin de financer des charges normales d'exploitation et qui, par conséquent, bien que traduisant une pratique comptable irrégulière, n'ont pas été réalisés au détriment de la société ;
- des prélèvements réalisés au bénéfice du dirigeant lui-même ou pour lesquels aucune justification d'une utilisation, dans l'intérêt social, des sommes détournées n'a pu être apportée.

Dans une affaire relative à une douzaine de sociétés spécialisées dans une activité de commerce de détail, il résultait des déclarations recueillies par la police judiciaire, que des prélèvements occultes avaient été effectués, durant plusieurs années, dans chacune des entités.

Les sommes détournées étaient reportées sur les feuilles de caisse journalières sous couvert de règlements de divers frais fictifs qui étaient toujours, globalement, de même montant et de nature identique.

Les experts désignés ont donc :

- dans un premier temps, recherché de façon systématique les prélèvements effectués en s'efforçant de les quantifier ;
- dans un second temps, recherché la destination des fonds ainsi prélevés.

Ces travaux ont permis d'établir :

a) *En ce qui concerne le premier point, que (15) :*

1) des recettes en espèces avaient été prélevées sous le couvert de dépenses fictives ;

2) au cours de périodes plus courtes, bien délimitées dans le temps, une partie des recettes avait même été prélevée sans aucune justification (même fictive) ;

3) enfin, certaines catégories de prestations vendues n'avaient pas été systématiquement reportées sur les feuilles de caisse alors que leur réalisation était quasiment quotidienne : les sommes correspondantes avaient été détournées de la caisse sociale.

On notera que les minoration de recettes sont souvent difficiles à quantifier. Une approche se limitant à des calculs fondés sur la seule étude de l'évolution des marges est, à cet égard, en général insuffisante en raison des nombreux facteurs qui peuvent être invoqués afin d'expliquer les anomalies décelées.

b) *En ce qui concerne le second point, qu'une partie des prélèvements occultes avait servi à régler des compléments de salaires (l'objectif poursuivi par le dirigeant ayant été, en l'espèce, de minorer le montant des charges sociales) (16).*

Quand au solde des sommes détournées, le dirigeant, auquel l'évaluation des prélèvements effectués a été présentée, n'a pas été en mesure d'en justifier la destination.

Les travaux réalisés par les experts ont ainsi permis de décrire de façon précise l'ensemble du mécanisme frauduleux mis en place, de quantifier les sommes détournées et enfin de déterminer clairement les responsabilités du dirigeant.

Nous rapporterons une autre affaire de caisse noire :

Un individu, chasseur de primes et de subventions publiques, avait entrepris de créer une société anonyme à vocation industrielle.

Il avait sollicité, en vue de réunir le capital initial, directement ou indirectement (par personnes interposées) de petits épargnants de condition modeste.

L'argent collecté avait été déposé sur divers comptes bancaires ouverts au nom de son ex-épouse (lui-même

(15) L'examen et la récapitulation systématique et méthodique (selon une ventilation par nature des recettes et des dépenses) des principales informations inscrites sur les feuilles de caisse journalières d'une part, puis le rapprochement des résultats ainsi obtenus avec les mouvements enregistrés en comptabilité d'autre part, ont permis de mettre en évidence les trois modalités distinctes de détournements de recettes ci-dessus rappelées.

(16) L'examen de la comptabilité des sociétés du groupe montrait qu'en raison des modalités des prélèvements adoptées, les comptes « caisse » avaient été faussés. À la clôture de chaque exercice, diverses écritures comptables avaient été alors enregistrées afin de rectifier *a posteriori* les soldes de caisse. L'analyse de ces opérations et des déclarations recueillies permettait d'établir qu'une partie des sommes détournées avait, en fait, été utilisée afin de régler des compléments de salaires (l'objectif poursuivi par le dirigeant ayant été de minorer le montant des charges sociales). Sur ces bases, il était donc possible d'évaluer les prélèvements occultes ayant servi à régler des frais de fonctionnement des sociétés du groupe.

étant interdit bancaire) : les sommes recueillies ayant ainsi transité dans les comptes personnels avant d'aboutir dans le patrimoine social.

L'expertise a révélé à partir des travaux réalisés :

– que l'argent remis par les souscripteurs avait été reversé dans la caisse sociale pour des montants inférieurs à leurs engagements initiaux ;

– que les fonds recueillis avaient été utilisés pour les besoins personnels du fondateur de la société, de son ex-épouse et même pour l'entretien de son fils ;

– que le fondateur avait, à l'aide des fonds collectés, acheté au nom de son ex-épouse du matériel d'occasion qu'il avait revendu à la société en surfacturant ledit matériel réalisant ainsi un profit substantiel au détriment de la société en cours de constitution.

2) *Exemple d'intérêt personnel indirect : Les opérations de LBO (Leveraged Buy Out)*

Comme l'indique le Dictionnaire fiduciaire financier, « littéralement, l'expression signifie "rachat par effet de levier" ». Un LBO est « un mécanisme de rachat d'entreprise avec un apport minime de fonds propres et un recours important à l'emprunt ; une fois le rachat effectué, les emprunts sont remboursés grâce aux fonds disponibles ou générés par l'entreprise rachetée ».

Un tel montage n'est pas répréhensible quand les dettes de la société holding sont payées au moyen de dividendes versés régulièrement par la société cible sur les résultats de l'exercice ou sur les réserves disponibles, à la condition toutefois que de telles distributions ne soient pas de nature à fragiliser sa situation financière en réduisant sa capacité d'autofinancement et ses possibilités de développement.

De même, une fusion est possible entre le holding et la cible dès lors que :

– les valeurs relatives attribuées aux actions sont pertinentes et que le rapport d'échange des droits sociaux est équitable ;

– la société holding possède des capitaux propres et des actifs suffisants pour répondre à ses obligations envers la cible ;

– les emprunts contractés par la société holding afin d'acquérir la cible ont été régulièrement remboursés, c'est-à-dire dès lors que la fusion a une justification économique sérieuse et qu'elle est réalisée sur des bases équitables pour les différentes entités juridiques concernées.

En revanche, les opérations de LBO sont incompatibles avec les dispositions légales visant à la protection des actifs sociaux :

• **Quand des transferts de fonds sont effectués de la cible vers la société holding dans les conditions suivantes :**

a) Sous forme d'avances de trésorerie dans l'hypothèse :

– où celles-ci sont consenties uniquement afin de permettre à la société holding d'acquérir les actions de la cible sans considération de l'intérêt du groupe ;

– où elles sont susceptibles de mettre la cible en difficulté, en l'empêchant, notamment, d'investir et de rester concurrentielle ;

– où elles sont dénuées de contrepartie (absence de rémunération ou rémunération à un taux plus faible que celui supporté par la cible ou habituellement en vigueur) ;

– où il existe un risque de non-remboursement de la société holding dont la situation financière est fragile.

b) Dans le cadre de convention d'assistance (ou « management fees ») qui sont établies sans que des prestations réelles soient fournies par la société holding au bénéfice de la cible.

c) Dans le cas où des frais généraux de la société holding sont, sans fondement, mis à la charge de la cible.

• **Quand une fusion-absorption du holding et de la cible est réalisée, avant que le remboursement des financements obtenus dans le cadre du LBO soit achevé, aboutissant ainsi à une confusion de la dette de la société holding et de la créance de la cible.**

Une telle opération constitue un abus de pouvoirs lorsque la fusion est effectuée dans des conditions déséquilibrées, qu'elle est dépourvue de toute justification économique pour la cible et que l'objectif poursuivi est d'effacer la dette du holding dans l'intérêt personnel du repreneur.

On rappellera à titre d'illustration, les caractéristiques essentielles de l'affaire Delattre Levivier (17). L'arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1995 a été abondamment commenté, cette affaire restant en effet exemplaire quant aux errements auxquels peut conduire la réalisation de ce type d'opérations.

Les faits, brièvement résumés, étaient les suivants :

– une société holding, la SIFB, avait été constituée afin d'acquérir 99,9 % de la société Delattre Levivier. La quasi totalité des actions de la société holding était détenue par son président ;

– le prix d'acquisition total, compte tenu des accords conclus entre les parties, avait été finalement de 78 MF, dont 40 MF payables au comptant ;

– les modalités de financement avaient été les suivantes : 30 MF par un emprunt contracté auprès d'une banque, 10 MF grâce à des prélèvements effectués dans les autres sociétés du groupe du repreneur et 38 MF par des avances consenties par la cible à la société holding, ces avances ayant atteint un total de près de 69 MF, un peu plus de trois ans après la date d'acquisition ;

– le repreneur a décidé alors de réaliser une fusion-absorption de la société holding par la cible. Dans l'opération, cette dernière a été évaluée à sa valeur comptable (à savoir 67,9 MF) tandis que la société holding et ses filiales

ont fait l'objet d'une réévaluation aboutissant à une valeur de 42 MF. Du fait de la fusion, la créance de la cible a été alors confondue avec la dette de la société holding ;

– six mois plus tard, le repreneur a revendu sa participation dans la société absorbante pour 209 MF (somme qui n'incluait pas les filiales reprises par le dirigeant pour 41 MF).

Comme le résume le professeur Paillusseau dans son commentaire de l'arrêt (18), les travaux de l'expert ont permis d'établir, notamment :

– *Que même si les sociétés concernées pouvaient être considérées comme un groupe, les sacrifices consentis par la cible :*

– n'avaient pas été faits dans l'intérêt du groupe, mais seulement pour permettre à la société holding d'acquérir les actions de la cible ;

– qu'ils présentaient des risques trop importants compte tenu de la fragilité financière de la société holding dont l'endettement dépassait 82 MF ;

– qu'ils avaient empêché la cible de procéder aux investissements nécessaires, qui ont considérablement diminué pendant cette période, et que les résultats de celle-ci s'en sont trouvés obérés ;

– qu'ils étaient dépourvus d'une contrepartie suffisante, les intérêts servis étant inférieurs au taux de base bancaire ainsi qu'aux intérêts versés par la société holding à la banque prêteuse.

– *Par ailleurs, que les prestations facturées par la société holding, dans le cadre d'une convention d'assistance, étaient sans réalité et avaient essentiellement servi à compenser les frais financiers résultant des avances consenties par la cible à la société holding.*

Outre le délit d'abus de biens sociaux caractérisant les faits rappelés ci-dessus, le délit d'abus de pouvoirs a également été retenu. À cet égard, l'arrêt de la Cour de cassation confirme la position des juges du fond dans les termes suivants :

– l'opération de fusion était extrêmement déséquilibrée, lésionnaire et dépourvue de toute justification économique pour la société Delattre Levivier ;

– elle a offert à la banque prêteuse, second actionnaire et premier prêteur de SIFB, une meilleure garantie ;

– elle a permis au repreneur d'entrer directement et personnellement en possession du capital de Delattre Levivier, acquis essentiellement avec les fonds de cette société.

Le repreneur « a usé de ses pouvoirs de président du conseil d'administration pour organiser une fusion-absorption contraire à l'intérêt de la société et avantageuse pour lui-même et d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé directement ou indirectement ».

(17) Cass. crim., 10 juill. 1995, Cf. Bulletin de la Cie des commissaires aux comptes, n° 101, note du professeur Ph. Merle ainsi que les commentaires du professeur J. Paillusseau, La Semaine juridique, jurisprudence, 1996, voir note 18 ci-après.

(18) Cf. La Semaine juridique, JCP 1996, éd. G, II, 22572, note Paillusseau.

L'expert dans une mission de cette nature devra donc tout particulièrement rechercher et apprécier :

- les conditions effectives de financement du LBO ainsi que les modalités réelles du remboursement des emprunts contractés ;

- le bien-fondé des facturations de prestations émises par la société holding, dans le cadre des conventions « intragroupe » qui ont pu être établies, au vu de l'organisation réelle des entités en cause et notamment des moyens (humains, matériels, etc.) dont les sociétés concernées disposent et plus généralement, toute facturation adressée par la société holding à la cible ;

- les conditions dans lesquelles des avances ont été consenties par la cible à la société holding (taux de rémunération, modalités de remboursement ainsi que les capacités de remboursement réelles de la société holding au regard de sa situation financière, etc.) ;

- l'importance des distributions de dividendes réalisées par la cible en faveur de la société holding et dans quelle mesure celles-ci ne fragilisent pas l'équilibre financier de la cible et, par là-même, ne constituent pas un obstacle au développement de cette dernière ;

- les modalités de la fusion-absorption (appréciation des méthodes d'évaluation et des valeurs retenues, du rapport d'échange, etc.), les conséquences en résultant pour les sociétés en cause ainsi que pour leurs actionnaires.

3) *L'existence de commissions occultes :*

Intérêt social et intérêt personnel

Nous terminerons le présent exposé en évoquant, succinctement, la question des commissions occultes versées afin d'obtenir certains marchés, comme dans le domaine de l'armement où le paiement de pots de vin semble être de pratique assez courante (19).

Il convient de rappeler à cet égard que le but illicite de l'acte ne suffit pas pour que les agissements en cause soient considérés comme contraires à l'intérêt social.

Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation a évolué puisqu'elle a admis que les fonds prélevés de manière occulte par un dirigeant dès lors qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société ne constituaient pas des abus de biens sociaux à moins que leur utilisation ne fasse courir à la personne morale ou à ses dirigeants, un risque anormal de sanctions pénales ou fiscales.

Face à des situations de cette nature, l'expert judiciaire devra donc orienter ses travaux vers la recherche de l'utilisation des fonds détournés en s'efforçant d'apporter, compte tenu de l'ensemble des éléments dont il dispose (comptabilité, pièces justificatives - appels d'offre, contrats, factures, etc. -, déclarations recueillies dans le

(19) À ce titre, on rappellera que la loi du 29 décembre 1997 prise en application de la convention OCDE du 17 décembre 1997 a exclu de la déductibilité fiscale « les sommes versées et les avantages octroyés au profit d'agents publics étrangers en vue de l'obtention ou de la conservation de "marchés publics" ».

cadre de la procédure) une réponse aux principales questions suivantes :

- Les fonds prélevés de manière occulte ont-ils été utilisés dans l'intérêt de la société ?

- Les opérations visées ont-elles été enregistrées dans la comptabilité et, dans l'affirmative, selon quelles modalités ?

- Le dirigeant peut-il fournir une justification des opérations considérées (dans la négative, nous l'avons vu, l'intérêt personnel du dirigeant pourra être présumé) ?

- L'utilisation des fonds ainsi prélevés et versés a-t-elle exposé la société à des risques anormaux ?

- Les opérations apparaissant sur les comptes bancaires ouverts au nom du dirigeant ou de ses proches sont-elles justifiées ?

- Le train de vie du dirigeant ou de ses proches est-il en corrélation avec les ressources comptabilisées au nom de ceux-ci ?

Les difficultés soulevées par ces agissements sont nombreuses. Tout d'abord, l'obtention des marchés invoquée par les dirigeants nécessitait-elle réellement que des commissions occultes soient versées ? Ensuite, dès lors que ces opérations ont été occultes comment s'assurer de la destination réelle des fonds ? Ceux-ci ont-ils été effectivement remis aux bénéficiaires déclarés, comme le soutiennent les dirigeants suspectés ? Un système de reversement (au moins pour une partie des sommes en cause) en faveur des dirigeants n'a-t-il pas été mis en place ? (20). Enfin, on rappellera, comme l'ont souligné à plusieurs reprises de nombreux magistrats, que les mécanismes de telles opérations sont particulièrement délicats à mettre en évidence et à décrire dans leur ensemble, dans la mesure, en effet, où ces faits sont en général réalisés à l'aide de sociétés écrans et de comptes bancaires créés et ouverts dans des pays dans lesquels les informations nécessaires à l'instruction de l'affaire ne peuvent être facilement obtenues, même par voie judiciaire.

CONCLUSION

Les mandataires sociaux sont donc tenus à un devoir de loyauté dans l'administration et la gestion du patrimoine social dont ils sont responsables. Ils éviteront de se placer en situation de conflit d'intérêts. Les manquements à ce devoir pourront être sanctionnés pénalement. Le juge devra pour ce faire établir un usage des biens contraire à l'intérêt social, fait de mauvaise foi, dans un intérêt personnel.

La connaissance de la vie économique et financière des entreprises, l'indépendance qui est la sienne dans un débat devant demeurer contradictoire, permettront à l'expert-comptable judiciaire d'aider le juge dans la recherche des faits matériels susceptibles de caractériser le délit.

(20) Sur ce point, on peut évoquer la pratique des « rétro-commissions » qui consiste à verser une rémunération à un tiers, qui en restitue une partie par un versement sur un compte personnel du débiteur.

L'appréciation de l'intérêt social présuppose en effet une étude approfondie, tant de l'environnement de l'entreprise que des particularités de celle-ci, en imposant de se placer à l'époque des faits, ce qui n'est pas la moindre des difficultés. En paraphrasant le regretté professeur Du Pontavice, on peut dire en guise de recommandation « les experts connaissent la fin de l'histoire, et ne doivent pas oublier que les prévenus n'en connaissent que le début ». L'expert sera à même d'apporter son expérience professionnelle, replaçant les faits dans leur contexte, chiffrant leur incidence sur les résultats et la situation patrimoniale de l'entreprise. Il devra effectuer ses recherches pour être en mesure d'indiquer quels sont les usages et les pratiques dans telle ou telle branche d'activité pour en tenir compte dans son appréhension des faits.

Sa connaissance des mécanismes comptables lui permettra en outre de rechercher des détournements souvent adroitement dissimulés par ceux qui en sont les bénéficiaires. Ce n'est qu'après des travaux parfois complexes qu'il parviendra à mettre en lumière certaines pratiques et certains circuits, caractérisant et chiffrant des agissements qui ne ressortaient pas *a priori* des éléments du dossier ou des premières investigations, ou qui apparaissaient pour des montants sans rapport avec la réalité.

Ses recherches dans la comptabilité lui permettront, en outre, d'apprécier le bien ou mal fondé de certaines expli-

cations invoquées par les dirigeants pour s'exonérer de leurs responsabilités.

L'étude approfondie du fonctionnement des organes de direction de la société pourra établir dans quelle mesure ceux-ci ont été associés aux agissements critiqués, ou s'ils en ont été correctement informés.

L'expert pourra enfin, par une étude des comptes courants, des comptes bancaires et du patrimoine des intéressés, rechercher l'intérêt personnel qu'ils ont pu retirer à l'occasion des opérations qui leur sont reprochées, cet intérêt personnel constituant le vecteur de la mauvaise foi.

Mais en toute circonstance, son objectivité et son indépendance seront de nature à aider le juge dans son appréciation des faits qui concourent aussi bien à la qualification de l'acte incriminé qu'à la présomption de bonne foi en faveur du dirigeant, le cas échéant.

(Applaudissements)

Monsieur le Procureur général Burgelin. – Après les très savants exposés de M. Preud'homme et de M. Ezeghian, je vous propose, avant d'entamer la discussion, de suspendre pendant quinze minutes environ notre séance.

La séance est suspendue.



La séance est reprise.

Monsieur le Procureur général Burgelin. – Nous allons reprendre le cours de ce colloque avec la discussion qui va suivre après les très intéressants exposés que nous avons eus ce matin. Je vais donc directement vous demander si tel ou tel d’entre vous souhaite intervenir le premier.

Monsieur Armand-Prévost. – Merci Monsieur le Procureur général. Je ne suis pas un spécialiste du droit criminel, je ne m’engagerai pas dans ce qui n’est pas ce que je connais. Je voudrais simplement partir de la faute de gestion pouvant déboucher sur une sanction civile ou pénale.

Le chef d’entreprise est un preneur de risques, c’est son métier. Malheureusement le critère légal pour justifier la manière de gérer l’entreprise c’est gérer en bon père de famille. Si les chefs d’entreprises de France géraient tous en bons pères de famille, ils seraient très prudents et vraisemblablement il y aurait beaucoup plus d’entreprises qui seraient amenées à déposer leur bilan car elles n’auraient pas le dynamisme nécessaire.

Donc je crois que partant de ce point de vue deux critères existent dans la loi, y compris la loi civile – je pense au Code civil – le respect du droit des sociétés et le respect de la loyauté dans les affaires. C’est l’exigence de bonne foi dans l’exécution des contrats que la jurisprudence a développée pour l’amener jusqu’aux négociations précontractuelles, ce qui fait qu’on a cette double exigence de respecter la loi et d’avoir un minimum de loyauté dans les affaires.

Je pense qu’à partir de là on doit bien distinguer ce qui va être une décision qui va se révéler malheureuse ultérieurement de ce qui va se révéler une décision fautive. Car j’ai entendu dans l’un des exposés le terme « erreur de gestion ». Je lui préfère le terme de « faute de gestion », car le chef d’entreprise a le droit à l’erreur.

À ce moment-là on a ce critère d’une décision malheureuse qui n’est pas sanctionnée en tant que telle, sauf éventuellement par les organes de la société qui peuvent révoquer le mandataire social, d’une décision fautive qui

peut être sanctionnée à deux niveaux de la faute de gestion dans le cadre de la sanction par le droit des sociétés ou dans le cadre de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires. En outre, une décision fautive peut, si elle remplit les critères qui ont été indiqués, être sanctionnée dans le cadre de l’abus des biens sociaux.

Je pense qu’il faut bien avoir en tête ceci et notamment que la prise de risques c’est le métier du chef d’entreprise. Tout cela a été dit, je vous en donne acte, M. Preud’homme. Je voulais insister là-dessus et notamment sur ce critère que je n’ai pas entendu dans votre exposé de l’exigence de la loyauté dans les textes régissant la direction d’une entreprise en France, ce qui explique que la sanction en matière d’abus des biens sociaux évoque elle-même une décision hors de toute bonne foi, outre la notion d’intérêt personnel.

Il y a aussi un autre critère, ce serait le sujet d’un autre colloque ; c’est la notion d’intérêt social. Quel est l’intérêt social entre les définitions de la doctrine et de la jurisprudence ? C’est une autre question, je m’arrête là.

Je voulais vraiment réintroduire cette idée que la loyauté dans le droit des affaires existe.

(Applaudissements)

Monsieur le Procureur général Burgelin. – Sur ce point, vous pouvez répondre ?

Monsieur Preud’homme. – Effectivement, on dit que l’erreur est intrinsèque à la vie des affaires, à la vie tout court. Un chef d’entreprise ne peut que disposer du droit à l’erreur, c’est certain. Quant à la notion de faute et surtout sur le contexte de loyauté que vous évoquiez en rappelant la notion de bon père de famille, j’ai en mémoire que c’est Xénophon qui avait le mieux défini la question dans un ouvrage qui s’appelle « l’économique ». Le bon gestionnaire de ses biens est celui qui en prend soin avec le souci de respecter l’autre, d’avoir une exigence plus importante que celle de la tolérance puisque la tolérance hiérarchise les rapports entre les uns et les autres. Je crois qu’en prenant ces deux pôles du respect et du soin à apporter, on

voit nécessairement la référence à un objet. On prend soin d'un objet, on prend soin d'une personne en la respectant.

La notion de loyauté est un concept appliqué aux relations. C'est nécessairement quelque chose qui ne se conçoit que dans les relations entre deux individus. La loyauté c'est le respect de l'autre. Je n'en ai pas parlé parce que le concept de diligence normale face à la définition de la faute ne recouvre pas totalement la notion de bon père de famille, qui doit être appliquée à chaque cas particulier. Ce sera donc l'analyse des faits, l'analyse des éléments de cas particuliers qui permettra de définir la notion de bon père de famille.

In abstracto, je ne crois pas qu'on puisse parler de bon père de famille en général. Je suggère que l'on évoque la notion de diligences normales par rapport au mode de gestion. Cette distinction est déjà initiée par le législateur commercial lorsqu'il s'agit de la tenue d'une comptabilité. C'est un outil de gestion. Cela fait partie des diligences normales, dont le défaut est sanctionné par la banqueroute. Aujourd'hui est-ce encore suffisant ? J'espère avoir répondu à votre interpellation.



Monsieur Jean Fleury. – Je voudrais poursuivre le propos de M. Armand-Prévoist à l'intention de M. Preudhomme. Vous avez exposé l'ensemble des problèmes relatifs à l'abus des biens sociaux et du crédit ; à ce propos vous avez parlé de l'objet. Il m'a semblé que votre définition de l'objet était un peu restrictive, n'évoquant qu'un objet bien matériel. Je pense qu'il faut également parler de l'objet élément incorporel. L'abus de biens sociaux vise également ces éléments.

Monsieur Preud'homme. – Bien sûr l'objection est tout à fait justifiée. Lorsqu'on parle d'objet c'est corporel et incorporel. L'incorporel fait bien partie du champ d'application de l'abus des biens sociaux.

Monsieur Fourcade. – Je voudrais compléter la réponse faite à M. Armand-Prévoist concernant le rôle du dirigeant. Je crois qu'il faut distinguer l'erreur – on est tous d'accord, le dirigeant a droit à l'erreur comme tout un chacun – de la faute et de la fraude. Or, on constate une tendance de

plus en plus grande des justiciables à recourir à la voie pénale chaque fois qu'ils ont à reprocher le comportement d'un dirigeant.

Pourquoi la voie pénale ? Tout d'abord, c'est un moyen de pression. Ensuite, le plaignant va bénéficier gratuitement de toute la logistique du juge d'instruction, de la police judiciaire, des experts – les frais d'expertise étant à la charge du Trésor. Il va en outre bénéficier de moyens de recherche au plan international. Se pose également un problème que l'on évoquera peut-être tout à l'heure, celui de la prescription puisque, tout au moins certains le disent, le délit d'abus des biens sociaux serait pratiquement imprescriptible.

Donc les justiciables, pour ces diverses raisons, ont recours à la voie pénale tant et si bien qu'on tend à confondre la faute et la fraude. Cette distinction existe, il y a des textes particuliers : article 1382 du Code civil, articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966 qui prévoient expressément le comportement fautif des dirigeants. Il y a les articles 180 et suivants de la loi de 1985 sur la banqueroute, etc.

Parmi les cas qui sont susceptibles de relever d'une faute sanctionnable, la loi de 1985 vise l'usage abusif des biens de la société. Ce sont les termes mêmes des articles 425 et 437, à deux exceptions près : la loi de 1985 ne retient ni la mauvaise foi, ni la connaissance que pouvait avoir le dirigeant de ce que l'acte accompli était contraire à l'intérêt social. Pour certaines fautes existent donc souvent des sanctions adaptées, mais auxquelles on n'a pas toujours recours. C'est uniquement l'acte frauduleux qui devrait recevoir une sanction pénale.



Monsieur Buthurieux. – Personnellement, je n'aime pas les termes « erreur de gestion » ou « faute de gestion ». Il faut en effet se mettre à la place du chef d'entreprise, et si la nuance entre erreur et faute est subtile pour nous, elle l'est moins pour lui.

Un chef d'entreprise est par définition quelqu'un qui entreprend, qui prend des risques, qui décide. Ses décisions de gestion sont prises dans un univers indéterminé, flou, chaotique. L'information de gestion est toujours imparfaite et le futur est par définition indéterminé. Aussi vaudrait-il

mieux parler, dans tous les cas, de décision de gestion ce qui permettrait alors d'avoir la typologie suivante :

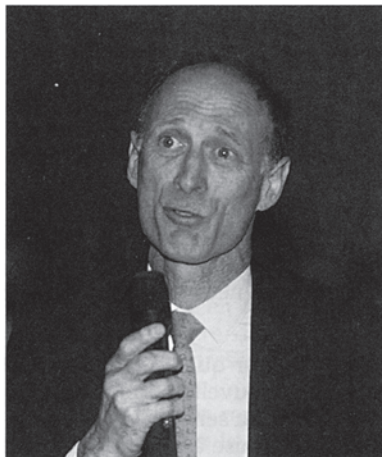
- décision de gestion raisonnable aux conséquences économiques heureuses ;
- décision de gestion raisonnable aux conséquences économiques malheureuses ;
- décision de gestion déraisonnable aux conséquences économiques heureuses ;
- décision de gestion déraisonnable aux conséquences économiques malheureuses ;
- décision de gestion fautive aux conséquences économiques malheureuses et constituant une entorse à une règle légale ou conventionnelle.

Dans les trois premiers cas, le dirigeant social et plus généralement le décideur n'engagent pas leur responsabilité. Ils ont agi deux fois raisonnablement et une fois déraisonnablement, mais dans ce dernier cas, ils ont eu beaucoup de chance. Dans les deux derniers cas, leur responsabilité pourra être mise en cause avec deux adjectifs forts « déraisonnable » et « fautive ».

Le caractère raisonnable de la décision de gestion ne peut être établi à partir de référentiels ou de normes. Il faut adopter un métapoint de vue, conforme du reste à une jurisprudence sage, constante et universelle, celle du « chef d'entreprise prudent et avisé et normalement diligent ».

Le principe est simple mais l'application difficile. L'expert, avec sa connaissance des outils de gestion, certes, mais surtout son expérience des affaires et des hommes, pourra éclairer le magistrat sur une ou plusieurs décisions de gestion, replacées dans leur contexte de lieu, de temps, et d'action.

Monsieur Fourcade. – Il appartiendra à l'expert-comptable judiciaire, dans le cadre de la mission qui lui aura été impartie, de rechercher si le dirigeant a apporté à la conduite des affaires sociales la compétence et la prudence nécessaires eu égard aux usages et pratiques du secteur. Ce sera son rôle, c'est sur ce point qu'il pourra éclairer utilement le juge d'instruction.



Monsieur le Premier juge d'instruction Zanoto. – Je voulais rassurer M. Preud'homme ; je ne pense pas que le

juge pénal, qu'il soit d'instruction ou qu'il appartienne à une formation de jugement, cherche à sanctionner le chef d'entreprise lorsqu'il prend un risque quand celui-ci est inhérent à sa fonction. Là-dessus, nous sommes d'accord. Le souci du juge d'instruction c'est d'aller rechercher les actes qui sont contraires à l'intérêt social et qui profitent au dirigeant social. Il ne va donc pas se pencher sur l'ensemble des actes de gestion.

Vous avez fait allusion à une judiciarisation de la vie des affaires. Je serais tenté de dire, comme le soulignait d'ailleurs à l'instant M. Fourcade, que cette judiciarisation résulte peut-être moins du juge que des acteurs économiques eux-mêmes.

Il faut savoir que dans la galerie financière à Paris, plus de 80 % des informations sont ouvertes sur plainte avec constitution de partie civile, et que 80 % de celles-ci aboutissent à un non-lieu. Le juge d'instruction, une fois saisi, doit enquêter. Ces plaintes sont très bien structurées, par de très bons avocats, les mêmes qui, parfois, dans les colloques, protestent contre la pénalisation de la vie des affaires ! Le juge doit bien se pencher sur ces plaintes. Il ne le ferait pas, il commettrait une faute. Les juges ne s'auto-saisissent pas. Ce n'est qu'en fin d'information que le juge d'instruction va rendre un non-lieu. Les chefs d'entreprise, pendant de longs mois, vont avoir le sentiment d'être persécutés par le juge pénal, vont apprendre que la police financière se penche sur leurs comptes, parlent avec des salariés, des anciens salariés, etc.

Les plaintes avec constitution de partie civile constituent trop souvent un dévoiement de la possibilité donnée à la victime de déclencher l'action publique. En réalité, comme le disait M. Fourcade à l'instant, l'objectif de ces plaintes abusives est de disposer d'un moyen de pression qui sera utilisé dans le cadre d'une procédure commerciale, civile ou prud'homale. Grâce à la plainte, on espère pouvoir amener son adversaire à transiger.

Monsieur Burgelin. – Je voudrais enchaîner sur ce que vient de dire M. Zanoto. Il me paraît évident qu'à l'heure actuelle, un nombre considérable, 80 %, s'agissant du Parquet de Paris, des affaires de la section financière viennent sur constitution de partie civile. Elles ont en réalité, pour la plus grande part d'entre elles, pour seul objet de retarder l'issue d'un procès commercial ou d'un procès civil qui est devant une autre juridiction en vertu du principe bien connu que le pénal tient le civil en l'état.

Je crois que la réflexion, la nôtre, celle du législateur, doit porter sur les remèdes qu'il conviendrait d'apporter à cette situation qui me paraît très préoccupante dans la mesure où il s'agit d'un véritable détournement de la constitution de partie civile. La constitution de partie civile a été créée au XIX^e siècle pour permettre à quelqu'un qui a été victime d'une infraction de ne pas subir l'éventuelle inertie du Parquet. C'est le fondement de la constitution de partie civile.

Dans ces constitutions de partie civile en matière financière, il ne s'agit pas d'une malheureuse victime abandonnée par un Parquet sans cœur, il s'agit purement et simplement, dans la plupart des cas, de faire faire par la brigade financière les travaux que les avocats devraient

faire eux-mêmes – pardonnez-moi, Monsieur le Bâtonnier – c’est une réalité et, d’autre part, de voir ainsi une institution qui avait un caractère social dériver pour, en réalité, paralyser le cours de la justice commerciale et civile.

C’est une situation de fait qu’on ne saurait admettre. Il y a là matière pour le législateur à intervenir de telle sorte que les juges d’instruction instruisent les véritables affaires pénales et non pas les affaires commerciales ou civiles. Ces affaires ne doivent plus être ralenties, voire arrêtées dans leur cours. C’est là véritablement un manquement de la justice à l’heure actuelle auquel il convient de porter remède. Il s’agit d’abus des biens sociaux, il s’agit aussi d’autres infractions, ce n’est pas la seule.

Il faut bien rappeler que parmi les éléments constitutifs de l’abus des biens sociaux, il y a la mauvaise foi. Le critère fondamental qui doit fixer l’attitude du juge devant l’acte critiqué de l’entrepreneur, est la recherche de la mauvaise foi. C’est la recherche de la mauvaise foi qui me paraît fondamentale pour déterminer s’il y a eu fraude à la loi, s’il y a eu délit ou non.

Voilà ce que je croyais devoir dire à cet instant de la discussion.



Monsieur Dana. – Je voudrais revenir sur un autre aspect qui a été évoqué par M. Ezeghian qui concerne cette polémique créée par l’arrêt de 1992 sur la corruption assimilée à un abus des biens sociaux. Beaucoup d’auteurs ont considéré qu’il s’agissait d’un arrêt malheureux. Il y a eu, par la suite, un revirement de la part de la Chambre criminelle mais il subsiste toujours, et cela a été indiqué par M. Ezeghian tout à l’heure, des cas qui constituent des prises de risques pouvant entraîner par leur échec des pénalités, à l’origine de pertes pour la société pouvant être assimilées à un abus des biens sociaux.

Vous avez indiqué, Monsieur le Procureur général, que le Parquet considérait comme un abus des biens sociaux des prélèvements occultes dont certains avaient servi à payer des salaires et que les sommes dont la destination n’avait pas été justifiée, étaient assimilées à des abus des biens sociaux. Il me semble toutefois que les sommes qui

avaient été exclues de cette incrimination constituent également une fraude fiscale, et une fraude sociale pouvant entraîner des pénalités.

Dans ces conditions, je me demande si en poursuivant dans cette voie qui consiste à considérer que toute prise de risques susceptible d’entraîner des pénalités pouvait être assimilée à un abus de biens sociaux, on ne pourrait pas encore aller plus loin et dire à l’extrême que n’importe quel délit entraînant une pénalisation de la société devrait être assimilé à un abus de biens sociaux.

Je pense qu’à l’origine, sans se voiler la face, il a été utilisé la formule extensive d’abus des biens sociaux pour une question de prescription. La corruption étant très souvent prescrite lorsque les faits étaient révélés, on a donc utilisé la qualification d’abus des biens sociaux. La doctrine s’en est émue, la Cour de cassation a amorcé un retour sur l’arrêt de 1992, mais il semble que, par la suite, il y ait eu à nouveau une inflexion. Je me demande s’il n’est pas dangereux d’assimiler le délit de corruption à celui d’abus des biens sociaux. Je ne dis pas qu’il ne faille pas punir les délits de corruption et de fraude fiscale, mais il ne faut pas les assimiler systématiquement à l’abus des biens sociaux. Pardonnez-moi, Monsieur le Procureur général d’avoir été un peu trop long.

Monsieur Burgelin. – Le Procureur général de la Cour de cassation ne siège pas à la Chambre criminelle. Jusqu’à présent je n’en ai jamais été le Ministère public. Je me sens tout à fait libre sur ce sujet. Je crois ne pas trahir la position fondamentale de la Chambre criminelle en disant qu’elle considère toute utilisation délictuelle des fonds sociaux comme constituant un abus alors même que cet usage aurait pu paraître favorable au bon fonctionnement de l’entreprise. Le cas classique que l’on cite toujours c’est celui du pot de vin que l’entreprise verse pour parvenir à obtenir un marché. Le pot de vin en lui-même peut constituer, dans certains cas, un délit et cependant il peut paraître indispensable pour que le marché soit conclu.

En l’état actuel de la doctrine de la Cour de cassation, je crois que l’on peut affirmer qu’en tout état de cause le versement d’un pot de vin pourra être considéré comme constitutif d’un abus des biens sociaux. Cela est fortement critiqué, bien sûr par les chefs d’entreprise. Tous ceux qui m’en ont parlé m’ont dit : vous n’avez jamais commercé avec certaines parties du monde. On voit bien que vous êtes des anges blancs et que vous n’avez pas d’autres soucis que de préserver l’unité de la jurisprudence ou la vertu des entrepreneurs. Nous, nous sommes, disent-ils, dans un autre contexte beaucoup plus pratique, beaucoup plus dramatique. Ce qu’il nous revient de faire c’est de faire prospérer notre entreprise, il faut passer des marchés et donc utiliser les moyens nécessaires pour que ces marchés soient passés.

Il faut bien considérer que, de surcroît, nous entrons maintenant dans une nouvelle période avec la convention que la France a signée, au sein de l’OCDE, une convention qui va bientôt être soumise à la ratification du Parlement et si cette convention est ratifiée, ce qui me paraît tout à fait probable, la corruption d’un fonctionnaire étranger par le fait d’un entrepreneur français deviendra un délit en France, c’est-à-dire que l’on pourra poursuivre pénalement

ment en France un chef d'entreprise qui aurait versé un pot de vin à un fonctionnaire étranger. Ce sera vrai pour la France, ce sera vrai pour tous les pays qui signeront cette convention.

Ce sera, à mon sens, l'occasion d'affirmer la doctrine traditionnelle de la Cour de cassation selon laquelle tout usage délictuel des fonds sociaux constitue nécessairement un abus comme portant atteinte au crédit et à la confiance portés à l'entreprise. Il faut bien voir que nous entrons là dans une ère nouvelle, une ère qui va être de plus en plus difficile pour les chefs d'entreprises dans la mesure où ils n'auront pas la certitude que leurs concurrents étrangers seront soumis à la même obligation. C'est là toute l'hypothèque qui pèse sur cette ratification de la convention OCDE. Quelle application pratique aura-t-elle au sein de tous les pays signataires ? C'est une inconnue qui, il faut bien le dire, pèse très lourdement sur notre horizon. Cette convention sera-t-elle le début d'une vertu mondiale ou sera-t-elle simplement la cause, pour les entrepreneurs de bonne foi, de perdre les marchés au profit de ceux qui n'auront pas la même conscience qu'eux ?

Il y a, je crois, une interrogation fondamentale qui se pose à notre pays et je crois qu'il serait utile qu'au cours de notre discussion nous en parlions.

Monsieur Dana. – Ne faudrait-il pas, simplement, dans ce cas, retenir une incrimination de corruption active plutôt qu'assimiler ces faits à un abus des biens sociaux ? C'est cela le sens de ma question.

Monsieur Burgelin. – Tout à fait. Là je crois que M. Zanoto serait plus à même que moi de répondre à cette question. Je pense que le problème du délit de corruption c'est qu'il est d'une extrême difficulté à prouver et qu'il faut, en particulier, prouver l'existence du pacte.

Je me suis, à titre personnel, toujours étonné que, s'agissant de la prescription il y ait une différence entre la corruption et l'abus des biens sociaux. On dit toujours que s'agissant de l'abus des biens sociaux il faut prendre comme point de départ le jour de la découverte de l'abus mais, à mes yeux, l'abus des biens sociaux est beaucoup moins clandestin que la corruption et s'il y avait un délit où vraiment on devrait faire partir le point de départ de la prescription de la découverte du délit c'est bien la corruption. À l'heure actuelle la corruption a pour point de départ le pacte lui-même que l'on ne découvre, la plupart du temps, que bien après la commission du délit.

C'est la raison pour laquelle le Parquet et les juges d'instruction utilisent plus volontiers le délit d'abus des biens sociaux que celui de corruption.

Monsieur Dana. – Je m'interroge. Pourquoi cette question n'est-elle pas tranchée en toute clarté pour ne pas assimiler un délit à un autre délit pour bénéficier en matière de corruption d'une prescription plus longue ?

Monsieur Zanoto. – Je vous remercie, Monsieur le Procureur général, de me donner la parole. C'est très volontiers que je répondrai aux inquiétudes de M. Dana. Vous nous interrogez sur le point de savoir pourquoi un même fait peut recevoir deux qualifications différentes et être sanctionné deux fois. En droit pénal il s'agit d'un phéno-

mène très classique que nous connaissons sous l'appellation de cumul idéal d'infractions.

Quand un terroriste jette une grenade à la terrasse d'un café, il est poursuivi à la fois pour avoir blessé des consommateurs qui étaient assis sur la terrasse, et également pour avoir utilisé un explosif. Dans l'arrêt du 22 avril 1992, deux chefs d'entreprises ont été condamnés pour avoir donné une enveloppe à un maire afin d'obtenir un contrat de transports scolaires.

Cet arrêt posait une vraie question. Non pas parce qu'on condamnait deux fois les entrepreneurs à la fois du chef de corruption et du chef d'abus des biens sociaux mais tout simplement parce que cet arrêt ne mettait pas en valeur l'intérêt personnel qu'avaient pris les dirigeants dans cette affaire. Lorsque vous avez des dirigeants qui, tout en commettant une corruption, la commettent dans un usage personnel, eh bien il me semble qu'il est tout à fait normal qu'ils soient punis sur la base des deux chefs ; il y a une atteinte à deux intérêts distincts, d'un côté l'intérêt de la société et de l'autre l'intérêt de l'État puisque la corruption met à mal l'intérêt de l'État.

Il appartient aux autorités poursuivantes et ensuite aux juridictions qui jugent de bien mettre en valeur quel était l'intérêt personnel des dirigeants. Quand vous avez un entrepreneur – c'est un peu l'affaire Carignon – qui va remettre de l'argent à un élu afin d'obtenir un marché mais dans le but, dit l'arrêt, de maintenir avec cet élu des relations personnelles et de maintenir au sein de son groupe commercial une situation importante, je crois qu'on peut sans se tromper qualifier ces faits d'abus des biens sociaux.

Les juges ne doivent pas oublier l'intérêt personnel du dirigeant qui est le support de l'élément moral. Quand on a mis l'intérêt personnel en évidence, l'élément moral est facile à stigmatiser. Il ne faut pas oublier l'intérêt personnel et non pas seulement se focaliser sur un acte contraire à l'intérêt social comme on le fait beaucoup trop souvent.

(Applaudissements)



Monsieur Magdeleinat. – J'ai écouté avec beaucoup d'intérêt ce qu'a dit Monsieur Fourcade à propos des flux.

La référence qu'il en a faite visait plus précisément les transferts de fonds vers des paradis fiscaux comme pouvant constituer des flux financiers illicites, couramment caractérisés dans le cadre de l'évasion fiscale internationale.

J'ai pu, tout récemment, et dans le cadre d'une mission judiciaire, être amené à me pencher sur le problème des flux, en tant qu'il pourrait ou non constituer des flux financiers anormaux (termes employés spécifiquement par le magistrat) dans la mission donnée à l'expert.

Cette situation m'a amené à réfléchir sur l'utilisation des données reproduites dans le tableau dit « des flux » (en particulier celui de la centrale des bilans, Banque de France), comme pouvant contribuer à la recherche de l'élément fondamental du délit.

Compte tenu de la synchronisation des données de ce tableau, rétrospectif dans le temps, il m'est apparu possible de dissocier, voire d'isoler, les actions contraires à l'intérêt social par un retraitement d'ensemble des divers éléments de ce tableau.

Il s'agit d'une réflexion technique que je soumetts dans le cadre de l'appréhension des moyens liés à la recherche des éléments constitutifs du délit par l'expert.

Monsieur Preud'homme. – La question n'est pas aussi simple parce que le tableau pluriannuel des flux est un tableau de synthèse. Il ne va pas donner la destination des flux, il va donner une synthèse de la variation globale, élément structurel par élément structurel alors que ce qui est recherché dans la mission en matière pénale est la destination et la nature des flux. Par contre est-il ou non le produit d'une décision raisonnable ? C'est cela le vrai problème.

Le tableau pluriannuel des flux pour moi est un instrument d'analyse financière, il ne peut pas être un instrument à la disposition de l'expert judiciaire pour qualifier une destination frauduleuse des flux financiers.



Monsieur de Fontbressin. – M. Preud'homme tout à l'heure a remarquablement bien mis en évidence les limites du délit d'abus de biens sociaux. Je me demandais

si un jour on ne pourrait pas, peut-être eu égard aux questions que pose la prescription, venir nous reprocher l'absence de précision ou de prévisibilité de la loi devant la Cour de Strasbourg. Est-ce que c'est une idée saugrenue ?

Monsieur Burgelin. – Sur ce point peut-être serons-nous plus éclairés quand nous aurons entendu l'exposé de M. Fluchaire qui nous fera part des expériences internationales. Il est évident, je ne sais pas s'il sera dit tout à l'heure, que la position de la France en matière d'abus des biens sociaux n'est pas celle de la Grande-Bretagne et qu'il n'est pas inconcevable qu'effectivement la Cour de Strasbourg soit amenée à se prononcer sur les éléments constitutifs de l'abus des biens sociaux tel qu'il est perçu en France et à dire que les critères de la loi française sont trop lâches, trop mal déterminés pour ne pas être considérés comme attentatoires aux droits de l'homme. C'est une possibilité. On n'en est pas encore là.



Monsieur Jean-Jacques Garnier. – Je voulais poser à Monsieur le Procureur général une question qui a trait au coût de l'expertise en matière pénale. J'ai été récemment missionné dans une affaire de province en matière pénale. Le juge d'instruction a fixé une caution de 10 000 F à la personne qui a déposé plainte contre X alors que l'expertise a coûté vingt fois plus.

Pour freiner les dépôts de plaintes contre X qui peuvent être éventuellement abusives, il conviendrait peut-être que les magistrats soient à même de demander aux plaignants des cautions beaucoup plus importantes. Dans ces conditions, l'État devrait peut-être s'interroger tout à la fois sur la nécessité de maintenir la garantie sociale que constitue la possibilité de déposer plainte contre X et la nécessité de compenser les coûts d'une expertise par le jeu des cautions et des amendes. Par ailleurs, je fais observer qu'à l'issue de l'affaire évoquée ci-dessus, l'État pourra probablement fixer des amendes substantielles qui viendront compenser tout ou partie du coût de l'expertise.

Monsieur Burgelin. – Sur ce point, peut-être M. Zanoto aurait-il une idée ? C'est un praticien.

Monsieur Zanoto. – Je vous répondrai que nous partageons tout à fait votre préoccupation. Aujourd'hui, pour les plaignants qui abusent de la constitution de partie civile, cet abus est sans risque financier, et l'expertise comptable peut coûter très cher. Nous, juges, nous n'avons jamais compris pourquoi le législateur en 1993 a décidé que les frais de justice ne seraient plus à la charge du plaignant. Le souci est louable. Il y a beaucoup de personnes contre lesquelles on ne pouvait rien recouvrer. Mais en matière financière, dans les dossiers que nous voyons, très souvent les gens ont beaucoup d'argent. Très souvent c'est une société commerciale qui vient nous demander une expertise dans une plainte qui vise, à travers une personne physique, un autre groupe commercial. On ne comprend pas pourquoi le législateur n'a pas permis au juge de laisser les frais de justice à la charge du plaignant ou de l'en dispenser selon qu'il a les moyens ou pas de les supporter.

C'est là une solution de bon sens ! On ferait confiance au juge. Si on ne peut pas faire confiance au juge à qui peut-on faire confiance ? C'est le juge qui déchargerait ou non des frais de justice la personne. On peut aussi déposer plainte et voir sa plainte ne pas aboutir pour des raisons tout à fait louables. À l'heure actuelle, on n'a pas les moyens de demander un supplément de consignation, ce qu'on pouvait faire en 1993. La partie civile consignait 10 000 F. Quand le dossier nous arrivait, qu'il nous paraissait nécessaire d'ordonner une expertise comptable, on convoquait la partie civile et on lui demandait un complément de consignation qui allait couvrir grosso modo les frais d'expertise. Aujourd'hui nous n'avons plus ce pouvoir. Nous l'avons fait savoir à la Chancellerie. Peut-être un jour cela sera-t-il modifié. Il serait sage que le législateur se penche sur ce problème.



Monsieur Foucart. – La Justice a une mission un peu supérieure, je crois qu'elle participe à la vie démocratique. Dire que quelqu'un ne peut pas accéder à la Justice parce qu'il n'a pas d'argent, c'est un pas qu'il est difficile de franchir. Je voudrais à cet égard évoquer une affaire importante qui s'est déroulée dans le ressort : elle a été initiée sur plainte avec constitution de partie civile par un

actionnaire, lequel avait une action dans la société, et était le seul à réagir pour un problème d'abus de biens sociaux ; le dirigeant a été finalement sanctionné pénalement : il y avait bien eu abus des biens sociaux. Je crois qu'il y a aussi une dimension démocratique de l'action judiciaire. La démocratie fait partie de la transparence.

Si les débats internes au sein d'une société sont tendus et difficiles, je crois qu'il faut « renvoyer la balle » aux partenaires, en les incitant à une plus grande transparence, grâce, d'ailleurs, aux commissaires aux comptes et aux experts-comptables.

Monsieur Burgelin. – Nous avons aussi une exigence de célérité. Maintenant la justice française est sous l'œil de la Cour européenne de Strasbourg qui nous demande de juger nos affaires dans un délai raisonnable et quand le délai n'est pas raisonnable c'est la France qui est condamnée, c'est vous et moi en tant que contribuables.

Donc nous avons une obligation, maintenant sanctionnée, de rendre la justice dans des délais raisonnables. Il faut bien considérer que l'abus de constitution de partie civile a pour conséquence inéluctable que dans bien des cas la Justice n'est pas rendue dans un délai raisonnable, c'est une donnée de fait.



Monsieur Cazalet. – Préalablement à mon propos, je souhaite féliciter notre confrère Preud'homme pour son intervention et lui dire quel plaisir j'ai eu d'entendre la finesse de son analyse à la fois en matière sémantique mais aussi en matière de droit canon. En effet, en plaçant le sujet sur le plan de l'élément moral lié à la conscience, il lui a donné sa dimension théologique. Bravo Didier, l'air des cimes fait toujours du bien.

Quant à mon propos, il fait suite à l'intervention de Jean Fleury sur l'incorporel. Il m'a semblé en effet avoir été curieux sur un élément très difficile à approcher, d'autant plus qu'il est passé aujourd'hui de l'incorporel au « virtuel ».

La « complication virtuelle » des montages financiers, liée à l'accélération de la circulation des flux, ainsi que dans les

cas les plus graves à la corruption (l'argent sale représente déjà un pourcentage significatif des échanges mondiaux) vont accroître le nombre et la complexité des abus de biens sociaux. Ce phénomène par les difficultés d'approche qu'il va engendrer, exigera de l'expert-comptable judiciaire non seulement la connaissance technique des mécanismes mais aussi la maîtrise des outils de communication.

Il me semble que cette dimension, dans un futur relativement proche, de l'incorporel et du virtuel, méritait plus qu'une simple remarque.

En ce qui concerne la prescription, je pense que l'on reviendra plus tard sur son fondement, à savoir la notion de pardon et d'effacement de la faute, ce qui nous ramènera encore au droit canon.

Monsieur Burgelin. – Il est rare qu'on fasse allusion au droit canon en matière d'abus des biens sociaux !

Monsieur Cazalet. – Il y a cependant l'élément moral qui reste une donnée théologique.

Monsieur Burgelin. – C'est une innovation du Congrès qui ne manquera pas d'être relevée par la doctrine !

Y a-t-il d'autres questions ? Les exposés que nous avons entendus ce matin ont été si complets, si convaincants, que, finalement, l'ensemble des auditeurs n'a pas d'autres questions à poser.

Nous allons nous arrêter et reprendre cet après-midi à 14 h 30.



Vendredi 8 octobre 1999
(après midi)

Monsieur Burgelin. – Si vous voulez bien, nous allons reprendre nos travaux. Je passe tout de suite à l'ordre du jour qui comporte deux communications :

La première de M. André Fluchaire, expert près la Cour d'appel de Lyon, qui va nous faire part de ses réflexions sur l'abus des biens sociaux en dehors du droit français. Je

crois que ce sera pour nous une source d'enrichissement particulièrement précieuse.

Ensuite M. Engelhard, expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, expert agréé par la Cour de cassation, fera un exposé sur les abus des biens sociaux dans les groupes en France et à l'étranger, domaine qui n'est pas moins intéressant que le premier.

Je passe tout de suite la parole à M. Fluchaire.



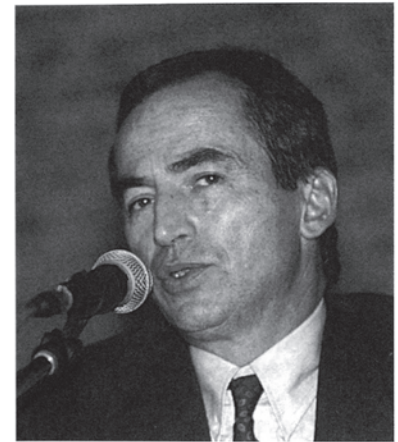
RÉFLEXIONS SUR L'ABUS DES BIENS SOCIAUX EN DEHORS DU DROIT FRANÇAIS

par André FLUCHAIRE, *Expert près la Cour d'appel de Lyon*

RAPPORT ÉTABLI EN COLLABORATION AVEC

Laurent CONVERT

*Maître de conférences à l'Université Paris-II (Panthéon-Assas)
et Directeur de recherche à l'Institut de droit comparé*



INTRODUCTION

Une réflexion « en dehors du droit français » est tout à fait nouvelle pour nous, experts-comptables judiciaires, bien ancrés dans notre pratique française.

Nous devons cependant admettre que nous serons de plus en plus fréquemment confrontés au problème de l'internationalisation des affaires.

La variété des traditions et pratiques juridiques est une réalité que nous devons intégrer.

L'abus des biens sociaux, en dehors du droit français, est l'exemple d'un thème qui oblige à s'intéresser tout d'abord aux différents systèmes de droit.

Même en nous limitant aux pays européens, nous constatons une grande diversité.

Il y a autant de systèmes de droit qu'il y a d'États. Il y en a même plus dans la mesure où certains États n'ont pas entièrement unifié le droit applicable sur leur territoire ; c'est par exemple le cas du droit écossais au Royaume-Uni.

Il est traditionnel de regrouper ces systèmes de droit en deux grandes familles : les droits romanistes correspondant aux pays d'Europe continentale et les droits coutumiers pour la Grande-Bretagne et les pays à culture anglo-saxonne.

– Les droits romanistes, très influencés par l'enseignement universitaire du droit romain, se caractérisent par la prépondérance de la législation, l'emploi de notions abstraites, la formulation de règles générales et la séparation des règles de fond et des règles de procédure.

– Les droits coutumiers (« Common Law ») fondés principalement sur les règles élaborées par les tribunaux anglais au cours des siècles passés et peu influencés par le droit romain. Ces droits se caractérisent par l'emploi de notions moins abstraites et l'imbrication des règles de fond et des règles de procédure.

Entre ces deux principales familles de droits occidentaux se situent les droits nordiques, en quelque sorte à mi-chemin entre les droits romanistes et les droits coutu-

miers. Les droits nordiques présentent un caractère moins abstrait que les droits romanistes. Les codifications nationales sont anciennes et donc moins fortement marquées par les théories romanistes du droit.

Du fait de l'intensité des relations internationales, on assiste à une tendance au rapprochement des différents droits.

Les droits romanistes font une place de plus en plus grande à la jurisprudence, et les droits coutumiers recourent de plus en plus au droit écrit.

Quelles que soient les bases de leur système juridique, d'origine romaniste ou d'origine coutumière, il est bien certain que tous les États se préoccupent de réprimer les atteintes au patrimoine des sociétés, mais selon deux approches différentes, conformément à ces deux cultures juridiques.

Dans les pays d'Europe continentale, on retrouve une approche juridique comparable, quoique jamais similaire, à ce que l'on connaît en France. En Angleterre et dans les pays de culture anglo-saxonne, l'incrimination d'abus des biens sociaux n'existe pas en tant que telle. Elle se trouve en quelque sorte englobée au sein de régimes de responsabilité plus généraux qui pèsent sur les dirigeants de sociétés.

Cette extrême diversité constatée dans l'approche de la notion d'abus des biens sociaux en dehors du droit français nous a amenés à éviter une description qui deviendrait un catalogue difficilement comparatif et à rechercher dans les pratiques étrangères ce qui pourrait être un apport de réflexion utile à notre pratique française et, pourquoi pas, à une future approche européenne.

Nous avons choisi d'approfondir notre réflexion à travers deux thèmes qui illustrent les deux approches : d'une part le devoir de loyauté, concept permettant d'appréhender la notion d'abus des biens sociaux, et, d'autre part, le rôle de l'expert, acteur de la mise en lumière de l'abus des biens sociaux.

Avant de développer ces deux thèmes, il nous a paru nécessaire de rechercher ce qui, au niveau de l'Union européenne, pouvait être un éclairage à notre réflexion.

Notre exposé sera donc divisé en trois parties :

1. Les apports du droit communautaire à la répression de l'abus des biens sociaux.

2. Le devoir de loyauté, moyen d'approcher les cas complexes d'abus des biens sociaux.

3. Le rôle de l'expert dans la mise en lumière de l'abus des biens sociaux.

I. – LES APPORTS DU DROIT COMMUNAUTAIRE À LA RÉPRESSION DE L'ABUS DES BIENS SOCIAUX

Il n'existe pas, au niveau de l'Union européenne, de dispositions directement applicables à la répression de l'abus des biens sociaux dans les pays membres. Cependant, certaines directives européennes concernant le fonctionnement des sociétés ou le contrôle des comptes participent à un rapprochement des positions des États membres vis-à-vis de la délinquance financière. De plus, on assiste à la mise en place de structures communautaires dans des domaines où une plus étroite coopération est jugée indispensable.

1) Directives et projets communautaires

• Les directives existant concernant le fonctionnement des sociétés ou le contrôle des comptes :

– La quatrième directive 78/660 du 25 juillet 1978 relative à la présentation des comptes annuels des sociétés commerciales.

Les entreprises visées par cette directive doivent faire contrôler leurs comptes par des professionnels qualifiés.

Cette directive pose le principe de l'image fidèle, inspiré du droit anglo-saxon, le principe de permanence des méthodes d'un exercice sur l'autre, et le principe de prudence.

– La septième directive 83/349 du 13 juin 1983 sur les comptes consolidés reprenant largement les principes énoncés par la quatrième directive.

– La huitième directive 84/253 du 10 avril 1984 précise le statut des professionnels chargés du contrôle légal des documents comptables.

Cette huitième directive prévoit l'instauration dans tous les pays de l'Union d'une véritable profession d'expert indépendant pour le contrôle des comptes, le commissaire aux comptes en France. Cette directive établit notamment une exigence d'honorabilité, ainsi que des exigences d'indépendance, de conscience professionnelle et d'incompatibilité.

En ce qui concerne l'exigence d'indépendance, critère fondamental, la huitième directive dispose que les personnes chargées du contrôle légal des comptes doivent être indépendantes. Malheureusement, au moment de son adoption, les États membres ont été dans l'impossibilité de

parvenir à une définition commune de l'indépendance, de sorte qu'il a été laissé aux législations nationales le soin de préciser ce point.

• Le « livre vert » de la Commission européenne :

La Commission européenne a lancé des études sur le rôle, le statut et la responsabilité du contrôleur légal des comptes dans les pays de l'Union, et a publié en décembre 1996 un « livre vert » qui a fait l'objet d'un avis favorable du Conseil économique et social européen en date du 27 février 1997.

Dans le statut de ces professionnels, la question de leur indépendance est essentielle en raison des incidences qu'elle peut avoir sur leur responsabilité, indépendance d'esprit ou financière et indépendance de fait.

Cet aspect sera examiné dans la suite de cet exposé, dans le chapitre relatif à l'expert indépendant.

• Les projets :

Au niveau communautaire, parmi les projets connus susceptibles d'intéresser notre sujet, il y a essentiellement celui de la société anonyme européenne (SAE). Prévu dès 1965 et relancé par la Commission en 1988 et 1989, ce projet a évolué. S'il visait auparavant à faire dépendre la réglementation de la société européenne de l'ordre juridique communautaire, sa dernière rédaction abandonne le rattachement exclusif de la SAE au droit communautaire.

2) Organisation de la protection des intérêts financiers de l'Union européenne

L'Union européenne s'est préoccupée de la protection de ses intérêts financiers.

Les principes définis à ce propos peuvent être considérés comme un éclairage intéressant dans la perspective d'une approche européenne de la notion d'abus des biens sociaux.

Le projet intitulé *Espace judiciaire européen*, lancé en 1995 par M. Francesco de Angelis, directeur à la Commission européenne, et publié en 1997, se présente sous la forme d'un *corpus juris*, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Ce corpus comprend 35 règles regroupées autour de 7 principes :

Principe 1 : Principe de la légalité des délits et des peines. Ce principe regroupe 9 articles dont 8 définissant les infractions.

Principe 2 : Principe de culpabilité, fondement de la responsabilité pénale.

Principe 3 : Principe de proportionnalité des peines.

Principe 4 : Principe de territorialité européenne.

Principe 5 : Principe de garantie judiciaire.

Principe 6 : Principe du procès « contradictoire ».

Principe 7 : Principe de subsidiarité du droit national par rapport au corpus européen.

L'article 13 de ce corpus est celui qui s'applique le mieux à notre sujet. Il y est stipulé que sont également responsables pénalement les chefs d'entreprises, ou toute autre personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise, qui, en connaissance de cause, ont donné des ordres, laissé commettre l'infraction ou omis d'exercer les contrôles nécessaires.

L'infraction à laquelle cet article fait référence est l'une des infractions définies aux articles 1^{er} à 8 du corpus, à savoir :

- 1^{er} : Fraude au budget communautaire.
- 2^{er} : Fraude en matière de passation de marchés.
- 3^{er} : Corruption.
- 4^{er} : Abus de fonction.
- 5^{er} : Malversation.
- 6^{er} : Révélation de secrets de fonction.
- 7^{er} : Blanchiment et recel.
- 8^{er} : Association de malfaiteurs.

Les huit infractions définies par le corpus concernent directement les fonctionnaires communautaires et indirectement les chefs d'entreprises complices. Ces textes ne s'appliquent qu'à la protection des finances communautaires ; ils sont cependant intéressants dans un esprit plus large à titre d'exemple de la démarche qui se développe au niveau de la Commission européenne.

3) *Méthodologie pour une approche concertée de l'abus des biens sociaux entre les pays membres*

Une approche concertée entre les pays membres peut passer par trois voies possibles : l'assimilation, la coopération, l'harmonisation.

a) *L'assimilation*

Le principe d'assimilation dégagé en 1989 par la Cour de justice de l'article 5 du traité de la Communauté européenne est désormais inscrit à l'article 209 A, al. 1, du traité sur l'Union européenne : « Les États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté, que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs intérêts financiers ».

b) *La coopération*

Le principe de coopération est présenté comme le catalyseur incontournable de l'efficacité nationale et communautaire pour faire échec à la fraude transnationale et à la criminalité financière organisée.

À titre d'exemple d'application, on peut citer la ratification par cinq États membres de l'Union européenne de la convention relative au blanchiment (Strasbourg, 8 nov. 1990), la convention Européenne (Bruxelles, 26 juill. 1995), la

convention relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté européenne, dite convention PIF (Bruxelles, 26 juill. 1995).

c) *L'harmonisation*

C'est-à-dire l'adoption des mesures de rapprochement destinées à réduire les différences les plus graves entre les normes nationales, sans pour autant aller jusqu'à imposer des règles identiques.

Ce principe d'harmonisation est repris dans les études réalisées à l'initiative de la Commission européenne, en particulier dans l'étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales (1994) et dans l'étude comparative sur la protection des intérêts financiers de la Communauté, convention PIF.

Par exemple, la convention PIF a suivi la recommandation concernant la responsabilité du « décideur » ; mais l'harmonisation n'est qu'apparente dans la mesure où la convention semble limiter la responsabilité pénale du chef d'entreprise (ou de toute personne « ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise ») par référence aux principes définis par le droit interne. Il faut souligner que la convention PIF se limite à la protection des intérêts financiers de la Communauté européenne en tant que structure financière spécifique.

En matière de procédure et de preuve, l'harmonisation est encore plus difficile à réaliser compte tenu de l'extrême diversité des systèmes nationaux.

En définitive, l'harmonisation qui vise tout à la fois à améliorer l'efficacité du système et à lutter contre l'injustice résultant pour les opérateurs économiques des disparités répressives d'un pays à l'autre, est une voie qui n'a été que partiellement suivie jusqu'à présent.

Ce qui rejoint le constat fait à propos de l'assimilation et de la coopération.

Rien de concret n'a encore été développé à l'échelle européenne en ce qui concerne une approche concertée de la répression de l'abus des biens sociaux entre les pays membres.

Face à ce constat, il apparaît au niveau de l'Union européenne un double risque : d'une part, un risque d'enlèvement d'un processus qui, de protocoles additionnels en conventions signées mais non ratifiées, consiste à dresser un mur de papier face à une criminalité bien réelle, et d'autre part un risque de rejet par les juristes eux-mêmes de cette complexité normative croissante tenant à l'enchevêtrement de normes nationales, plus ou moins harmonisées mais jamais identiques, et de pratiques de coopération à géographie et à contenu variables.

La délinquance financière ne se limite évidemment pas aux frontières de l'Europe. Une répression efficace nécessiterait une coopération au niveau mondial.

Constatant que l'harmonisation à l'échelle de l'Union européenne s'avère déjà difficile, passer au niveau mondial peut paraître inaccessible.

Entre les deux, il y a cependant des étapes.

C'est dans ce cadre qu'il faut citer et souligner l'intérêt de la convention signée par les pays membres de l'OCDE le 27 novembre 1997 pour faire obstacle à la corruption des fonctionnaires étrangers. Cette convention OCDE doit être intégrée dans le droit français.

Une coopération au niveau des États économiquement les plus développés représente à coup sûr une avancée fondamentale pour la répression de l'abus des biens sociaux transfrontalier.

Les États qui resteront volontairement en marge de cette coopération risqueront de se marginaliser.

4) *Un cas d'approche communautaire : la protection des transactions boursières*

La Commission européenne a été amenée à définir une approche commune et à mettre en place des moyens pour tenter d'organiser à l'échelle de l'Union européenne une protection des transactions boursières.

C'est là un exemple qu'il est intéressant d'examiner car c'est, sur un point particulier, un premier pas vers une approche communautaire.

C'est ainsi qu'il a été créé en décembre 1997 un embryon de commission des opérations de bourse européenne : le FESCO (Forum of European Securities Commissions).

La répartition des rôles est classique : la Commission européenne édicte les règles, les États les transposent dans leur droit national et le FESCO est chargé de coordonner et de surveiller leur application.

Après la création du FESCO, deux évolutions sont possibles : soit aller plus loin vers une institution européenne de contrôle de l'information financière, soit aller vers une coopération structurée entre les autorités nationales de surveillance.

Cette seconde optique a été privilégiée afin de ne pas créer de nouvelles institutions au niveau de l'Union européenne.

Dans la charte du FESCO, les membres se sont engagés sur trois points :

* Se fournir l'assistance mutuelle la plus large et renforcer la surveillance transfrontalière afin d'améliorer la surveillance du marché et la répression des fraudes.

* Mettre en commun leurs expériences et œuvrer ensemble à une mise en œuvre correcte et efficace du marché unique européen dans les domaines des services financiers.

* Unir leurs efforts pour élaborer des normes communes de régulation des activités et des marchés financiers dans les domaines qui n'ont pas été harmonisés par les directives européennes existantes et qui relèvent d'une approche commune.

Le FESCO a mis en place des groupes d'experts qui examinent les conditions d'application de la directive européenne sur les services d'investissement, directive adoptée il y a maintenant six ans.

Jusqu'à présent, le seul aboutissement concret de ces travaux a été la naissance d'un réseau d'inspecteurs des différents organes de surveillance des bourses, réseau appelé FESCOPOL. Cette nouvelle coopération a, par exemple, permis à la Commission des opérations de bourse française de disposer d'un cadre de travail avec ses homologues européennes avec lesquelles elle n'avait pas signé de convention bilatérale.

On constate que le FESCO, sous l'impulsion à la fois des autorités communautaires et des autorités nationales de surveillance des marchés boursiers, a réellement engagé une coopération déjà jugée constructive.

Une telle démarche pourrait aussi être développée dans d'autres domaines pour lesquels une coopération plus étroite des États membres est indispensable, par exemple en ce qui concerne la répression de l'abus des biens sociaux. Mais la difficulté principale réside dans le fait que la notion même d'abus des biens sociaux est perçue de façon très différente entre les États européens.

II. – LE « DEVOIR DE LOYAUTÉ », EXAMINÉ COMME MOYEN D'APPROCHER LES CAS COMPLEXES D'ABUS DES BIENS SOCIAUX

Nous développerons cette notion à travers la pratique des droits britannique, espagnol, belge, suisse et allemand qui définissent ce concept.

1) *En droit britannique*

En Grande-Bretagne, et dans les pays de culture anglo-saxonne, la notion d'abus des biens sociaux relève d'une perception davantage économique ou financière que d'une application purement législative ou réglementaire.

Les devoirs des dirigeants sont régis par des lois, mais leur cadre demeure large et général.

Il faut également souligner que, depuis quelques années, l'appréciation de l'intégrité et des compétences des dirigeants sociaux s'est faite en marge de l'évolution juridique.

Les Anglo-Saxons raisonnent maintenant en terme de « gouvernement d'entreprise » (Corporate Governance), ce qui élargit le domaine de responsabilité des dirigeants sociaux.

Cette pratique est conforme aux principes de base du droit britannique fondés sur la coutume (Common Law) et l'équité.

La grande liberté dont disposent les associés pour organiser les conditions de leur collaboration comme ils

l'entendent n'est rendue possible qu'en raison de l'existence des verrous qui l'accompagnent, dont les devoirs de loyauté et de bonne foi.

Le « Companies Act » de 1985, définit les conditions de mise en œuvre du devoir de loyauté des administrateurs (Enforcement of fair dealing by directors).

Le débat demeure ouvert outre-Manche sur la nature des fonctions du dirigeant : la position des administrateurs, auxquels est confié un patrimoine qu'il leur revient de gérer pour le compte des associés, est comparable à celle des trustees, même si, à la différence des trustees, les dirigeants ne détiennent pas la propriété fiduciaire des biens confiés par les associés.

Les obligations de bonne foi, de loyauté, d'honnêteté, et, dans une moindre mesure, de gestion intelligente (care and skill) sont dues à la société en tant que personne morale et non aux associés considérés individuellement.

Trois types de devoirs différents ont été reconnus à la charge des dirigeants :

- n'agir que dans l'intérêt de la société et non dans un but qui lui serait adjacent (collateral purpose) ou à des fins qui paraîtraient déplacées (improper purpose). La règle interdit en conséquence aux dirigeants de détourner leurs pouvoirs en les exerçant d'une manière non conforme à leur destination. Les décisions arrêtées pour un mobile autre que l'intérêt de la société sont sanctionnables ;

- ne pas se placer dans une situation où s'élèverait un conflit entre le devoir et l'intérêt personnel.

Le dirigeant ne doit pas, par exemple, passer avec la société un contrat présentant quelque intérêt à son égard sans divulguer cet état de chose.

La règle de l'absence de conflit entre les intérêts du dirigeant et de la société (no conflict rule) ne s'oppose cependant pas à ce que l'assemblée générale ratifie ou autorise le contrat, après information complète des actionnaires sur les tenants et aboutissants de la convention en question ;

- se conformer au devoir général de gestion intelligente.

Le législateur britannique a renforcé l'impératif en la matière résultant de l'usage, par le biais du « Company Directors Disqualification Act » de 1986 qui requiert des dirigeants qu'ils fassent preuve d'une certaine capacité à assurer une bonne gestion de l'entreprise, et par celui de l'Insolvency Act également de 1986 qui rend personnellement responsables des dettes sociales les dirigeants ayant fait montre d'un comportement irresponsable dans la gestion, en faisant prendre des risques inconsidérés à la société.

Les obligations fondées sur la moralité et résultant de l'usage ont été complétées par la loi sur les sociétés de 1985 (Companies Act), ce qui démontre les limites de la pratique de la Common Law.

Par exemple, l'article 330 interdit les prêts et transactions assimilables accordés par la société aux administrateurs, lorsque ces opérations dépassent un certain montant fixé à 5 000 livres sterling par la loi, soit environ 50 000 F.

L'article 311 interdit à la société de verser des rémunérations nettes d'impôt aux dirigeants ou calculées en fonction de l'impôt sur le revenu payable par ces derniers.

L'article 320 interdit aux dirigeants d'acquiescer des éléments d'actif d'une société à un montant qui serait imposé par l'une des parties.

L'article 324 oblige les dirigeants à indiquer la détention d'actions de la société et la proportion de celles-ci.

Il résulte de cet ensemble de normes, qu'elles soient d'origine jurisprudentielle ou légale, que les obligations qui pèsent sur les dirigeants sont variées mais qu'elles peuvent être aléatoires quant à leur application du fait des spécificités de la pratique anglaise.

2) En droit espagnol

Dans le droit espagnol, d'une façon générale assez comparable au nôtre, un délit proche de notre notion d'abus des biens sociaux a été introduit dans le Code pénal en 1995 (article 295 de la loi du 23 novembre 1995), sous la qualification de « délit sociétaire » : « Les administrateurs de fait ou de droit, ou les associés de sociétés constituées ou en formation, et quelle qu'en soit la forme, qui, pour leur bénéfice personnel ou pour celui d'un tiers, abuseraient de la fonction propre à leur charge et disposeraient frauduleusement des biens de la société ou contracteraient des obligations à charge de la société, causant ainsi aux autres associés, dépositaires, tiers, etc., un préjudice économique direct seront punis d'une peine de prison de six mois à quatre ans ou d'une amende pouvant s'élever au triple des sommes ainsi déterminées ».

À l'occasion de la réforme de 1989 du droit des sociétés anonymes et de la réforme de 1995 du droit des sociétés à responsabilité limitée, le législateur espagnol a établi une règle claire pouvant servir de fondement à une action en responsabilité intentée contre les dirigeants. La loi impose une obligation de loyauté aux dirigeants et édicte que ces derniers devront exercer leur fonction avec la diligence d'un entrepreneur ordonné et d'un représentant loyal.

La loi sur les sociétés anonymes (LSA, art. 127 et suivants) définit l'obligation de loyauté et de bonne foi et impose au dirigeant de faire preuve d'attention dans la gestion des affaires, ce qui rejoint le devoir de « care and skill » du droit anglais.

L'appréciation de l'impératif sera toutefois certainement plus stricte en droit espagnol qu'en droit britannique, en raison de la souplesse des précédents qui existe à l'égard de cette obligation en Angleterre.

Prévu par la loi et complété par la jurisprudence, le devoir de loyauté et de bonne foi qui pèse sur les dirigeants a ainsi été érigé au rang légal en Espagne, ce qui constitue une différence avec le droit français.

À l'occasion de la loi de 1989, le législateur espagnol a prévu un régime de responsabilité civile de droit commun à côté duquel subsistent des cas de responsabilité pénale uniquement réservés aux infractions les plus graves.

Aux termes de l'article 133 de la loi sur les sociétés anonymes, « les administrateurs répondent face à la société, aux actionnaires et aux créanciers des dommages causés par les actes contraires à la loi ou aux statuts, ou réalisés sans la diligence avec laquelle ils doivent accomplir leur fonction ».

L'article prévoit que tous les administrateurs du conseil devront répondre solidairement de ces actes, à moins qu'ils n'en aient pas eu connaissance ou qu'ils s'y soient opposés.

L'autorisation ou la ratification de l'acte par l'assemblée n'exonère pas les dirigeants de leur responsabilité (art. 133 LSA), ce qui constitue une différence avec le droit anglais dans le cadre duquel il existe des possibilités de régularisation des actes litigieux.

3) En droit belge

L'article 492 bis du Code pénal belge, modifié par la loi du 8 août 1997, définit un délit d'abus des biens sociaux proche du concept français mais qui concerne toutes les personnes morales, commerciales et civiles, y compris les associations.

L'article 492 bis stipule en effet que sont condamnables « les dirigeants de droit ou de fait des sociétés commerciales et civiles ainsi que des associations sans but lucratif qui, avec une intention frauduleuse et à des fins personnelles, directement ou indirectement, ont fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage qu'ils savaient significativement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de celle-ci et à ceux de ses créanciers ou associés ».

En Belgique, les administrateurs sont assimilés par la loi à des mandataires (art. 53, L. 1935) et ils sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion (art. 62, L. 1935).

4) En droit suisse et en droit allemand

Ces deux législations, de conception voisine, ne définissent pas un délit d'abus des biens sociaux à proprement parler, mais en permettent la répression à travers des délits qui s'en rapprochent.

a) en droit suisse

Le Code pénal suisse définit l'abus de confiance « portant sur une chose mobilière » (art. 138.1.1), l'abus de confiance « portant sur une valeur patrimoniale » (art. 138.1.2), ainsi que la « gestion déloyale au sens strict » (art. 158), cette dernière étant définie de la façon suivante :

« Celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés sera puni d'emprisonnement.

Si l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, le juge pourra prononcer la réclusion pour cinq ans au plus...

La gestion déloyale au préjudice des proches ou des familiers ne sera poursuivie que sur plainte ».

Les éléments constitutifs objectifs de l'infraction de gestion déloyale sont :

1. Un devoir de gestion ou de sauvegarde.
2. Une violation de ce devoir.
3. Un dommage et un rapport de causalité.

L'infraction requiert l'intention qui doit porter sur tous les éléments constitutifs, notamment le dommage ; le dol éventuel suffit mais la jurisprudence se montre restrictive, en soulignant que le dol éventuel doit être strictement caractérisé.

Le dessein d'enrichissement illégitime n'est pas requis mais constitue une circonstance aggravante.

b) en droit allemand :

Le Code pénal allemand définit un délit de détournement (art. 246), un délit de tromperie (art. 263), ainsi qu'un délit de gestion déloyale (art. 266) ainsi rédigé :

« Celui qui, dans son intérêt et sous couvert de la loi, fait un mauvais usage d'un mandat public ou de l'autorité résultant d'un mandat social, pour disposer du bien d'autrui ou prendre quelque engagement, ou celui qui au nom de dispositions légales, enfreint un mandat officiel, un mandat social ou un mandat fiduciaire pour percevoir des intérêts financiers et, par là, lèse les intérêts financiers qui lui étaient confiés, est passible d'une peine de prison allant jusqu'à cinq ans ou d'une amende ».

La spécificité du cas allemand tient davantage au droit des sociétés.

En Allemagne, la direction des sociétés présente un caractère particulier en raison de sa structure bicéphale. C'est le directoire qui dirige sous le contrôle du conseil de surveillance (au sein duquel siègent des représentants des salariés, à l'exception du cas de la petite société anonyme créée en 1994).

C'est la loi du 6 septembre 1965 sur les sociétés (AktG) qui établit les obligations des dirigeants dans l'exercice de leur mission.

– Le directoire : l'article 93 de la loi énonce que « les membres du directoire doivent apporter à leur gestion les soins d'un administrateur compétent et consciencieux ». À côté de cette règle de portée générale, l'article 93 donne quelques exemples simplement indicatifs des obligations qui pèsent sur le directoire : obligation de maintien du capital, de secret, de diligence, de compétence et d'honnêteté.

En cas de manquement à leurs obligations, les membres du directoire sont solidairement responsables à l'égard de la société de la réparation du préjudice causé et s'il existe une contestation sur le point de savoir s'ils ont apporté à leur gestion les soins d'un administrateur compétent et consciencieux, la charge de la preuve leur incombe.

– Le conseil de surveillance : l'article 116 de la loi renvoie à l'article 93 d'où il résulte que le conseil doit accomplir sa mission avec compétence et honnêteté à l'égard de la société. Il est ainsi tenu à une obligation de loyauté et ne doit pas causer de préjudice à la société en cas de conflit d'intérêt.

En ce qui concerne les obligations des dirigeants dans l'exercice de leur fonction, le droit allemand privilégie ainsi une définition légale, qui présente un caractère large et de portée générale.

Il est pourtant à noter qu'en dépit de cette définition large des obligations des dirigeants et malgré l'existence de la présomption de faute qui pesait sur ceux-ci, jusqu'à l'an passé, la responsabilité de ces derniers restait théorique. Il fallait en effet réunir 10 % du capital pour pouvoir engager une action en responsabilité, ce qui était extrêmement difficile dans les grandes sociétés. Afin de favoriser la défense des actionnaires, la loi du 27 avril 1998 est venue réformer ce point en abaissant les seuils. Cinq pour cent du capital (ou un million de Deutsche Marcks) suffisent dorénavant pour désigner un représentant qui intentera une action s'il estime qu'elle peut réussir (art. 147, al. 3 AktG). Ce représentant devra cependant filtrer les demandes des actionnaires et rejeter celles qui n'auraient pour but que d'obtenir des avantages particuliers en menaçant de porter plainte.

Sur cette obligation de loyauté, on constate donc une différence importante entre les législations citées et la législation française.

En effet, tandis que l'impératif est autant d'origine légale que jurisprudentielle dans les pays cités, en France, la loi de 1966 est restée silencieuse en ce domaine et c'est aux juges qu'il est revenu de dégager les principes devant dominer la matière.

Aussi, la jurisprudence s'est-elle employée à dégager la norme applicable, un peu à la manière des tribunaux anglais.

Une décision (Cass. com., 27 févr. 1996) a ainsi pu reconnaître l'existence d'une obligation générale de loyauté en estimant que le président de la société avait « manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé ».

Le développement en France d'un débat sur la marche des affaires semble démontrer que la reconnaissance clairement édictée d'une obligation générale de loyauté pourrait être utile, sous forme d'une norme de portée générale propre au droit des sociétés et établissant clairement l'obligation.

III. – LE ROLE DE L'EXPERT DANS LA MISE EN LUMIERE DE L'ABUS DES BIENS SOCIAUX

Il y a lieu de distinguer à ce titre deux missions totalement distinctes, même si elles peuvent être exercées par le même professionnel.

Le rôle de l'expert vérificateur d'une part (c'est-à-dire le commissaire aux comptes en France ou par assimilation l'expert-comptable dans les sociétés qui ne sont pas tenues d'avoir un commissaire aux comptes) et le rôle de l'expert judiciaire.

Le commissaire aux comptes n'a pas pour mission spécifique de rechercher les éventuels abus des biens sociaux mais il peut être amené à en constater dans l'exercice de sa mission.

Puisque nous allons examiner la situation en dehors du droit français, nous utiliserons le terme général d'auditeur pour caractériser le contrôleur légal dans la suite de cet exposé.

1) *Rôle de l'auditeur à travers la mission légale de contrôle*

L'étendue de la mission de l'auditeur, ses prérogatives et ses responsabilités diffèrent de façon significative selon les pays.

a) En droit britannique

L'auditeur doit mentionner dans son rapport certains faits qu'il a pu constater et, conformément à l'article 237 du *Companies Act* de 1985, il doit notamment avertir les actionnaires d'éléments susceptibles de dissimuler des détournements.

Il convient de remarquer que l'étendue de l'obligation de l'auditeur doit essentiellement être recherchée dans la jurisprudence et qu'elle s'examine au cas par cas. Certains arrêts ont ainsi reconnu une véritable obligation d'investigation à la charge de l'auditeur, tandis que d'autres ont décidé qu'il était seulement tenu d'être raisonnablement prudent et consciencieux.

Il est ainsi difficile d'établir une règle générale quant à l'étendue exacte de la mission de l'auditeur britannique. Il semble toutefois possible d'affirmer que l'auditeur commettrait une faute s'il ne procédait pas à des investigations, alors qu'un élément du rapport financier qui lui est présenté paraît de nature à éveiller sa suspicion mais sa responsabilité n'est engagée que vis-à-vis des actionnaires.

b) En droit allemand

L'auditeur allemand, le *wirtschaftsprüfer*, doit travailler en étroite relation avec le conseil de surveillance.

Les comptes annuels sont dressés par le directoire mais ils doivent être approuvés par l'auditeur qui apposera son visa de confirmation s'il ne constate rien d'anormal (art. 322 du Code de commerce). Le directoire doit ensuite présenter au conseil de surveillance le rapport établi par l'auditeur (art. 170 AktG). Il est important, à cet égard, de relever que le conseil de surveillance va procéder à un nouveau contrôle des comptes et il peut, dans cette perspective, demander à l'auditeur de prendre part aux débats (art. 171 AktG). Le conseil de surveillance doit ensuite présenter à l'assemblée un rapport écrit sur les résultats du

contrôle en précisant de quelle manière il a conduit celui-ci et quelle appréciation il porte sur le contrôle effectué par l'auditeur. Le conseil de surveillance peut ensuite approuver les comptes (art. 172 AktG) ou bien laisser à l'assemblée générale le soin de l'approbation (art. 173 AktG).

Si l'auditeur constate des anomalies, il devra en revanche apposer une mention de refus de visa sur le rapport des comptes annuels présenté par le directoire. Le conseil de surveillance demandera alors des explications au directoire et les dirigeants seront amenés à s'expliquer devant le conseil, voire devant l'assemblée sur les points ayant motivé le refus de visa.

Dans l'accomplissement de sa mission, il paraît possible de dire que l'auditeur allemand est placé sous l'autorité du conseil de surveillance, ce qui distingue le droit allemand des droits français et anglais.

c) *En droit scandinave*

En Finlande et en Suède, les législations récentes (datant de 1997) ont reconnu à l'auditeur un réel pouvoir d'appréciation qui ne paraît pas avoir son équivalent dans les autres États de l'Union européenne. Comme dans l'ensemble des pays, l'auditeur scandinave doit rendre un rapport sur les comptes, lequel est, comme en Allemagne, transmis par la suite au conseil de surveillance. Les auditeurs sont notamment chargés d'exercer un contrôle de légalité mais aussi un contrôle d'opportunité des actes de la société. Les droits scandinaves se distinguent cependant des autres législations par le pouvoir qu'ils ont reconnu à l'auditeur dans le cadre d'une demande d'information présentée par les actionnaires.

Lors de l'assemblée générale, la loi nouvelle a ainsi reconnu le droit à tout associé de demander aux dirigeants des informations détaillées sur les comptes, la situation financière de la société ou toutes autres questions soumises à l'assemblée. Or, dans le cas où les dirigeants estiment que les informations demandées ne peuvent être fournies aux actionnaires sans exposer la société à un préjudice important, ces informations seront transmises à l'auditeur qui devra décider s'il est ou non opportun qu'elles soient communiquées aux actionnaires et si elles doivent ou non donner lieu à une modification du rapport de vérification des comptes.

Ce pouvoir d'appréciation dévolu à l'auditeur scandinave est important. En effet, dans le cas où un actionnaire soupçonnerait l'existence d'un abus des biens sociaux, il pourra demander aux dirigeants des informations plus précises et c'est à l'auditeur qu'il reviendra d'apprécier si ces informations doivent ou non être communiquées. Ce faisant, les lois scandinaves confèrent à l'auditeur le rôle d'une sorte de filtre préjudiciaire car c'est lui qui décidera de l'opportunité de poursuivre ou non le processus de divulgation des informations supplémentaires. Dans l'affirmative, la plus grande précision des informations et la nature des explications données pourront conduire à l'ouverture d'une procédure judiciaire, tandis que dans la négative, l'actionnaire ne disposera pas forcément de tous les éléments pour entamer une telle procédure et devra bien réfléchir avant de lancer quelque action judiciaire que

ce soit. L'auditeur scandinave dispose ainsi d'un pouvoir d'appréciation indéniable qui l'érige en véritable arbitre. Cette solution met en évidence la conception particulière qu'a le législateur scandinave du rôle de l'auditeur, notamment en termes d'indépendance et de pouvoir.

d) *En droit italien et en droit espagnol*

En Italie, la mission de l'auditeur est établie par l'article 24.3 du *Codice civile* qui édicte les devoirs du collège des commissaires aux comptes (« collegio sindacale »). Celui-ci doit contrôler l'administration de la société, veiller à ce que la loi et l'acte constitutif soient respectés, vérifier la tenue régulière de la comptabilité de la société, s'assurer que les comptes sociaux annuels expriment fidèlement le résultat social ainsi que la situation financière et patrimoniale de la société à la fin de l'exercice, et vérifier au moins chaque trimestre, les postes d'actif et de passif ainsi que l'existence des valeurs et des titres.

Le droit italien a une conception particulière de la responsabilité de l'auditeur, en raison de l'interprétation extensive qui peut être faite de l'article 40 du Code pénal italien, lequel conduit à considérer que « ne pas empêcher un événement que l'on a l'obligation d'empêcher équivaut à le causer ». La Cour de cassation italienne raisonne en effet comme si le fait de ne pas empêcher que d'autres commettent un délit constituait également en soi un délit. Contrairement au droit français, les auditeurs italiens ne sont cependant pas tenus de révéler au procureur de la République les délits dont ils ont connaissance. Leur responsabilité peut être engagée non pas pour le délit d'omission de révélation mais bien pour le délit de complicité eu égard aux délits commis par les administrateurs. L'auditeur a ainsi en Italie une véritable obligation d'intervention dans les affaires de la société chaque fois qu'un acte des dirigeants paraît irrégulier, ce qui implique de sa part un jugement d'opportunité.

En Espagne, l'article 203 de la loi sur les sociétés anonymes prévoit que l'auditeur doit vérifier les comptes sociaux. Il devra notamment s'assurer que les comptes annuels offrent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de la société (art. 280 LSA). Son rapport devra faire mention des infractions constatées et de tous faits de nature à engendrer un risque financier pour la société (art. 209 LSA). Le régime de responsabilité qui pèse sur les auditeurs espagnols est particulièrement lourd, la loi les soumettant en la matière aux mêmes règles que les administrateurs. De plus, il pèse sur l'auditeur espagnol une obligation de communication des irrégularités constatées auprès des autorités publiques financières.

2) *Autre acteur dans la mise en lumière de l'abus des biens sociaux : l'expert judiciaire*

Toutes les législations que nous avons examinées dans le cadre de cette étude prévoient la possibilité de désignation d'un expert dans des cas autres que le contrôle légal, pour la mise en lumière d'abus des biens sociaux.

Il en est ainsi de l'expertise de gestion et de l'expertise judiciaire à proprement parler.

A. – L'expertise de gestion

Rappelons qu'en France, l'expertise de gestion peut être demandée par les actionnaires représentant au moins 10 % du capital social ou encore par le Ministère public, voire, le cas échéant, par le comité d'entreprise ou la COB (art. 226, L. 1966).

En Allemagne, les actionnaires détenant 5 % du capital social (L. 27 avr. 1998) peuvent demander au tribunal la nomination d'un vérificateur spécial en cas d'insuffisance d'informations obligatoires lorsqu'il existe des faits permettant de soupçonner l'existence d'un détournement ou d'une situation susceptible de désavantager leur société.

En Belgique, une telle demande est plus largement accessible puisqu'une action en vérification des livres et des comptes peut être intentée par les associés détenant 1 % du capital social, mais seulement lorsque des indices graves d'atteinte aux intérêts de la société existent. Le tribunal peut alors désigner un expert chargé d'établir un rapport sur la gravité du risque.

En Grande-Bretagne, une telle possibilité d'expertise existe aussi. Cependant, ce n'est pas le juge qui doit être saisi mais l'autorité administrative. Les actionnaires détenant 10 % du capital peuvent adresser une demande au *Secretary of State* pour qu'il désigne un inspecteur qui examinera les affaires de la société et établira un rapport (art. 431 *Companies Act* de 1985). C'est une solution similaire qui est retenue dans les pays scandinaves (Finlande et Suède).

B. – L'expertise judiciaire

Lorsque l'expert intervient dans le cadre d'une procédure judiciaire, le rôle qui lui est dévolu est variable d'un pays à l'autre. Dans certains pays, il intervient aux côtés du juge comme auxiliaire de justice, tandis que dans d'autres, il est un témoin présenté par les parties.

C'est ainsi, par exemple, qu'en Espagne et en Italie, l'expert est le collaborateur du juge qu'il assiste dans la recherche de la vérité. Son rôle se limite à un avis technique.

Par contre, en Angleterre, le rôle de l'expert présente un caractère différent. Il n'est pas choisi par le juge, mais par chaque partie. Il intervient en qualité de témoin pour la partie qu'il représente. Cette particularité s'explique par la présence historique du jury dans le procès anglais. Chaque partie doit avoir le droit d'interroger en présence du jury le témoin-expert de son choix, la partie adverse devant avoir le droit de le contre-interroger.

Ce système peut présenter des inconvénients. Outre son coût pour les parties, le problème principal réside dans le risque de perte d'indépendance de l'expert, qui agit finalement sur demande d'une des parties qui devient ainsi son « client ». Les juges anglais ont certes répété maintes fois qu'il est du devoir de l'expert-témoin de rester indépendant et de fournir une opinion objective et impartiale mais ces invitations ne paraissent pas suffisantes pour éliminer le risque de partialité. Aussi, le rapport Woolf de 1996 a-t-il envisagé une réforme de l'expertise en prévoyant notamment une intervention plus grande du juge dans le

choix de l'expert, ce qui aurait pour effet de rapprocher le système anglais des systèmes continentaux.

CONCLUSION

Au terme de cet exposé, nous devons constater qu'une réflexion sur l'abus des biens sociaux en dehors du droit français est un vaste sujet que nous avons conscience de n'avoir qu'effleuré.

La complexité croissante des cas d'abus des biens sociaux est parallèle à la complexité croissante de la vie des entreprises, à l'importance des enjeux économiques et au fait que diriger une entreprise oblige à prendre des risques.

Une certaine morale des affaires ne pourra se développer que dans le cadre d'une indispensable coopération entre les principales puissances économiques.

Mais la coopération entre les États nécessite au préalable une suffisante harmonisation de la notion même d'abus des biens sociaux, ce qui n'est pas la moindre des difficultés, compte tenu des divergences des législations et des approches culturelles.

L'étude d'un sujet tel que l'abus des biens sociaux en dehors du droit français, même s'il a fallu choisir seulement quelques thèmes de réflexion afin de ne pas déborder le temps de présentation qui nous était imparti, amène à constater qu'il existe dans chaque pratique nationale des spécificités intéressantes et que l'on assiste à un lent mais incontestable processus de rapprochement des pratiques des pays de l'Union européenne.

L'idée d'un droit pénal européen, avec un Parquet européen ayant autorité sur tout le territoire de l'Union européenne, a été évoquée par d'éminents juristes, notamment par Madame Delmas-Marty, professeur à l'Université Paris-I et présidente de l'Association des recherches pénales européennes. C'est là une piste intéressante.

Dans le cadre de cette perspective, serait-il permis de rêver à une approche européenne de la notion d'abus des biens sociaux qui s'inspirerait du meilleur de ce qui existe dans le droit et dans la pratique de chacun des États membres ?

Ce rêve n'est pas utopique dans la mesure où nous avons constaté tout au long de cet exposé qu'il y avait effectivement des différences notables de conception et de pratique mais que ces différences sont plus en complémentarité qu'en opposition inconciliable.

(Applaudissements)

Monsieur Burgelin. – Merci M. Fluchaire de cette approche qui, pour moi, est très originale de l'abus des biens sociaux. Nous sommes peu habitués en France à l'approche comparative et cette approche, je crois, est tout à fait riche, suggestive d'idées, nous y reviendrons lors de la discussion qui aura lieu tout à l'heure.

Je passe tout de suite la parole à M. Engelhard.

LES ABUS DE BIENS SOCIAUX DANS LES GROUPES DE SOCIÉTÉS, EN FRANCE ET À L'ÉTRANGER

Exposé de M. Marc ENGELHARD

Expert agréé par la Cour de cassation



Mes confrères ont, avec une grande compétence, approfondi la notion d'abus des biens sociaux au cours de leurs exposés respectifs.

Il m'incombe maintenant d'examiner les formes que peut prendre ce délit dans le vaste domaine que constituent les groupes de sociétés.

Cette question a été abordée lors du XVIII^e Congrès national de la CNECJ, tenu le 26 octobre 1979 à Versailles, sur le thème « L'expert-comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes de sociétés », congrès dont le rapporteur général était le président Félix Thorin et deux des rapporteurs étaient le président André Gaillard et notre confrère Jean Fourcade, aujourd'hui rapporteur général.

Mais au cours des vingt années écoulées depuis cette manifestation des éléments nouveaux sont intervenus, qu'il convient de prendre en compte pour traiter du sujet qui nous intéresse aujourd'hui.

Des dispositions légales font désormais expressément référence à la notion de groupe, tel l'article 68 de la loi de finances pour 1988 relatif à l'intégration fiscale, ou la loi du 3 janvier 1985, dont les dispositions sont reprises à l'article 357-1 de la loi sur les sociétés commerciales, relative à la présentation des comptes consolidés.

Par voie de conséquence, la jurisprudence s'est enrichie de nombreuses décisions intéressant les groupes.

Mais la multiplication des jugements et arrêts prononcés en la matière n'est pas seulement imputable à la mise en vigueur de nouvelles dispositions législatives. Elle est due, surtout, au développement des groupes, à la part chaque jour plus importante qu'ils occupent dans l'économie nationale et à l'étranger.

On observe en effet un phénomène d'internationalisation des groupes, ceci par le jeu de prises de participation de sociétés françaises dans des sociétés étrangères ou, à l'inverse, par l'apport de capitaux étrangers à des sociétés françaises, ces opérations devenant de plus en plus fréquentes.

Dans ce contexte, l'appartenance de la France à la Communauté européenne et la réalité que constitue celle-ci dès aujourd'hui sont de nature à favoriser la création de groupes dont le développement se réalise, et se réalisera plus encore, hors des frontières de l'hexagone comme à l'intérieur.

Cette constatation conduit très logiquement à ne pas limiter notre étude au seul cadre national. L'expert judiciaire pouvant se trouver confronté à des problèmes résultant de liens juridiques entre sociétés françaises et étrangères, nous serons conduits, avec la prudence qui s'impose, à évoquer les dispositions législatives prises par certains pays en matière de groupes et d'abus de biens sociaux ou de délits qui lui soient assimilables.

La première partie de cet exposé sera consacrée à la notion de groupe, appliquée plus spécialement à la législation pénale.

Nous examinerons ensuite les questions auxquelles doit répondre l'expert judiciaire lorsqu'il se trouve en présence d'abus de biens sociaux commis au sein de groupes de sociétés.

I. – L'ABUS DES BIENS SOCIAUX DANS LES GROUPES AU REGARD DES DISPOSITIONS LÉGALES ET DE LA JURISPRUDENCE

L'existence d'un groupe de sociétés est parfois invoquée pour légitimer certains agissements susceptibles d'être qualifiés par le juge d'abus de biens sociaux. Aussi convient-il, tout d'abord, de rappeler, brièvement, la nature et les caractéristiques d'un groupe.

1) *Rappel relatif à la notion de groupe de sociétés*

Le groupe doit être défini très étroitement sous peine d'enlever au droit des sociétés toute spécificité, notamment en ce qui concerne l'individualité du patrimoine et le cloisonnement des structures sociales.

On désigne habituellement par groupe de sociétés *l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, représentant chacune une entité juridique distincte mais unies entre elles par des liens divers, en vertu desquels l'une d'elles, dite société mère, tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision.*

L'expression de groupe de sociétés ne correspond pas à une définition juridique et cette entité n'est pas dotée de la personnalité morale. Elle ne constitue donc pas un sujet de droit mais une réalité économique, à laquelle le législateur fait cependant référence en divers domaines.

Corrélativement la jurisprudence a été conduite à préciser la notion de groupe et différentes décisions font mention des critères qui caractérisent cette entité.

2) *Les apports législatifs intéressants la notion de groupe*

Aucun texte de loi n'est venu définir le groupe de sociétés au cours des deux dernières décennies mais le législateur a néanmoins été conduit à œuvrer dans des domaines particuliers, soit en introduisant le terme de groupe dans la loi française, soit, de façon plus marquante, en construisant une réglementation autour de la notion de groupe, ce qui constitue sa reconnaissance implicite.

Il ne s'agit pas ici de faire l'exégèse de ces textes mais d'évoquer rapidement ceux comportant des dispositions dont la non-observation pourrait constituer un élément de fait permettant de caractériser le délit d'abus de biens sociaux.

a) *Introduction du terme de groupe dans la loi sur les sociétés commerciales*

Le terme de « groupe » a été introduit dans la loi sur les sociétés commerciales, en son article 357-1, par la loi 85-11 du 3 janvier 1985 relative à l'établissement de comptes consolidés.

Il y est mentionné que « les sociétés commerciales établissent et publient chaque année des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion de groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci ».

À ce même article sont précisées les conditions nécessaires à l'exercice d'un contrôle exclusif, lequel peut résulter de « l'influence dominante » de la société mère sur l'entreprise contrôlée.

Il y est également indiqué que « l'influence notable sur la gestion et la politique financière de l'entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise ».

L'établissement et la publication de comptes consolidés constituent donc une simple présomption mais non une preuve de l'existence d'un groupe.

Une société dont la mère ne détient que vingt pour cent du capital peut, en effet, jouir d'une très grande indépendance vis-à-vis de celle-ci.

b) *La loi bancaire du 24 janvier 1984*

Certaines dispositions de cette loi présentent un intérêt particulier dans le contexte de la présente étude, en ce que, d'une part, il y est fait mention de la notion de « contrôle effectif », proche de celle de « contrôle exclusif », mentionnée dans la loi sur les sociétés commerciales, d'autre part, en ce qu'elle autorise les entreprises, sous certaines conditions, « à procéder à des opérations de trésorerie » avec leurs filiales.

L'application pratique de cette faculté est constituée par la possibilité de mettre en œuvre des conventions de trésorerie au sein des groupes.

Comme nous le verrons dans la seconde partie de cette étude, il convient, le cas échéant, pour le magistrat d'apprécier, et pour l'expert judiciaire de rechercher, si les mouvements de fonds intervenus entre différentes sociétés s'inscrivent dans le cadre de conventions de trésorerie normales ou représentent au contraire des éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux, notamment par le déséquilibre de leurs stipulations en faveur ou aux dépens de l'un ou de plusieurs des contractants.

c) *La loi d'intégration fiscale*

Le régime fiscal spécifique des groupes de sociétés est issu de l'article 68 de la loi de finances pour 1988. Il a fait l'objet depuis de divers aménagements, la dernière fois aux termes de l'article 21 de la loi du 30 décembre 1996.

Contenu dans les articles 223 A à 223 U du Code général des impôts, ce régime permet à une société mère, dit « tête de groupe », de se constituer seule redevable de l'impôt sur les sociétés à raison du résultat d'ensemble réalisé par le groupe qu'elle forme avec les sociétés dont elle détient, directement ou indirectement, 95 % au moins du capital de manière continue au cours d'un exercice.

On peut remarquer, en premier lieu, que la loi d'intégration fiscale ne définit pas le groupe de sociétés mais comporte l'énumération des conditions auxquelles il doit satisfaire pour bénéficier du régime de l'intégration fiscale, conditions d'ailleurs assez restrictives par comparaison avec celles définies par la Chambre criminelle de la Cour de cassation pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un groupe.

En second lieu, il faut observer que ce texte a une portée exclusivement fiscale et ne saurait ni légitimer des agissements contraires à la loi sur les sociétés commerciales ou à la loi bancaire, par exemple, ni s'imposer au juge appelé à apprécier si les critères retenus par la jurisprudence en matière de groupe de sociétés sont réunis.

On pourrait encore citer d'autres textes intéressants les groupes de sociétés ou se référant à cette notion.

Ainsi, par exemple en matière sociale, pour déterminer si un comité d'entreprise doit être constitué, l'effectif du

personnel est décompté au niveau du groupe et non au niveau des sociétés qui le composent.

3) *Les apports jurisprudentiels à la notion de groupe*

Avant d'aborder la notion de groupe telle que l'appréhende la jurisprudence en matière d'abus de biens sociaux, on peut rappeler que, statuant en matière commerciale, la Cour de cassation avait dès 1922 (1) tiré en matière civile les conséquences de la dépendance économique d'une filiale à l'égard de sa société mère, en admettant que la première soit contrainte de répondre des dettes de la seconde. Elle avait donc retenu le principe de l'existence d'une solidarité entre sociétés d'un même groupe.

D'autres décisions ont au contraire concouru à fixer des limites à cette solidarité.

Ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Rennes (2), rendu le 23 février 1968, a annulé la décision prise au niveau d'un groupe de fermer l'usine d'une société qu'il contrôlait, opération de nature à léser les actionnaires minoritaires de cette filiale.

Mais c'est bien en matière pénale, domaine dans lequel s'inscrit la réflexion de notre congrès, que la jurisprudence en est venue à définir les critères permettant de conclure à l'existence d'un groupe, le problème posé étant de savoir si cette existence pouvait exonérer les dirigeants de leur responsabilité dans le cas d'un usage des biens d'une société susceptible d'être jugé abusif si celle-ci était seule en cause.

Les articles 425 et 437 de la loi du 24 juillet 1966 sanctionnent en effet le délit que commettent les dirigeants d'une société lorsqu'ils font des biens ou du crédit de celle-ci « un usage qu'ils savaient contraire à ses intérêts, ceci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

La question se pose de savoir dans quelles conditions ces dispositions sont applicables aux groupes de sociétés, étant observé que l'existence d'un groupe auquel appartient la société qui serait victime d'un présumé abus de biens sociaux peut conduire à estimer que, en fait, les agissements incriminés n'ont pas été contraires à l'intérêt de la société concernée puisqu'ils étaient conformes à l'intérêt du groupe.

Remarquons tout d'abord que dans le cas d'un groupe comme dans celui d'une société isolée il est nécessaire, pour caractériser le délit d'abus des biens sociaux, que les dirigeants aient agi dans leur intérêt personnel, direct ou indirect, cet intérêt indirect pouvant d'ailleurs revêtir des formes diverses.

Ceci étant, une décision prise le 16 mai 1974 par le Tribunal correctionnel de Paris dans l'affaire Willot-Saint-

Frères a clairement défini les critères selon lesquels les dispositions des articles 425 et 437 de la loi sur les sociétés commerciales sont applicables aux groupes de sociétés.

Évoquant la notion de politique de groupe, le Tribunal a indiqué que pour apprécier si les opérations incriminées avaient été réalisées dans le cadre de cette politique et dans l'intérêt des sociétés du groupe, il convenait, en l'absence d'une législation sur les groupes, de rechercher :

1° si l'on se trouve en présence d'un groupement économique fortement structuré, reposant sur des bases non artificielles et si les éléments qui le composent, même parfois disparates, concourent à la réalisation de « l'objet social » du groupe, qui peut alors, provisoirement, se substituer à « l'objet social » des diverses sociétés qui le composent ;

2° si les sacrifices demandés à l'une des sociétés ont bien été réalisés dans l'intérêt du groupe pour le maintien de son équilibre ou pour la poursuite d'une politique globale cohérente ;

3° si ces sacrifices ne font pas courir à la société concernée des risques trop importants sans contrepartie suffisante.

Ces conditions ont été retenues, à quelques nuances près, par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 4 février 1985 (arrêt Rozenblum).

Statuant sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait déclaré le sieur Rozenblum coupable du délit d'abus de biens sociaux, « pour avoir fait consentir par certaines sociétés des concours financiers à d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé », la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans son arrêt du 4 février 1985, énoncé les critères à prendre en considération pour qu'un concours financier puisse, au nom de l'intérêt de groupe, « échapper aux prévisions des articles 425 (4°) et 437 (3°) de la loi du 24 juillet 1966 ».

Les conditions édictées par la Chambre criminelle, permettant de conclure à la réalité d'un groupe de sociétés, dont l'intérêt supérieur peut exonérer le comportement des dirigeants sociaux de l'incrimination d'abus de biens sociaux, sont :

- l'existence d'une unité économique structurée,
- l'intérêt commun du groupe,
- une politique cohérente, ne nuisant pas à une société du groupe pour le profit d'une autre.

Ces trois points méritent quelques commentaires.

a) *Existence d'une unité économique structurée*

Cette exigence se trouve quelque peu atténuée en la forme dans l'arrêt pris par la Chambre criminelle dans l'arrêt Rozenblum.

On ne retrouve pas dans cet arrêt l'exigence d'un « groupement économique fortement structuré », termes utilisés par le Tribunal de grande instance de Paris dans son jugement du 16 mai 1974. Mais cette exigence est implicite dans la mesure où la Chambre criminelle de la

(1) 22 avril 1922, Revue sociale 1993, 124, note B. Bouloc.

(2) Rennes, 23 févr. 1968, affaire Saupiquet-Cassegrain ; JCP 1969, I, 16122, note J. Paillusseau et R. Contin et article des mêmes auteurs, La cession du contrôle d'une société.

Cour de cassation vise la poursuite « d'un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ».

La Chambre criminelle ne considère pas que les activités des sociétés concernées doivent être complémentaires, ce critère étant jugé trop restrictif, mais elle se contente d'identifier le groupe par la communauté d'intérêt économique, social ou financier.

Mais la pluralité de sociétés entretenant seulement des rapports économiques ou rattachées les unes aux autres par des liens juridiques qui n'impliquent pas une unité de direction ne permet pas de conclure à l'existence d'un groupe. Le contrôle effectif d'une entité dominante et la détention corrélative de participations significatives sont nécessaires. Ils sont considérés comme des éléments déterminants par la loi bancaire du 24 janvier 1984, qui, en son article 12, édicte que l'interdiction pour toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel, ne fait pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse « procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une ou à l'autre des entreprises liées, un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ».

Cette condition conduit à dénier la qualité de groupe à l'ensemble constitué par des sociétés rattachées les unes aux autres par de simples liens de participation ou créées à seule fin de disséminer un patrimoine, pour quelque raison que ce soit.

Comme nous l'avons déjà signalé, l'établissement et la publication de comptes consolidés laissent seulement présumer l'existence d'un groupe mais ne constituent pas un élément de preuve de cette existence.

À l'inverse, la question se pose de savoir si un groupe peut exister en l'absence d'une société mère.

Lors d'un colloque organisé par l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, le professeur Bouloc, évoquant la notion de « groupe personnel », indiquait que « le même président à la tête de plusieurs sociétés, cela ne fait pas un groupe ». Il soulignait ainsi la nécessité d'un pouvoir de domination résultant de liens de participation.

Mais il est possible que des personnes physiques détiennent le capital social de plusieurs sociétés dans des proportions significatives et exercent par là un pouvoir décisionnaire.

Des auteurs s'accordent à admettre dans ce cas l'existence d'un groupe, permettant en cela l'exonération de la responsabilité pénale liée à certains agissements. Le Tribunal correctionnel de Mulhouse en a cependant jugé autrement le 25 mars 1985 dans l'affaire Schlumpf (3).

b) *L'intérêt commun du groupe*

Le second critère énoncé par la Chambre criminelle pour que la qualification de groupe soit reconnue à

(3) Tribunal correctionnel de Mulhouse, 25 mars 1985, affaire Schlumpf.

l'ensemble formé par plusieurs sociétés est la poursuite d'un « intérêt économique, social ou financier commun ».

Le fait que cet intérêt soit commun implique qu'il n'est pas celui d'une société plus que d'une autre et, notamment, que l'intérêt de la société dominante ne doit pas toujours prévaloir sur celui des dominées.

Le terme d'intérêt ne doit pas, d'ailleurs, s'entendre de façon restrictive, par analogie avec la notion d'intérêt des tiers ou des minoritaires. Il faut plutôt entendre par là que les actions entreprises doivent, selon les termes employés par le professeur Bouloc (4), contribuer « à la réalisation de la finalité générale de l'ensemble des sociétés groupées ».

Notons encore que la notion d'intérêt économique a une portée relativement générale et s'accorde bien avec celle de l'intérêt commun du groupe, qui prend en compte les activités des sociétés qui le composent et qui, selon la Chambre criminelle, « doit être apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ».

c) *Une politique cohérente*

La troisième condition de reconnaissance du groupe définie par la Chambre commerciale est que soit menée une politique cohérente, ne conduisant pas à favoriser certaines des sociétés dominées, au détriment de l'une ou de plusieurs autres.

Cette exigence est le corollaire de la précédente et n'appelle pas de développements particuliers.

**

La doctrine élaborée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation constitue une base d'appréciation généralement reconnue, tant par les magistrats que par les commentateurs de décisions pénales, comme des décisions de jurisprudence ultérieures ont permis de s'en convaincre.

Pour conclure à l'existence d'un groupe susceptible de permettre aux dirigeants d'échapper aux sanctions visées aux articles 425 et 437 de la loi, la Chambre criminelle prend finalement en considération plusieurs éléments :

1. **Un élément positif**

L'utilisation de biens sociaux doit être dictée par un intérêt économique, social ou financier commun.

Cet intérêt « commun » doit être apprécié au regard d'une politique cohérente, élaborée pour l'ensemble du groupe.

2. **Des éléments négatifs**

L'utilisation de biens sociaux ne doit pas mettre en péril la société qui la supporte, ce qui implique :

(4) Paris, 14 févr. 1984, B. Rozenblum, préc. : Rev. sociétés 1985, p. 654, note B. Bouloc.

- que cette utilisation n'intervienne pas sans contrepartie,
- qu'un équilibre soit préservé entre les engagements des sociétés concernées,
- que l'utilisation de biens sociaux n'excède pas les possibilités financières de la société qui la supporte.

II. – LE ROLE DE L'EXPERT-COMPTABLE JUDICIAIRE DANS LA RECHERCHE DES ÉLÉMENTS DE FAIT PERMETTANT DE CARACTÉRISER LE DÉLIT D'ABUS DE BIENS SOCIAUX DANS LES GROUPES DE SOCIÉTÉS

Il convient maintenant d'examiner dans quels domaines des abus de biens sociaux peuvent être commis au sein des groupes ou d'ensembles de sociétés relevant de cette appellation. Il faut aussi rechercher comment, dans certaines situations, l'expert-comptable judiciaire, en se référant à la doctrine définie par la Chambre criminelle, s'attachera à réunir les éléments de fait permettant de caractériser ce délit.

1) *Domaine financier*

Les mouvements financiers entre sociétés apparentées interviennent souvent dans le cadre de conventions de gestion de trésorerie. Parfois aussi des prêts ou des avances de trésorerie sont consentis ponctuellement entre sociétés en relation les unes avec les autres à un titre quelconque.

Dans tous les cas, ces opérations doivent satisfaire aux exigences légales et, lorsque tel n'est pas le cas, elles constituent parfois un élément permettant de caractériser le délit d'abus de biens sociaux.

a) *Les conventions de gestion de trésorerie*

Les conventions de trésorerie peuvent prendre la forme de « convention de centralisation de trésorerie », appelée aussi « convention d'omnium », soit de convention de « fusion d'échelle d'intérêt » et « convention d'unité de compte ».

Les conventions de centralisation de trésorerie impliquent le plus souvent la mise en place d'une « structure pivot », qui remplit la double fonction d'emprunteur et de prêteur, ceci afin de procurer aux sociétés en déficit de trésorerie les disponibilités prélevées dans d'autres sociétés du groupe.

Les conventions de fusion d'échelle d'intérêt et les conventions d'unité de compte permettent, quant à elles, de réaliser une compensation financière entre les soldes débiteurs et les soldes créditeurs des comptes des différentes sociétés en présence.

Dans tous les cas, le but recherché est une utilisation optimale de la trésorerie de l'ensemble du groupe, laquelle coïncide, *a priori*, avec l'intérêt commun.

Mais, pour être licites, ces conventions doivent intervenir en conformité avec les textes applicables en la matière.

En premier lieu, elles doivent satisfaire à celles de la loi bancaire du 24 janvier 1984, ce qui implique l'observation des deux conditions visées à l'article 12-3° de cette loi :

- l'existence de liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres,
- que les opérations réalisées soient des opérations de trésorerie, au sens de l'article 12-3°. Cette notion n'est d'ailleurs pas définie mais l'on estime en règle générale que les opérations dont il s'agit doivent se rapporter à des liquidités.

Les conventions de trésorerie doivent, en second lieu, intervenir en conformité avec le droit des sociétés, ce qui implique :

- le respect des procédures d'approbation des conventions réglementées, visées aux articles 50, 101 et 143 de la loi du 24 juillet 1966,
- qu'elles ne présentent pas le caractère d'un abus de majorité ou d'un abus de biens sociaux, le premier résultant d'une décision de l'assemblée générale des sociétés concernées, le second étant le fait de leurs seuls dirigeants.

Un abus de majorité est envisageable dans l'hypothèse où les minoritaires d'une société du groupe seraient fondés à contester une opération de trésorerie au motif que, favorisant les majoritaires, elle aurait pour effet d'appauvrir cette société – avance consentie sans contrepartie suffisante, par exemple – et, également, serait réalisée contrairement à son intérêt général, apprécié en fonction de celui du groupe.

Cette hypothèse est assez peu probable en pratique mais ne peut être exclue.

Les abus de biens sociaux, commis par les seuls dirigeants, sont des délits plus courants et sans doute plus faciles à caractériser.

Il faut tout d'abord qu'il y ait eu un usage de biens, ce qui n'est pas contestable en matière de gestion de trésorerie puisque des fonds ont été mis à disposition. Il faut aussi que cet usage ait été contraire à l'intérêt de la société qui a supporté les avances.

Or pour apprécier si cet usage de fonds a été abusif, l'expert-comptable judiciaire devra très logiquement se référer aux conditions énoncées par la Chambre criminelle dans l'arrêt Rozenblum, pour, selon elle, « échapper aux prévisions des articles 425 et 437 de la loi du 24 juillet 1966 ». Cette décision avait été prise précisément en matière de concours financier.

Ces conditions sont, rappelons-le, l'existence d'un groupe, l'intérêt commun des sociétés du groupe et une politique cohérente.

La Cour a eu à plusieurs reprises l'occasion de confirmer sa position, qui a fait jurisprudence.

On peut citer à titre d'exemple un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 1990, confirmé par la

Chambre criminelle. Cet arrêt, malgré l'existence de liens en capital, n'a pas retenu l'existence d'un groupe, circonstance de nature à exonérer l'incrimination d'abus de biens sociaux, car aucune stratégie commune n'avait été définie entre les quatre personnes morales en cause, les seules similitudes des activités industrielles ne constituant pas un élément suffisant (5).

b) *Autres concours financiers*

Des mouvements financiers interviennent également au sein de groupes hors la mise en œuvre d'une convention de gestion de trésorerie. Les conditions de régularité évoquées précédemment leur sont applicables et il est clair que la mise en œuvre d'une convention ne constitue pas une obligation légale.

Mais des relations financières s'instaurent parfois entre des sociétés ne représentant pas cette entité économique, même si, pour justifier les avances consenties par une société à une autre, leurs dirigeants invoquent parfois l'intérêt commun du groupe.

Il serait illusoire de vouloir dresser une liste exhaustive des situations pouvant être critiquées au regard des dispositions des articles 425 ou 437 de la loi sur les sociétés commerciales.

On peut toutefois en citer certaines parmi celles qu'un expert-comptable judiciaire risque de rencontrer à l'occasion des missions qui lui ont été confiées.

Avances non justifiées par l'activité des sociétés concernées

Un cas fréquent est celui de sociétés placées sous le contrôle effectif de l'une d'elles mais qui ne concourent pas à la finalité de l'ensemble en raison de leur activité.

Les sacrifices financiers qui leur seraient demandés sans contrepartie réelle ou suffisante ou, à l'inverse, les subsides qui leur seraient alloués au détriment des autres sociétés en présence pourraient permettre de caractériser le délit d'abus de biens sociaux car de tels agissements sont de nature, voire même destinés, à favoriser les intérêts particuliers de tel ou tel dirigeant.

L'affaire précitée, jugée par la Cour d'appel de Paris le 17 décembre 1990 (6), illustre bien ces manquements.

Un dirigeant avait fait consentir, en sa qualité de président du conseil d'administration de la société S, des avances de trésorerie pour un montant de 606 186 F à une société C, dans laquelle il était associé majoritaire, et avait opéré des prélèvements à hauteur de 374 200 F dans la trésorerie d'un GIE dont la société S était membre et devenue créancière.

Statuant sur les appels des prévenus et de personnes morales, parties civiles, la Cour avait confirmé le jugement

de première instance, énonçant que le prévenu, « bien que détenant la majorité de S Frères et C, d'une partie du capital de M et étant en outre le dirigeant de ces sociétés et du GIE, ne peut soutenir l'existence d'un groupe en l'absence de tout autre élément ».

Comme indiqué précédemment, la Cour, quant à elle, avait observé que les seules similitudes des activités industrielles ne pouvaient suffire à caractériser l'existence d'un groupe.

Avances à une société civile

Un autre cas d'abus de biens sociaux peut, éventuellement, être caractérisé lorsqu'une société commerciale consent, au nom de l'intérêt de groupe, des avances à une société civile propriétaire des murs dans lesquelles elle exerce son activité. Il est convenu que ces avances, destinées à financer tout ou partie des travaux de second œuvre, seront remboursées par imputation des premiers loyers dus à la SCI.

Parfois aussi, les banques demandent à la société commerciale de cautionner à leur profit un emprunt souscrit par la société civile.

Si le capital de la société civile est détenu en quasi totalité par la société commerciale, ces avances et cautions n'appellent guère d'observation car elles ne mettent pas en péril l'équilibre financier de l'ensemble.

Mais il n'en va pas de même si, filiale ou non de la société commerciale, la société civile a pour détenteurs de son capital, dans des proportions significatives, les dirigeants de la société commerciale.

Le fait pour l'associé d'une SCI, indéfiniment responsable en vertu de l'article 1857 du Code civil, d'éluder en partie ou totalement sa responsabilité financière en utilisant des fonds prélevés dans la société commerciale constitue un avantage direct (ou indirect), visé par les articles 425-4 et 437-3 de la loi du 24 juillet 1966.

À supposer que l'on admette l'existence d'un groupe composé de deux sociétés, il paraît difficile d'invoquer l'intérêt de ce groupe en pareil cas.

Les sociétés civiles immobilières ne sont d'ailleurs pas les seules concernées par ce type de problème. On a vu des sociétés commerciales consentir, irrégulièrement, des avances à des sociétés civiles particulières dans lesquelles un ou plusieurs de leurs dirigeants avaient des intérêts. Mais le cas des sociétés civiles immobilières est sans doute plus fréquent.

Infractions aux dispositions de l'article 217-9 de la loi du 24 juillet 1966

On sait que ces dispositions ont trouvé à s'appliquer dans de nombreuses affaires et ont conduit les tribunaux à prononcer diverses décisions de condamnation du chef d'abus de biens sociaux de personnes intervenues dans des opérations jugées illicites.

(5) Cass. crim., 23 avr. 1991, RJDA 7/91, n° 602 ; CA Paris, 17 déc. 1990, 9^e ch. A.

(6) CA Paris, 9^e ch. A, Santucci et autres c/ Guy Degrenne.

Nous ne ferons toutefois que les mentionner car les situations litigieuses dont elles traitent n'intéressent, là encore, que l'ensemble formé par une société et sa filiale et non un groupe à proprement parler, même si un groupe se trouve parfois concerné.

Rappelons, en effet, que les opérations contestées ont pour objet le financement de l'acquisition, par une holding constituée à cet effet, d'une société dite « cible » à l'aide de sa propre trésorerie, ceci en recourant à des moyens susceptibles de mettre celle-ci en péril (Cf. arrêt, en date du 10 juillet 1995, Chambre criminelle de la Cour de cassation, affaire Pendariès).

Il ne semble pas utile, dans le cadre de cet exposé, de s'étendre sur des décisions maintes fois commentées. On peut cependant retenir que le caractère irrégulier des avances consenties par la société cible à la société mère n'est pas acquis si l'on ne peut établir l'existence d'un lien direct entre ces avances et l'acquisition des actions de la société cible.

Ainsi, dans un jugement du 5 juillet 1993, le Tribunal de grande instance de Paris (7), relevant dans un cas d'espèce que l'acquisition des actions de la société cible avait été de plusieurs années antérieure aux avances faites à la société mère, en a conclu que lesdites avances n'avaient pas été consenties « en vue » de cette acquisition et qu'en l'absence de lien direct il n'avait pas été contrevenu aux dispositions de l'article 217-9 de la loi de 1966.

2) *Domaine commercial et de gestion des entreprises*

Les décisions prises en matière commerciale et de gestion des entreprises ont nécessairement des implications financières. La distinction qui est faite ici entre le domaine financier et celui de la gestion courante de l'entreprise porte sur les formes que peuvent prendre les abus de biens sociaux commis au sein des groupes et non sur leur nature.

En toute hypothèse, les conditions énoncées par la Chambre criminelle pour échapper aux prévisions des articles 425 et 437 de la loi sur les sociétés commerciales s'appliquent de la même manière aux opérations relevant de la gestion des entreprises concernées.

Les formes que peuvent revêtir les abus de biens sociaux en ce domaine sont les plus diverses.

Cela peut être la conclusion d'un contrat désavantageant manifestement une société dominée au profit de la société mère ou d'une autre société dans laquelle les dirigeants sont personnellement intéressés.

Il peut aussi s'agir, dans le même contexte, de surfacturation, voire même de prestations fictives.

À titre d'exemple, on peut citer le cas de loyers excessifs facturés à des sociétés dans lesquelles un groupe familial

détient une participation majoritaire, les mêmes membres de cette famille détenant la totalité des parts de la société immobilière propriétaire des locaux.

Par contre, il a été jugé (8) qu'un avantage consenti par une société au profit de sa filiale ne permettait pas de caractériser un abus de biens sociaux si cette aide n'avait pas compromis la situation financière de la mère et qu'elle constituait une opération normale entre sociétés mère et filiale, le dirigeant n'en ayant retiré aucun profit personnel.

La procédure d'autorisation de certaines conventions prévue aux articles 50, 101 et 143 de la loi du 24 juillet 1966 a notamment une fonction de prévention des opérations irrégulières susceptibles d'intervenir entre sociétés apparentées.

La question se pose donc à l'expert-comptable judiciaire de savoir si le manquement à l'observation de cette procédure représente un élément de fait, constitutif du délit d'abus de pouvoirs.

La CNCC, dans un numéro spécial, de janvier 1999, traitant des conventions réglementées, fait sur ce point une réponse négative mais observe que, si les autres éléments constitutifs du délit sont réunis, l'inobservation de la procédure confortera le commissaire aux comptes dans son appréciation de la mauvaise foi du dirigeant à la convention.

L'expert judiciaire, dont la mission essentielle consiste à réunir les informations destinées au magistrat instructeur ou au magistrat appelé à juger, ne manquera pas, quant à lui, de signaler si la procédure relative aux conventions réglementées a été suivie ou pas.

3) *Domaine fiscal*

Il est clair que certaines règles de droit fiscal s'apparenteront aux règles de droit pénal.

Ainsi l'article 39 *ter* I-1° du Code général des impôts dispose que pour être déductible du revenu imposable en matière de bénéfices industriels et commerciaux, une dépense doit, notamment, se rattacher à la gestion de l'entreprise ou être exposée dans l'intérêt de l'exploitation, correspondre à une charge effective.

L'engagement par un dirigeant d'une charge qui ne répondrait pas à ces conditions correspond dans son principe à un abus de biens sociaux ou à une faute de gestion si le dirigeant n'y trouve aucun intérêt personnel.

On peut faire la même constatation lorsque des opérations interviennent entre sociétés juridiquement liées.

Ainsi l'administration fiscale tire-t-elle les conséquences des anomalies assimilables à des abus de biens sociaux qu'elle relève dans les relations intersociétés : absence de contrepartie lors de la fourniture de prestations ou de

(7) TGI Paris, 11^e ch. correctionnelle, 5 juill. 1993.

(8) Cass. crim., 20 oct. 1986 : BRDA 1986/23, p. 11.

biens, prêts accordés sans intérêts, mise à disposition de locaux sans loyer, etc.

Selon les cas, elle réintègre les sommes qu'elle estime déduites à tort du revenu imposable, évalue les prestations non facturées, etc.

Cependant l'identité d'appréciation des abus de biens sociaux par le juge pénal et par l'administration fiscale a ses limites.

Certaines opérations, licites, peuvent donner lieu à redressement de la part de l'administration fiscale, laquelle, en revanche, ne réagira pas si d'autres opérations, critiquables au regard de la loi sur les sociétés commerciales, ne se traduisent pas par une minoration de l'impôt.

Il convient, de ce point de vue, de remarquer que le régime fiscal spécifique applicable aux groupes de sociétés, institué par la loi d'intégration fiscale, a pour effet pratique d'alléger le formalisme que les sociétés appartenant à un même groupe devaient auparavant accomplir lorsqu'elles avaient à se facturer des prestations entre elles.

Le non-accomplissement de ces formalités, comme, par exemple, l'observation de formalités d'approbation préalable de conventions réglementées, est sans conséquence en matière d'impôt lorsque les sociétés en cause sont fiscalement intégrées.

Il en résulte un risque d'inobservation des conditions de régularité d'opérations intersociétés édictées par la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Certes, le régime d'intégration fiscale n'est applicable qu'à des sociétés détenues à hauteur de 95 % par leur société mère, ce dont il résulte que les minoritaires dont les intérêts sont susceptibles d'être lésés ne représentent qu'une faible part du capital. Mais il peut être dangereux qu'une certaine rigueur au plan juridique puisse ne pas être observée au bénéfice de la relative immunité fiscale conférée par le régime d'intégration.

4) *Domaine international*

Confronté, dans l'exécution de sa mission, aux problèmes soulevés par la recherche des éléments permettant de caractériser le délit d'abus de biens sociaux dans les groupes de sociétés, l'expert judiciaire se réfère à des textes codifiés et à une jurisprudence constante en la matière depuis une trentaine d'années. Il fait également appel à son expérience et aux connaissances pratiques qu'il a acquises au fil de ses missions.

L'internationalisation des groupes de sociétés et le développement des relations commerciales entre États sont, cependant, de nature à compliquer sa tâche à plus d'un titre.

En premier lieu, il peut se trouver en présence d'un groupe français, dont une filiale, située à l'étranger, relève du droit du pays dont il s'agit.

Les raisons justifiant la création de cette filiale à l'étranger sont le plus souvent tout à fait légitimes, répondent à des préoccupations commerciales et s'inscrivent dans une stratégie cohérente. Il n'en demeure pas moins que, même dans cette hypothèse, la tentation peut exister pour les dirigeants du groupe de favoriser cette structure au détriment des autres sociétés qu'ils contrôlent et, si cela est réalisé à des fins personnelles, un abus des biens sociaux est alors sous-jacent.

Parfois les raisons d'une implantation à l'étranger sont moins claires et peuvent participer de la volonté délibérée des dirigeants de se soustraire à la législation française en matière fiscale, juridique ou sociale. Dans ce contexte, le risque que des abus de biens sociaux soient commis est alors latent, sans pour autant qu'une suspicion soit attachée à toute opération réalisée avec une filiale ou une société mère établie à l'étranger.

La démarche de l'expert-comptable judiciaire va consister en pareil cas, dans un premier temps, à mettre en évidence les anomalies que l'on peut détecter à partir des structures françaises : existence de comptes débiteurs et de mouvements financiers non justifiés, déficits anormaux, pièces comptables non probantes.

Dans un deuxième temps, il peut sans doute aussi être utile à cet expert de bénéficier d'une certaine connaissance de la législation du pays concerné en matière de droit des sociétés, même s'il est vraisemblable que, confronté à des problèmes d'usage, et parfois aussi de langue, il ne pourrait accomplir seul des diligences très approfondies. C'est donc dans le cadre d'une commission rogatoire internationale et d'une collaboration avec les autorités judiciaires de l'État dont il s'agit qu'il pourrait être éventuellement amené à utiliser ses compétences et son expérience en la matière.

III. – **APERÇU SUR LES NOTIONS D'ABUS DES BIENS SOCIAUX ET DE GROUPE DANS LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES**

1) *La notion d'abus des biens sociaux dans les législations étrangères*

La notion d'abus de biens sociaux ou de ce qui en tient lieu dans les principaux types de législation étrangère a été étudiée par mon confrère André Fluchaire ; il est donc inutile de s'étendre outre mesure sur ce point.

Il faut notamment retenir de son exposé :

- que la terminologie littérale « d'abus des biens sociaux » n'existe pas dans les législations étrangères, encore que des termes très proches soient utilisés par certaines d'entre elles. Ainsi le Code pénal espagnol fait état en son article 295 de « la disposition frauduleuse des biens de la société » ;

- que la notion même d'abus de biens sociaux n'a pas d'équivalents dans certains systèmes juridiques étrangers, comme, par exemple, le système anglo-saxon, ceci en raison de fondements de ces droits étrangers très différents de ceux qui régissent le nôtre ;

- que, par contre, les manquements des dirigeants, assimilables aux abus de biens dans la législation française, sont appréhendés dans certains systèmes juridiques plus proches du nôtre par application combinée d'articles du Code pénal des pays concernés, traitant de l'abus de confiance et de la gestion déloyale.

C'est notamment le cas en droit espagnol, droit entièrement refondu en 1995, en droit helvétique ou en droit allemand.

2) La notion de groupe dans les législations étrangères

Pas plus qu'en France, le groupe de sociétés ne constitue, dans la plupart des législations étrangères, un sujet de droit mais il en est fait mention dans divers lois ou décrets.

Il en est ainsi, par exemple, en *droit espagnol*, étant observé, d'ailleurs, que le droit des sociétés de ce pays présente beaucoup de similitudes avec le nôtre. Si en Espagne, le groupe de sociétés n'a pas de personnalité morale, plusieurs dispositions législatives traitent du groupe, et plus spécialement :

- la loi du 26 décembre 1984, relative aux groupes bancaires ;
- la loi du 28 juillet 1988, relative au marché de valeurs ;
- la loi du 25 juillet 1989, relative aux comptes consolidés, dont les dispositions sont reprises sous l'article 42-1 du Code de commerce ;
- la loi du 17 juillet 1989, relative aux ententes.

Cependant, du fait de l'introduction extrêmement récente dans la loi du délit de « disposition frauduleuse des biens de la société », une jurisprudence comparable à celle issue des décisions de la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a guère eu la possibilité de voir le jour.

En *droit helvétique*, c'est notamment le Code des obligations, regroupant le droit commercial et le droit des sociétés, qui fait référence aux groupes de sociétés.

Ainsi est-il stipulé à l'article 663 e de ce code que « la société qui, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, réunit avec elle sous une direction unique une ou plusieurs sociétés (groupe de sociétés) doit établir des comptes annuels consolidés (comptes de groupe) ».

Il n'est pas sans intérêt, d'ailleurs, de noter que l'article 663 h dispose que « dans le rapport annuel et les comptes de groupe, on peut omettre les indications qui risquent de causer des préjudice importants à la société ou au groupe ».

Le délit d'abus des biens sociaux n'existant pas en droit pénal helvétique et comme les manquements qui lui sont assimilables peuvent être sanctionnés grâce à la combinaison des dispositions des articles du Code pénal n° 138,

relatif à l'abus de confiance, et 158, relatif à la gestion déloyale, il est difficile d'établir un parallèle avec la législation française. Mais ces articles ont bien sûr trouvé à s'appliquer en ce qui concerne les groupes de sociétés.

Qu'en est-il en *Allemagne* ?

La loi sur les sociétés par actions (Aktengesetz), modifiée le 6 septembre 1965, à la différence de notre loi française sur les sociétés commerciales, promulguée quelques mois plus tard, consacre la notion juridique de groupe, ce qui a permis de parler d'un droit allemand des groupes (Konzernrecht).

Les dispositions relatives aux groupes d'entreprises figurent dans la première partie du livre III de l'Aktengesetz, relatif aux « entreprises liées », sous l'article 291.

Le début de ce texte peut se traduire ainsi :

Livre III. – Entreprises liées

Première partie : Pactes d'entreprises (ou groupes d'entreprises)

Premier paragraphe : Natures des pactes d'entreprises

§ 291 : *Contrat de contrôle. Contrat de disposition du bénéfice*

1) *Les pactes d'entreprises sont des contrats par lesquels une société anonyme ou une commandite par actions soumet la conduite de sa gestion à une autre entreprise (contrat de contrôle) ou s'engage à verser la totalité de son bénéfice (contrat de versement de bénéfice) à une autre entreprise.*

Équivaut à un contrat de versement de la totalité du bénéfice un contrat aux termes duquel une société anonyme ou une commandite par actions engage sa propre entreprise pour le compte d'autres entreprises.

2) *S'agissant d'entreprises qui ne dépendent d'aucune autre aux termes d'un contrat d'unité de direction, sans que par là l'une d'elles soit dépendante d'une autre entreprise juridiquement dominante, le contrat n'est pas un contrat de contrôle.*

3) *Les prestations fondées sur un contrat de contrôle ou un contrat de versement de bénéfice ne constituent pas une infraction aux paragraphes 57, 58 et 60.*

Concrètement, l'existence juridique du groupe, liée à celle du contrôle de différentes sociétés par une holding, se traduit par la reconnaissance au groupe de la personnalité morale, par son immatriculation au registre du commerce, par la responsabilité du groupe au regard des engagements pris par ses filiales.

Les auteurs s'accordent généralement à estimer que cet apport législatif n'a pas produit les effets escomptés et que les déclarations de contrôle instituées par la loi allemande constituent un régime très contraignant.

Selon Madame Ducauloux Favard (9), l'une des juristes qui ont participé à l'élaboration du rapport Marini, la réforme allemande de 1965 aurait constitué un échec. Elle

(9) Rapport du sénateur Marini à Monsieur le Premier ministre Juppé, « La modernisation du droit des sociétés » (La Documentation française), annexe 1, p. 152.

visait à rendre transparente la structure des groupes, en organisant leur déclaration au registre du commerce. Cependant le nombre des déclarations de contrôle s'est révélé faible, ce qui a limité la portée de la réforme, même si le législateur allemand admet la notion de « groupe de fait ».

Les conséquences pénales de la non-observation des dispositions intéressant les groupes sont, notamment, visées aux articles 399 et 400 de l'Aktiengesetz et à l'article 331 du Code commercial (HGB) mais elles se rapportent à la présentation de bilans ou à la fourniture d'informations susceptibles de donner une impression trompeuse de la situation du groupe.

Ceci étant, la jurisprudence allemande compte aussi des décisions intéressant des groupes, suivant lesquelles ont trouvé à s'appliquer les articles 246, 263 et 266 du Code pénal allemand, relatifs, respectivement, au détournement d'un bien, à la tromperie et à la déloyauté. Il n'est évidemment pas possible de les citer ni de les commenter à l'occasion de cet exposé mais, sans doute, ne serait-il pas sans intérêt de tenter d'établir un parallèle avec la doctrine énoncée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Une démarche similaire pourrait d'ailleurs être menée avec profit en ce qui concerne d'autres législations qui, comme la loi française, ne considèrent pas le groupe comme un sujet de droit.

CONCLUSION

Au cours des dernières décennies les groupes de sociétés se sont créés et développés à la faveur de relations plus étendues et fréquentes entre des hommes et des entreprises.

Fondées parfois sur des affinités entre personnes physiques mais surtout sur des intérêts économiques, pour bénéficier d'effets de seuil ou de complémentarités, ces relations ont nécessairement engendré des conflits et des manquements.

Pour résoudre les uns et sanctionner les autres, le juge a puisé dans les sources législatives dont il disposait, constituées en France principalement par la loi sur les sociétés commerciales, modifiée et complétée à diverses reprises depuis sa promulgation en 1966.

Ainsi s'est construite au fil des ans une jurisprudence en matière d'abus de biens sociaux commis dans les groupes, qui, depuis l'arrêt Rozenblum, n'a guère évolué et qui tient lieu, en pratique, de référence pour toutes les décisions prises postérieurement à cet arrêt.

Mais il est clair que cette jurisprudence ne peut résoudre tous les problèmes présents et à venir.

En premier lieu, la notion même de groupe, plus économique que juridique, reçoit des acceptions non identiques selon que l'on se situe en matière fiscale, sociale, bancaire ou de droit des sociétés.

En second lieu la notion d'intérêt du groupe est plus difficile à cerner et plus sujette à discussion que celle d'intérêt social, à laquelle elle se substitue pour les besoins de la cause.

Enfin l'avènement de l'Europe et, plus généralement, l'internationalisation des groupes ne manqueront pas de poser des problèmes de plus en plus complexes au magistrat comme à l'expert judiciaire chargé de l'assister, ceci en l'absence d'une législation commune applicable aux groupes et, plus particulièrement en matière pénale, du fait de caractérisations des délits différentes d'un pays à l'autre.

Le délit d'abus de biens sociaux, création française sans véritable équivalent dans les systèmes juridiques étrangers, en est un exemple.

Certains en sont donc venus à rechercher s'il n'y aurait pas lieu de créer en France un droit des groupes. C'est en tout cas une idée émise par plusieurs des participants à la rédaction du rapport élaboré en 1996 sous la conduite du sénateur Marini, à la demande du Premier ministre de l'époque, rapport intitulé « La modernisation du droit des sociétés ».

Cette possibilité ne manque pas de susciter d'autres interrogations et, sans doute, une telle réforme rencontrerait-elle quelque difficulté.

Ainsi, un droit des groupes ne pourrait voir le jour sans que l'on ait préalablement conféré au groupe un statut juridique, une personnalité morale distincte des sociétés qui le composent et que l'on ait au préalable défini ce que l'on entend par groupe au plan juridique.

Comme on l'a vu la reconnaissance du groupe par la loi allemande de 1965 n'a, semble-t-il, pas produit les résultats escomptés.

Par ailleurs, la mise en œuvre d'un droit des groupes nécessiterait aussi une adaptation de notre législation pénale.

Ainsi, la présentation des comptes consolidés, qui relève d'une approche aussi économique que juridique, serait-elle soumise à des règles plus contraignantes. On serait sans doute conduit à créer un délit de « présentation de comptes consolidés ne donnant pas une image fidèle du groupe » et il n'est pas certain que la transparence des groupes s'en trouverait assurée pour autant.

Plus particulièrement en matière d'abus de biens sociaux – le sujet qui a retenu notre attention aujourd'hui – il y aurait lieu de définir l'intérêt du groupe en termes de droit puisqu'un délit se trouverait consommé dès lors que cet intérêt n'a pas été préservé.

Face à ces difficultés, certains se sont demandés s'il n'y aurait pas lieu, en toute hypothèse et par priorité, de renforcer les droits des minoritaires dans les sociétés membres de groupes.

Un autre thème de réflexion est l'harmonisation des législations française et étrangères en matière pénale car si, reconnus ou non au plan juridique, les groupes sont

une réalité que l'on peut appréhender selon des critères semblables dans différents pays, il est plus difficile de caractériser, par application du droit pénal de ces mêmes pays, le délit d'abus de biens sociaux ou les délits qui lui sont assimilables.

A fortiori, rechercher les éléments de fait permettant d'identifier de telles infractions dans les groupes internationaux représente une entreprise délicate, qui pourrait faire l'objet de nouvelles journées d'étude.

(*Applaudissements*)

Monsieur Burgelin. – On doit remercier M. Engelhard de sa recherche qui a dû lui demander un temps considérable, je le présume. Il m'a fait, en tous les cas, découvrir tout un aspect du droit commercial que je connais bien mal, je l'en remercie.

Nous allons passer tout de suite à la discussion à laquelle nous allons consacrer trois quarts d'heure. Ensuite, après une brève interruption, nous entendrons le rapport final, la synthèse de M. Fourcade.

Monsieur Ézéglian. – Monsieur le Procureur général, à entendre successivement les deux interventions de nos confrères Fluchaire et Engelhard, je me pose une question qui est la suivante : est-ce que l'heure n'est pas venue de dépenaliser tant soit peu l'abus des biens sociaux en France ?

Monsieur Burgelin. – M. Engelhard disait que son propos, s'il voulait le développer, nécessiterait une journée d'études. Je pense que l'idée que vous venez de lancer nécessiterait un long débat. Qu'est-ce que l'on peut dire là-dessus ? Je crois que l'exposé que nous a fait M. Fluchaire nous montre bien que, dans le domaine de l'abus des biens sociaux, il y a une grande diversité européenne et que la France se situe plutôt en pointe en ce qui concerne la pénalisation par rapport aux autres pays européens qui semblent s'en tirer avec le seul droit commercial ou le droit civil pour faire face aux éventuels abus.

Je pense qu'en tout état de cause, l'état politique de notre pays ne nous permet pas actuellement d'aborder cette question de façon sereine. C'est une donnée de fait à laquelle nous ne pouvons rien. Il se trouve qu'il y a à l'heure actuelle toute une série d'affaires qui impliquent des personnalités importantes du monde politique et du monde des affaires et que toute tentative de réforme qui tendrait à une dépenalisation de l'abus des biens sociaux serait immédiatement interprétée sur le plan médiatique et sur le plan politique comme une tentative de biaiser par rapport à une éventuelle amnistie et, par conséquent, ferait l'objet, j'en suis convaincu, d'un hourvari médiatique auquel il serait bien difficile à un législateur de résister.

Il ne faut pas oublier que s'il y avait une réforme tendant à la dépenalisation, en vertu de la rétroactivité des lois pénales plus douces, cette réforme aurait un effet amnistiant, en quelque sorte, par rapport aux affaires actuellement en cours. C'est une opinion personnelle, je

pense que tant que les grandes affaires que nous avons connues ces dernières années ne seront pas jugées, il est assez vain de penser que le législateur s'attaquera à cette dépenalisation de l'abus des biens sociaux.

En revanche, là aussi c'est une opinion personnelle, je pense que l'europanisation progressive de notre droit, europanisation à laquelle nous assistons dans bien d'autres domaines que celui qui nous intéresse cet après-midi, nous amènera nécessairement à harmoniser nos différentes législations et que dans ce domaine comme dans bien d'autres l'influence anglo-saxonne se manifesterait et se manifesterait dans le sens de la dépenalisation.

Donc je pense que, pour répondre à votre question, la dépenalisation de l'abus des biens sociaux ne me paraît pas à l'ordre du jour. Elle me paraît destinée à s'imposer en France dans un délai que seul Dieu, éventuellement, peut connaître.

Monsieur Dana. – Je ne pensais pas demander à nouveau la parole, mais étant donné la question légèrement provocatrice posée par mon confrère, je voudrais préciser qu'indépendamment des raisons que vous évoquez, Monsieur le Procureur général, concernant l'effet amnistiant des nouvelles lois pénales qui irait en ce sens, je me demande, si à l'exception d'une harmonisation européenne qui pourrait aller vers un adoucissement des sanctions relatives aux abus des biens sociaux, tant que des abus de biens sociaux sont commis au sein des sociétés, je ne vois pas de raison apparente pour dépenaliser ces abus. Je ne vois pas d'ailleurs ce qui a poussé mon ami et confrère à poser une telle question, sauf peut-être... une réaction imprévue « post prandiale ». En tout cas les exposés n'apporteraient pas à une telle conséquence. Je ne crois pas qu'il serait judicieux de dépenaliser ce type de délits. C'est tout ce que je voulais dire, Monsieur le Procureur général.

Monsieur Burgelin. – Personnellement, la raison que je verrais éventuellement c'est précisément l'influence anglo-saxonne grandissante dans notre législation.

Monsieur Jean Fleury. – Monsieur le Procureur général, vous avez parlé de l'exception française, on la connaît bien dans de nombreux domaines. Vous avez rappelé également que la législation française en matière d'abus des biens sociaux est en pointe par rapport aux autres pays. Je m'interroge sur une situation particulière que j'imagine, par exemple d'enquête et d'expertise en matière d'abus de biens sociaux dans une entreprise française multinationale ayant des filiales à l'étranger. L'expert a connaissance d'opérations qui, en droit français, pourraient être qualifiées d'abus de biens sociaux mais qui se situent dans des filiales à l'étranger.

Quelle sera son attitude et celle des magistrats ? Quel est le Droit qui sera appliqué ?

Mais il se trouve que si cela n'a pas d'impact direct dans les comptes de la société mère il n'en est pas de même dans les comptes consolidés qui sont présentés. Des intérêts minoritaires pourraient s'interroger. Or nous savons que les comptes consolidés ne sont pas soumis à l'appréciation des actionnaires. Voilà mon interrogation.

Monsieur Burgelin. – Nous sommes devant un problème classique, difficile à résoudre, mais un problème classique d'application cumulative de législations différentes. La règle en droit français c'est qu'il ne peut pas y avoir, dans des cas de ce genre, poursuite pénale s'il n'y a pas une double incrimination, c'est-à-dire s'il n'y a pas une incrimination à la fois dans le pays étranger et en France. Il faudrait donc dans cette hypothèse que le délit d'abus des biens sociaux soit puni dans les différents pays où se situe l'activité économique de l'entreprise.

Monsieur Jean Fleury. – Les minoritaires ayant connaissance de certaines opérations vous démontreront qu'ils sont lésés.

Monsieur Buthurieux. – Avant l'expert-comptable judiciaire, intervient le commissaire aux comptes, qui s'interroge tout autant, qu'il s'agisse d'une société, d'un groupe, et *a fortiori* d'un groupe mondial. À l'expérience plus que l'abus de bien social proprement dit, c'est l'outrance, la démesure, le déraisonnable qui sont révélés au Parquet et sanctionnés. La non-révélation par le commissaire aux comptes des faits délictueux, non significatifs et non délictueux, va du reste dans ce sens.

Notre confrère Fleury a raison d'évoquer les minoritaires d'un groupe consolidé. Bien que le plus souvent l'incidence financière d'un abus de bien social au sens des groupes se situe, pour un minoritaire, au niveau de la cinquième décimale, la résonance sociale dans le groupe et sociologique sur les marchés financiers pourra être forte et fâcheuse.

Il n'en reste pas moins que ce qui sera véritablement sanctionné, et ce qui doit l'être, sera, là encore, l'outrance et la démesure. Nous rejoignons alors parfaitement les Anglo-Saxons et il n'y a plus de problématique de textes juridiques différents. Le reste est broutilles. Il faut savoir passer par-dessus ces imperfections des textes, de l'ambiguïté et du doute et si nous ne recherchons et sanctionnons que l'outrance, magistrats et experts auront encore suffisamment de travail, en France et dans le monde.

Monsieur Burgelin. – Je suis tout à fait de votre avis.



Monsieur Didier Faury. – On constate dans les groupes de sociétés une pratique devenue courante qui consiste en

la facturation par la société mère de frais de siège à ses filiales. Ces facturations qui sont censées couvrir des prestations en matière de direction générale, informatiques, juridiques sont fréquemment réalisées de façon forfaitaire en appliquant un certain pourcentage au chiffre d'affaires des filiales et sans qu'il soit constitué de justificatifs sur la réalité, la nature et l'ampleur des prestations fournies.

Le seul fait que ce type de facturation forfaitaire soit généralisé et que les pourcentages appliqués soient considérés comme usuels ne me paraît pas suffisant pour dispenser les sociétés concernées de constituer des dossiers sur la réalité des interventions de la société mère.

Je remercie les orateurs de me donner leur avis sur cette question.

Monsieur Engelhard. – Il est clair que les prestations du siège doivent s'apprécier en tant que telles alors que leur répartition entre les filiales en fonction de leur chiffre d'affaires est une pratique courante en France, parfois sous couvert du régime d'intégration fiscale.

Je pense que, pour apprécier la réalité de ces prestations, tâche plus délicate lorsqu'il s'agit de groupe international, l'expert doit juger à partir des éléments dont il dispose en France. Mais dans ce contexte il peut aussi lui être utile d'avoir une connaissance de la législation du pays concerné ou, tout au moins, des sociétés en cause situées à l'étranger.

Ainsi, lors d'une mission intéressant un groupe comprenant une filiale aux États-Unis, il est apparu, à l'examen des comptes des sociétés concernées, qu'en ne répercutant pas à ladite filiale certains frais généraux lui incombant on avait artificiellement diminué, à son profit, le résultat de la société mère française.

Monsieur Fourcade. – Je crois que M. Faury n'a pas envisagé simplement le cas des frais de siège qui seraient facturés entre une société française et des sociétés étrangères. Ce problème se pose également entre sociétés françaises. On le rencontre fréquemment. Il est bien évident, je serais tenté de reprendre ce que disait M. Buthurieux à l'instant, que c'est peut-être l'outrance qui va amener le commissaire aux comptes ou l'expert judiciaire à se poser la question de savoir si ces frais sont ou non justifiés.

Il ne faut pas oublier que le fait pour une société d'appartenir à un groupe la fait bénéficier de toute une série d'avantages informels, sur le plan financier, sur le plan industriel, sur le plan de la recherche. Il est certain que si la petite société filiale de « rien du tout » allait toute seule solliciter certains crédits bancaires, elle serait moins bien accueillie que si elle se présente comme filiale d'un groupe connu. La contrepartie financière des prestations fournies par le groupe est très difficilement chiffrable. Par contre, le fait de recourir à un certain pourcentage de chiffre d'affaires peut paraître aberrant. Est-ce qu'il existe une mesure objective pour chiffrer ces prestations ? Ce n'est pas toujours évident.

On en vient à la question : Est-il raisonnable ou non de demander une contribution d'un certain montant aux dites filiales ?

Monsieur Cazalet. – Je souhaite apporter un témoignage en matière de contribution des filiales à la vie du groupe.

Économiquement la contribution apparaît en général justifiée, compte tenu des services apportés par la holding-maison mère : image, marketing, services techniques, finance, management, mais quid du quantum de cette contribution ?

La participation de grands groupes dans les appels d'offres ouverts par les collectivités locales dans de nombreux secteurs : assainissement, eau, cantines scolaires, transports urbains, etc., est assez caractéristique à ce sujet.

Les contributions aux frais de groupe ou de siège sont fixées forfaitairement (par exemple 10 %) et souvent par référence aux pourcentages des concurrents. Compte tenu du faible nombre de participants aux appels d'offres, il y a auto-crédation d'une donnée chiffrée rendue quasiment incontrôlable. Un seul remède, conseiller aux collectivités locales de ne pas retenir les sociétés qui n'acceptent pas le contrôle des éléments constitutifs de ces frais de siège.

En ce qui concerne enfin les abus de biens sociaux fondés sur des transferts de bénéficiaires à l'étranger, il convient de rappeler que le droit fiscal met à la disposition de l'expert-comptable judiciaire, à travers l'article 57 du Code général des impôts, un outil efficace de détection des transferts de bénéficiaires à l'étranger.

Monsieur Fluchaire. – Je voudrais indiquer les contacts que j'ai pris pour préparer cette intervention et faire deux petites remarques. Vous savez que nous avons un concœur, Hélène Bon, qui n'a pas pu se joindre à nous, et qui est président de la Fédération des experts-comptables européens. Il est évident qu'il y a un travail de rapprochement très important qui se fait, en particulier en ce qui concerne le problème de l'auditeur, le commissaire aux comptes français. Il y a effectivement une recherche non pas d'harmonisation mais d'une certaine possibilité de relations.

Par contre, ce qui est intéressant c'est de constater qu'au niveau de Bruxelles, ce qui est en train de se faire aujourd'hui n'est pas une recherche d'harmonisation, tout le monde a conscience que c'est très difficile, c'est une recherche de coopération.

Une bonne coopération entre les États pour accélérer les possibilités d'enquêtes et d'instruction est véritablement l'objectif. Aujourd'hui les responsables de Bruxelles raisonnent davantage en termes de coopération pour être efficaces, beaucoup plus qu'en termes d'harmonisation juridique, du moins c'est la situation actuelle.

Monsieur Engelhard. – En matière de transferts à l'étranger, sans doute faut-il d'abord rechercher s'ils ont été autorisés. On ne peut pas, en effet, transférer n'importe quels fonds à l'étranger. Il y a des procédures à respecter, des justificatifs à fournir.

Monsieur Cazalet. – La mondialisation à travers l'OMC engendre peu à peu la dérégulation des marchés et donc la liberté d'accès. Le problème ne réside donc plus dans les autorisations à obtenir à partir de justificatifs mais dans l'analyse des prix de transferts.



Monsieur Weiszberg. – Toutes ces considérations ne nous éloignent-elles pas du sujet ? Les articles L. 425-4° et L. 437-3° définissent une infraction à laquelle nous sommes, en qualité d'experts-comptables ou de commissaires aux comptes, très souvent confrontés. C'est pourquoi nous pouvons efficacement aider les magistrats lorsqu'ils nous demandent de vérifier l'éventuelle réunion de leurs éléments matériels.

Nous savons également que la notion d'intérêt social est très différente dans les groupes de ce qu'elle est dans les sociétés isolées. En tout état de cause, dans les deux cas, l'intérêt social est en opposition formelle avec l'intérêt égoïste des dirigeants, personnes physiques ou personnes morales, mais malgré notre bonne connaissance des mécanismes économiques et financiers des entreprises, la distinction est pour nous également souvent très difficile à faire.

C'est pourquoi dans les recherches qui nous sont confiées, aider les magistrats ce peut être seulement montrer comment les prélèvements se sont faits, et ce qu'il en est advenu. En revanche, il nous est bien souvent très difficile de mettre en évidence dans des groupes complexes, les organisations de transferts de fonds, de structures, d'intérêts au profit d'une ou plusieurs sociétés. Ces mécanismes paraissant avoir été mis en place pour le meilleur bénéfice de l'ensemble peuvent en fait concerner clandestinement, en tout ou partie, l'intérêt personnel de dirigeants, personnes physiques ou personnes morales, directs ou indirects.

Cela se retrouve quelquefois à travers des montages très compliqués, par exemple des plans ou contrats d'épargne d'entreprise, des investissements hors des frontières, des échanges de financements dans des pools de trésorerie...

Je pense que nos recherches techniques d'experts judiciaires concernent donc principalement l'identification, l'analyse des prélèvements, l'interprétation de leur nature et la présentation de leur synthèse. Pour ce qui concerne l'appréciation de l'intérêt social pour un groupe particulier, je dois dire avec beaucoup d'humilité parce que je suis également commissaire aux comptes, et qu'en cette qualité il m'arrive souvent de douter de ce que j'observe et qu'alors je suis bien incapable de savoir et de dire ce

qu'est l'intérêt social ou ce qu'il devrait être. Est-ce l'intérêt des associés, est-ce l'intérêt des travailleurs dans l'entreprise individuelle, des travailleurs dans le groupe, est-ce l'intérêt de l'État, est-ce celui des dirigeants qui doivent trouver intérêt à diriger ?

Après tout ce que j'ai appris aujourd'hui, je vais tenter de rester humble et m'en tenir seulement à rechercher et interpréter les faits matériels, laissant au juge le soin d'en apprécier la portée juridique.

(Applaudissements)

Monsieur Burgelin. – Ce que vous dites est irréfutable, cela me paraît évident. Cela dit il faut aider le juge et, par conséquent, il est nécessaire que vous portiez vos investigations partout où il vous est demandé de les porter. Donc s'agissant d'une possible opposition entre l'intérêt du groupe de sociétés et l'intérêt social la difficulté me paraît effectivement considérable. Je n'ai pas eu l'occasion personnellement d'instruire de tels dossiers. Je ne sais pas si mon collègue a ce type d'expérience ?

Monsieur Zanoto. – Je pense qu'il faut distinguer deux grands cadres. Il y a les transferts de fonds qui vont se faire à partir d'une filiale vers une société mère dans le cadre de conventions de trésorerie ou d'assistance administrative. Alors c'est vrai, on est parfois un peu désarçonnés, tous les groupes pratiquent ce type de transfert qui obéit en dehors de certaines perversions à une rationalité au niveau du groupe.

Que cherche donc le juge ? Son souci est de s'assurer que l'on a affaire à des transferts qui sont conformes à une pratique, que ces transferts sont conformes à l'intérêt social de la filiale. Qu'est-ce que l'intérêt social ? La définition de l'intérêt social que j'apporterai sans rentrer dans une sémantique doctrinale entre intérêt des associés ou intérêt de la personne morale est tout simplement, est-ce que cette opération a une contrepartie ?

Si c'est le cas, je crois qu'il n'y a rien à dire. Si, en revanche, la société filiale qui supporte ces avances doit, parallèlement, payer les honoraires de comptables, de services informatiques, de conseils extérieurs, on peut s'interroger sur l'existence de la contrepartie réelle qu'apporte la société mère. Mais s'il y a un vrai service fourni par la société mère, il n'y a rien à dire.

Le deuxième cadre c'est de savoir si derrière un montage ne se cache pas *in fine* la poche du dirigeant social. Là, on est dans un cadre totalement différent, beaucoup plus grave, beaucoup plus frauduleux. Il appartient au juge aidé de l'expert d'essayer de démanteler cela.

Voilà, à mes yeux, les deux grands cadres qui se présentent en la matière.

Monsieur Gaillard. – J'ai cru comprendre qu'un certain nombre de nos confrères souhaiteraient qu'on dise un mot de la prescription.

Monsieur Burgelin. – Si vous pensez que c'est un sujet qu'on peut épuiser en un mot... Qui voudra lancer le sujet ? Sur quelle base ? Il faut que quelqu'un se dévoue pour poser la question, question qui fâche...



Monsieur Courmes. – Il y a de cela deux ans environ, une proposition de loi d'origine parlementaire, visant une meilleure fixation du point de départ de la prescription, avait été déposée. La presse s'en est emparée, et le projet a été immédiatement abandonné.

La question posée se trouve donc la suivante : Dans le contexte actuel, une vraie réforme de cette prescription est-elle possible ?

Monsieur Burgelin. – Il y a eu, je crois, plusieurs propositions qui ont toutes été abandonnées dans la mesure où, comme je l'évoquais tout à l'heure à propos de la réforme de la dépénalisation de l'abus des biens sociaux, elles ont été perçues comme des tentatives pour faire échapper les hommes politiques, les dirigeants d'entreprises à la loi pénale et aux poursuites dont ils faisaient l'objet.

Mon sentiment personnel, je vais peut-être relancer le débat en m'exprimant directement, c'est qu'on ne pourra traiter cette question que par le haut, c'est-à-dire en réfléchissant sur la notion de prescription.

Qu'est-ce qu'a voulu le législateur ? Le législateur napoléonien ? Cela remonte au début du XIX^e siècle, peut-être plus haut encore, il n'est pas impossible qu'on le retrouve dans les ordonnances de Colbert à la fin du XVII^e siècle, je ne saurais l'affirmer. La prescription traduit depuis le Code d'instruction criminelle et le Code pénal de Napoléon, la volonté du législateur de l'époque de considérer que l'écoulement d'un certain temps équivalait à une non-poursuite des affaires pénales parce qu'on estimait à l'époque que la poursuite était susceptible de troubler l'ordre public plus que la non-poursuite.

On pensait aussi qu'au bout d'un certain temps la preuve disparaissait, qu'on risquait des erreurs judiciaires. Donc il y a eu un consensus au début du XIX^e siècle pour admettre que les crimes se prescrivent par dix ans, les délits trois ans et les contraventions par un an. On a vécu pendant un siècle à peu près sans que la question de la prescription soit posée. Elle n'a été posée, à ma connaissance, la première fois qu'à propos du recel, je crois à la fin du XIX^e siècle. La Chambre criminelle a estimé que s'agissant du point de départ de la prescription, il fallait prendre comme point de départ, non pas le jour de la

réception de l'objet volé ou détourné, mais celui où l'objet recelé avait été découvert. Pourquoi ? Parce que la Chambre criminelle avait estimé à l'époque que tant que l'objet n'était pas découvert l'infraction restait secrète et qu'il était donc impossible d'entamer une action publique.

Cela a été la première exception que la jurisprudence a apportée à la règle traditionnelle selon laquelle le point de départ de la prescription était la commission du fait.

Du recel on est passé à l'abus de confiance, de l'abus de confiance on est passé à l'abus des biens sociaux. Il y a donc maintenant deux catégories de délits. Tous les crimes, c'est bien clair, ont pour point de départ de la prescription la commission du crime. Le Code est très clair là-dessus.

S'agissant du délit, le Code est un peu moins clair. Ce qui est sûr c'est qu'en lui-même il ne fait aucune distinction. Toutes les distinctions ont été apportées par la jurisprudence. Cela ne résulte pas du texte lui-même. On en est arrivé au système actuel qui me paraît avoir l'inconvénient d'avoir une base légale très floue. Pourquoi telle infraction a tel point de départ, pourquoi telle autre a un autre point de départ ? C'est à mes yeux la confusion intellectuelle la plus complète.

On parlait ce matin de la corruption, c'est typiquement le délit clandestin. Si on était logique les juges devraient dire que le point de départ du délit de corruption est le jour de la découverte du pacte de corruption et pas, comme c'est le cas à l'heure actuelle, la corruption elle-même qui est l'acte le plus clandestin que l'on puisse imaginer en matière pénale.

Nous sommes donc en pleine confusion et cela, à mes yeux, a un grand inconvénient quant à la crédibilité de notre droit et il me paraît certain que la confusion française dans ce domaine n'est pas de nature à donner une grande crédibilité à notre procédure pénale. Je pense qu'il serait très heureux de trouver une solution claire à ce problème, solution qui n'apparaisse pas comme une tentative de blanchir une certaine catégorie de délinquants que l'on voudrait protéger.

Il y a une idée qui est très simple, ce serait de préciser dans la loi que tous les délits ont le même point de départ de prescription, tous sans exception, quitte à allonger, si on le souhaite, ce délai de prescription. On le porte à quatre ans, cinq ans, six ans là-dessus la discussion est ouverte.

Ce qu'il me paraît surtout nécessaire d'introduire c'est la clarté. Notre système actuel donne un sentiment, comment le qualifier, d'incertitude. En réalité les juges ont apporté au Code de procédure pénale des distinctions assez arbitraires.

Je serais incapable de vous dire à l'heure actuelle pourquoi les points de départ de telle ou telle prescription de délits sont différents. Je pense que, dans un souci de donner une image plus évidente, plus lumineuse, notamment aux partenaires étrangers, il conviendrait d'unifier le système de la prescription des délits, tout simplement en adoptant le même point de départ pour tous les délits quitte à allonger la durée de la prescription.

Encore une fois je dois vous rappeler que la notion de prescription est loin d'être universelle, que nous avons en

Europe, par exemple en Grande-Bretagne, des pays qui ignorent la prescription. En Angleterre il n'y a pas de prescription des délits. On pourrait – on peut s'interroger là-dessus – parfaitement envisager la disparition de la notion de prescription, considérer qu'on revient sur les idées napoléoniennes, considérer qu'il n'y a pas lieu de tirer une conséquence juridique de l'écoulement du temps. C'est d'ailleurs un petit peu ce qu'on fait, il faut bien le reconnaître, dans certains cas – je pense aux crimes qui ont le plus traumatisé l'opinion. On est arrivé parfaitement, en faisant des actes interruptifs de prescription tous les sept ou huit ans, à maintenir, de façon il faut bien le dire assez artificielle, en état de poursuite des crimes qui remontent souvent à dix, vingt, trente ans. Actuellement il y a des instructions à Paris qui touchent des crimes qui ont plus de vingt-cinq ans, dont la prescription a été interrompue par des actes adéquats.

Il faut bien reconnaître que c'est là aussi un peu artificiel et à titre personnel je ne verrais pas d'inconvénient majeur à ce qu'on fasse disparaître la prescription de notre droit. Pourquoi pas ? Simplement ma seule idée c'est qu'il faut que notre système soit limpide. Or actuellement il ne l'est pas. Il faut trouver un moyen de revenir à la limpidité.

(Applaudissements)



Monsieur Amata. – Effectivement cette question nous agite, nous interpelle. S'il faut que cette prescription soit limpide, je pense qu'il ne serait pas mauvais qu'elle soit également cohérente. En effet, vous nous avez rappelé les délais de prescription en matière pénale : un an les contraventions, les délits trois ans, les crimes dix ans.

Étant donné que vous n'avez pas limité le sujet « prescription », je pensais à la prescription civile de nos propres travaux. Je crois qu'en la matière les travaux des avocats sont prescrits par trois ans, ceux des commissaires aux comptes par dix ans et les nôtres par trente ans.

Je voudrais donc avoir votre avis, si vous le permettez, sur le délai de prescription des travaux des experts judiciaires que nous sommes, comparé aux délais de prescription qui viennent d'être rappelés.

Monsieur Burgelin. – Là vous rentrez dans le domaine de la prescription civile, nous ne sommes plus dans la prescription pénale, c'est un autre domaine. Là il faut bien reconnaître que notre législation n'est pas d'une limpidité très grande et que, suivant les domaines, la prescription va de trois mois en matière de presse jusqu'à trente ans, si je comprends bien, pour vos travaux. Je pense même qu'il y a peut-être des cas où la prescription est encore plus longue, je n'en sais rien. C'est un tout autre domaine que la prescription pénale, la prescription de l'abus des biens sociaux dont on parlait tout à l'heure. Le délai de trente ans que vous évoquez, je dois dire que je ne le connaissais pas jusqu'à cet instant. Je ne sais pas si cela correspond réellement aux nécessités de votre profession ou non.

Monsieur Amata. – Un de mes confrères qui vient d'être honoraire m'interrogeait sur ce sujet. Comme il

vient d'être honoraire à l'âge de soixante-dix ans il ne retrouvera vraiment une tranquillité d'esprit que lorsqu'il sera centenaire.

Monsieur Burgelin. – J'ai lu dans la presse la semaine dernière que la moitié de la population française avait espoir de venir centenaire, surtout la moitié féminine, au XXI^e siècle !

Je vous propose de suspendre la séance.

La séance est reprise.

Monsieur Burgelin. – Nous allons clôturer cette journée en écoutant d'abord le rapport de synthèse présenté par M. Fourcade à qui je donne la parole.



RAPPORT DE SYNTHÈSE

Présenté par Monsieur Jean FOURCADE

Expert agréé par la Cour de cassation

Il y a vingt ans, le président Thorin, rapporteur général du Congrès de notre compagnie tenu à Versailles et consacré à l'étude des groupes de sociétés, commençait ainsi son rapport de synthèse :

« La Compagnie nationale des experts judiciaires en comptabilité, encore une fois, au cours de son congrès annuel, a voulu apporter sa contribution à l'analyse de l'évolution des théories juridiques et de la pratique du droit. En le faisant elle entend marquer sa place, si modeste soit-elle, dans la famille judiciaire et son rôle dans la préparation de la décision de justice. ... »

L'expert sait déjà, et c'est là l'essentiel, que de la précision et de l'étendue de ses travaux va dépendre, pour une part importante, la décision qui sera rendue ».

Ces propos sont toujours d'actualité. Nos travaux et les échanges fructueux auxquels ils ont donné lieu, montrent que s'il est un domaine, aujourd'hui, où la contribution de l'expert-comptable judiciaire à l'œuvre de justice peut être importante, c'est celui de la recherche des abus de biens ou du crédit des sociétés commerciales.

I. – L'ABUS DES BIENS OU DU CRÉDIT : UN CONFLIT D'INTÉRÊTS

Les articles 425 § 4 et 437 § 3 de la loi du 24 juillet 1966 visent et sanctionnent, éventuellement, les conflits d'intérêt entre :

- l'intérêt social, l'usage des biens ou du crédit de la société ne devant pas être contraire à l'intérêt de celle-ci ;
- et l'intérêt personnel du dirigeant (de droit ou de fait), celui-ci ne devant pas faire prévaloir son propre intérêt sur l'intérêt social.

Le souci du législateur se conçoit aisément : la société est une entité différente de son dirigeant, même s'il en contrôle la majorité du capital (ce qui au demeurant est de moins en moins vrai dans les grandes sociétés et les multinationales où les dirigeants ne sont que des préposés des détenteurs du capital).

Le délit a été institué dans les SARL et les sociétés par actions.

Le gérant d'une EURL (bien que par définition seul associé) pourra faire l'objet de poursuites pour abus de biens sociaux, alors que le délit n'a pas été institué dans les sociétés de personnes qui pourtant détiennent aussi un patrimoine. Et que dire de certaines associations qui fonctionnent à l'instar de grandes entreprises, et dont le patrimoine pourra être l'objet des mêmes convoitises de la part de dirigeants peu scrupuleux ? La loi sur les sociétés commerciales vise, par les articles 425 et 437, des comportements spécifiques. La gestion des entreprises personnelles ou non commerciales et des sociétés de personnes, est sanctionnée par d'autres textes (abus de confiance...).

Le dirigeant ne pourra donc pas disposer des biens de la société comme des siens propres. Cela se comprend aisément :

- sur le plan de l'éthique et de la morale ;
- sur le plan économique : outre les intérêts des associés, il s'agit de protéger les biens sociaux dans la mesure où ceux-ci sont le gage des créanciers ;
- sur le plan social : les agissements des dirigeants pouvant mettre en danger le devenir de l'entreprise, donc de l'emploi.

La loi n'a voulu sanctionner que les actes de gestion frauduleux, ce qui implique la distinction entre la faute de gestion susceptible de sanctions civiles, et les actes frauduleux sanctionnables pénalement.

Le rappel de ces quelques grands principes nous a amenés à envisager, avec Monsieur Preud'homme, un certain nombre de problèmes :

- À partir de quand un acte pourra-t-il être considéré comme contraire à l'intérêt social ?
- Que faut-il entendre par intérêt personnel contraire à l'intérêt social ?
- Comment distinguer la faute de gestion d'un comportement frauduleux ?

Nous avons essayé de répondre à ces questions, à la lumière des décisions de jurisprudence, compte tenu des difficultés d'interprétation nées de l'imprécision des textes.

Toutefois, certaines décisions apparemment contradictoires ont pu créer un climat d'incertitude abondamment commenté.

1° Actes contraires à l'intérêt social

C'est volontairement que nous n'avons pas abordé certains cas simples relevant d'une volonté manifeste d'appropriation des biens d'une société. Je rappellerai, et cette liste n'est pas exhaustive :

- le prélèvement de fonds dans la caisse sociale ;
- la mise à la charge de la société de dépenses personnelles ;
- le versement de salaires à des proches pour des emplois fictifs ;
- le cautionnement par la société d'engagements personnels de certains de ses dirigeants...

Il existe en effet des cas plus complexes qui ont retenu notre attention :

a) Soit qu'ils posent un problème d'appréciation : par exemple à partir de quel montant la rémunération d'un dirigeant pourra-t-elle être considérée comme excessive ?

b) Soit qu'ils posent la question plus générale de l'adaptation des décisions de gestion à la conformité de l'objet

social. Il en est ainsi de la prise de risques dans des opérations financières et/ou industrielles.

Nous avons souligné que la prise de risques était inhérente à la liberté d'entreprendre et à la gestion des entreprises. L'adage populaire dit bien : « Qui ne risque rien n'a rien ».

La jurisprudence a retenu comme actes contraires à l'intérêt social :

- un risque de perte auquel l'actif n'aurait pas dû être exposé ;
- un risque inutile ;
- un risque excessif ou anormal.

Ce qui conduit à rechercher le caractère normal ou anormal de l'acte de gestion, donc sa conformité à une norme non précisément définie.

Où, dès lors, placer la frontière entre le tolérable et le punissable, avec le danger d'assimiler l'erreur de gestion (le dirigeant comme tout un chacun a droit à l'erreur) à la faute pénale ?

c) S'est également posée la question de la non-conformité de l'acte de gestion à la loi. Aussi choquant que cela pourrait paraître sur le plan des principes et sur le plan moral, un acte illicite constituera-t-il nécessairement un acte contraire à l'intérêt social ?

Ainsi :

- le fait de verser des commissions occultes pour obtenir un marché profitable à la société ;
- l'existence d'une caisse noire destinée à verser des rémunérations en économisant des charges sociales et fiscales, au bénéfice de l'entreprise...

Ces opérations profiteront dans un premier temps à la société.

Toutefois, la société personne morale pourra quant à elle encourir des sanctions pénales qui risquent de lui être très préjudiciables. La Cour de cassation, dans son arrêt du 27 octobre 1997 (arrêt Carignon), a estimé que « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social, car il expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants, et porte atteinte à son crédit et à sa réputation ».

d) Il reviendra à l'accusation de rapporter la preuve de cet usage abusif, mais dans certains cas on va assister à un renversement de la charge de la preuve :

- en cas de caractère occulte ou clandestin de l'opération, qui sera alors présumée délictueuse ;
- ou en l'absence de justification de certaines dépenses : ce sera par exemple au dirigeant de justifier du caractère social des frais de mission ou de déplacements qu'il a fait prendre en charge par la société.

2° Actes accomplis à des fins personnelles

Le texte est apparemment clair. L'usage des biens ou du crédit de la société doit avoir été effectué à des fins personnelles, ou pour favoriser une autre entreprise dans laquelle le dirigeant a des intérêts.

Le dirigeant intervient donc dans un intérêt égoïste.

Au-delà de la notion d'enrichissement, la jurisprudence a fait une application de l'intérêt personnel de plus en plus extensive, retenant des notions particulièrement floues, telles le souci d'entretenir ou de maintenir des relations « d'amitié » ou de « bonnes relations », ou la recherche d'un prestige, d'une notoriété...

D'autres cas peuvent poser problème :

Qu'en est-il du dirigeant qui s'attribue une partie des recettes pour éviter ainsi d'être fiscalisé, alors qu'il aurait très bien pu s'attribuer un salaire dont le montant n'aurait pu être considéré comme anormal ? Qu'en est-il de l'intérêt personnel qui n'est pas exempt de l'intérêt social ?

Mais il ne sera pas seulement nécessaire que l'acte incriminé ait été contraire à l'intérêt social et effectué dans un but personnel. La loi exige en outre la mauvaise foi et la connaissance qu'avait le dirigeant que l'acte lui était bénéfique tout en étant contraire à l'intérêt social.

Mauvaise foi et connaissance pourront se déduire des circonstances de fait : clandestinité, artifices comptables...

3° La nécessaire distinction entre la faute et la fraude

On ne peut que regretter la tendance des justiciables à recourir systématiquement à la voie pénale pour la mise en cause de la responsabilité des dirigeants, alors que dans bien des cas, le recours à des sanctions civiles, d'ailleurs expressément prévues par les textes, paraîtrait plus adapté.

Outre les dispositions générales de l'article 1382 du Code civil, je rappellerai que les articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966, rédigés en des termes identiques, prévoient la responsabilité, individuelle ou solidaire, envers la société ou envers les tiers, des gérants ou administrateurs, en raison des fautes commises dans leur gestion, de la violation des statuts, d'infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SARL ou aux SA.

Par ailleurs, les dispositions des articles 180 à 182 de la loi du 25 janvier 1985 prévoient certaines sanctions à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la personne morale. Ces sanctions seront applicables en cas de faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif, ou en cas de certains manquements, par exemple : les dirigeants qui auront disposé des biens de la personne morale comme de leurs biens propres, ou qui auront fait des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, dans un but personnel ou pour favoriser une autre entre-

prise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement – définition qui reprend celle des articles 425 et 437 (sans exiger la mauvaise foi et la connaissance qu'avait le dirigeant que l'acte était contraire à l'intérêt social).

Cette tendance s'explique par les facilités qu'offre la voie pénale :

– pour la recherche des preuves dans le cadre d'une instruction judiciaire, avec la mise en œuvre des moyens dont dispose le juge d'instruction ;

– en raison des délais de la mise en œuvre des procédures, le point de départ de la prescription fixé par la jurisprudence pénale permettant de remonter dans le temps, quasiment sans limite, disent certains. Mais, on sait que le délai de prescription court à partir de la connaissance que la victime (la société) ou son représentant pouvait avoir de l'infraction, par des actes objectifs.

II. – LES RÉPONSES DE L'EXPERT-COMPTABLE JUDICIAIRE AUX PROBLÈMES POSÉS PAR L'APPLICATION DES ARTICLES 425 § 4 ET 437 § 3

L'assentiment des associés (autorisation préalable ou quitus) ne saurait faire disparaître le caractère délictueux de l'acte.

Les dirigeants peuvent en effet avoir la majorité au sein des instances délibérantes. Les associés peuvent en outre avoir été abusés, et leur approbation serait ainsi dénuée de toute valeur significative.

Aussi, le juge devra en définitive apprécier si l'acte incriminé est ou non contraire à l'intérêt social.

La démarche de l'expert-comptable judiciaire pour répondre aux attentes du juge, comme nous l'a montré Monsieur Ezeghian à l'examen d'un certain nombre de cas pratiques, consistera tout d'abord à se replacer au jour de l'accomplissement de l'acte incriminé. Il devra étudier les faits, se plaçant dans le contexte de l'époque, analyser leur enchaînement, préciser les mécanismes frauduleux utilisés et rechercher les conséquences pour la société du comportement reproché.

Il devra, pour ce faire, définir ce qu'aurait dû être le comportement « normal » du dirigeant, en tenant compte de l'évolution des mentalités. On est passé en effet du concept de « bon père de famille » à celui d'« entrepreneur prudent et avisé », avant d'exiger du dirigeant le respect d'un « devoir de loyauté », notions tout aussi floues les unes que les autres.

Dans ces conditions, l'expert devra rechercher si le dirigeant a apporté à la conduite des affaires sociales la compétence et la prudence nécessaires, eu égard aux usages et pratiques du secteur d'activité dans lequel s'insérait la ou les sociétés concernées. Par exemple :

– A-t-il été envisagé une approche réaliste du risque encouru ?

– La décision incriminée a-t-elle été prise à la suite d'études préalables pour en mesurer l'impact, les chances de succès, les retombées économiques ?

– Le dirigeant s'est-il entouré de conseils avisés dans le cadre d'une gestion prospective ? Et a-t-il suivi ces conseils ?

– La société disposait-elle des ressources financières suffisantes pour entreprendre les opérations envisagées ?

Les conséquences des actes incriminés devront être précisées : importance des pertes subies, du manque à gagner... Si la jurisprudence n'exige pas l'existence d'un préjudice, il est néanmoins nécessaire que le juge connaisse l'incidence réelle des faits reprochés sur la situation de l'entreprise.

L'expert devra également rechercher les éléments de fait permettant d'établir l'intention frauduleuse. Les dirigeants savaient-ils que les opérations effectuées étaient contraires à l'intérêt social ? Cette connaissance pourra résulter :

- des difficultés financières de la société à l'époque ;
- des mises en garde des organes de contrôle (commissaires aux comptes) ou des conseils (experts-comptables, bureaux d'études, experts financiers, etc.) ;
- de la clandestinité des opérations effectuées ou de leur dissimulation dans les comptes.

Des informations utiles pourront être également apportées au juge pour fixer le point de départ de la prescription : l'information des actionnaires a-t-elle été faite dans des conditions leur permettant d'avoir une connaissance précise des opérations incriminées ? Le rapport spécial du commissaire aux comptes sur les conventions réglementées apportait-il une information suffisante et complète ?

Les investigations de l'expert-comptable judiciaire pourront également s'étendre à la recherche de l'intérêt personnel des dirigeants : par exemple, pour établir le caractère déséquilibré ou non des relations économiques et financières intervenues entre la société et d'autres entreprises dans lesquelles ses dirigeants avaient des intérêts directs ou indirects.

Que dire de la recherche de l'intérêt personnel quand il s'agit du maintien ou de l'établissement de liens amicaux ou privilégiés ?

Il n'existe pas de technique spécifique en matière de recherche des abus des biens sociaux, car l'imagination des fraudeurs est sans limite. Chaque expertise constituera un cas particulier.

Certains axes de recherche s'imposeront toutefois à l'expert dans les limites de la mission qui lui a été impartie. Outre certains renseignements sur le fonctionnement de la société sur les plans juridique et économique, l'étude de l'évolution de l'activité à travers les derniers bilans et comptes de résultat, l'expert devra être plus particulièrement attentif à certains postes « sensibles » (les zones de risques). L'étude des écritures dites de régularisation, qui interviennent généralement en fin d'exercice, se révélera instructive lorsqu'il s'agira de démasquer dans les comptes certains comportements répréhensibles.

L'analyse des procès-verbaux des conseils d'administration et des assemblées, de la correspondance reçue ou échangée avec des actionnaires, des administrateurs, des conseils de la société ou avec les commissaires aux comptes, l'analyse des rapports reçus de tiers sur les opérations incriminées, pourront constituer une source d'information à ne pas négliger.

Il conviendra également de procéder à une analyse des comptes courants des dirigeants et de leurs comptes bancaires personnels, voire de ceux de leurs proches, qui pourront révéler une utilisation abusive des biens sociaux.

L'expert-comptable judiciaire apportera à la fois son expérience de conseil et de censeur des comptes, son indépendance, sa connaissance des mécanismes comptables, pour rechercher et quantifier les faits dissimulés et les stratégies mises en place pour leur donner une apparence de régularité.

III. – L'EXISTENCE D'UN GROUPE PEUT-ELLE SERVIR DE JUSTIFICATION À CERTAINS FAITS QUI AURAIENT ÉTÉ SUSCEPTIBLES DE RECEVOIR UNE QUALIFICATION PÉNALE ?

L'existence d'un groupe de sociétés élargit le concept d'intérêt social : on parlera de politique du groupe, d'intérêt du groupe. Son existence sera invoquée pour légitimer certains agissements susceptibles d'être qualifiés par le juge d'abus de biens sociaux.

En l'absence de dispositions légales, la jurisprudence a élaboré un « droit des groupes », reposant essentiellement sur des considérations économiques, recherchant si les faits incriminés pouvaient être ou non justifiés par la nécessaire solidarité devant exister entre sociétés d'un même groupe.

Même s'il existe dans un groupe un intérêt supérieur à celui des sociétés qui le composent, les risques dans ce domaine sont importants. Il s'agira de favoriser une société au détriment d'une autre, de permettre des transferts de capitaux sous forme d'avances de trésorerie, de l'octroi de cautions, ou de prestations plus ou moins réelles pour des motifs plus ou moins avouables... Ces procédés sont d'autant plus dangereux que la mondialisation des affaires tend à la création de « multinationales », à la recherche d'un profit toujours plus élevé, quelquefois au détriment de leurs actionnaires minoritaires ou des créanciers.

Aussi, s'agissait-il de fixer des limites, la seule existence d'un groupe ne pouvant constituer un fait justificatif à toutes les opérations intervenues entre les sociétés le composant.

Notre confrère Engelhard a rappelé les conditions définies depuis une trentaine d'années par une jurisprudence constante, qui a reçu l'assentiment quasi unanime de la doctrine et des professionnels.

Il a rappelé les principales décisions rendues dans ce domaine, dans le cadre notamment de l'affaire Willot, et qui a trouvé quelques années plus tard sa confirmation dans l'arrêt Rozenblum rendu par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire sera tout particulièrement à même de procéder à une étude approfondie des conditions de fonctionnement du groupe, de sa structure financière, des modalités des opérations intervenues entre certaines des sociétés qui le constituent. Cela le conduira à répondre aux questions suivantes :

– Se trouve-t-on en présence d'un groupement économique fortement structuré, reposant sur des bases non artificielles, dont tous les éléments qui le composent concourent à la réalisation de l'objet social du groupe ?

– Les sacrifices demandés l'ont-ils été en considération de l'équilibre et de l'intérêt du groupe, dans le cadre d'une politique cohérente, et non dans l'intérêt personnel des dirigeants ?

– Ces sacrifices n'ont-ils pas fait courir à la société concernée des risques trop importants, sans contrepartie suffisante, ou hors de proportion avec ses possibilités réelles ? Il s'agira de préciser non seulement les contreparties financières directes, mais de se placer dans un cadre beaucoup plus général, en recherchant l'intérêt pour une société d'appartenir à un groupe connu, qui lui permettra de bénéficier de sa renommée, de ses structures commerciales et industrielles, du bénéfice de ses recherches.

Dans ce domaine, l'expert rencontrera des difficultés particulières dues à l'internationalisation des groupes, et à la localisation de certaines sociétés à l'étranger, avec tous les obstacles nés de la langue, de législations particulières, de la difficulté d'obtenir renseignements et documents. Que dire quand des dirigeants peu scrupuleux multiplient les sociétés-écran sous certains cieux propices, dans le but d'échapper à des contrôles estimés indésirables.

Monsieur Engelhard a évoqué la création dans notre législation d'un droit des groupes. Le rapport du sénateur Marini a œuvré en ce sens, sans qu'il lui ait été donné une suite concrète. L'échec relatif de la loi allemande adoptée en 1965 sur la reconnaissance des groupes, ne paraît pas militer dans cette direction. En tout cas, dans le domaine qui nous intéresse de l'abus de biens sociaux, la jurisprudence a permis de trouver une solution satisfaisante : celle rappelée plus avant sur les conditions de l'emploi de fonds intergroupe.

IV. – L'ABUS DE BIENS SOCIAUX EN DEHORS DU DROIT FRANÇAIS : UN AXE DE RECHERCHES POUR UNE ÉVENTUELLE RÉFORME ?

La notion d'abus de biens sociaux, telle que nous la connaissons, n'a pas d'équivalent dans la plupart des systèmes juridiques européens, bien que tous les États se préoccupent de réprimer les atteintes au patrimoine des sociétés.

Si le Code pénal espagnol est sur ce point très proche du nôtre, réprimant la disposition frauduleuse des biens des

sociétés, les manquements des dirigeants, assimilables aux abus de biens sociaux, sont le plus souvent appréhendés par des textes de recherche de responsabilité de portée générale : abus de confiance, gestion déloyale...

En Angleterre, la notion d'abus de biens sociaux relève davantage d'une perception économique et financière que d'une interprétation purement réglementaire ou législative. Les Anglo-Saxons raisonnent en terme de « gouvernement d'entreprise » et retiennent l'obligation de « devoir de loyauté et de gestion prudente » qui s'imposent au dirigeant. Celui-ci ne doit agir que dans l'intérêt de la société, ne pas se placer dans une situation de conflit d'intérêts avec elle, et se conformer au devoir de gestion intelligente. Tout dirigeant qui aurait favorisé son intérêt personnel au détriment de celui de la société pourra faire l'objet de sanctions civiles, ou pénales dans les cas les plus graves.

Devant cette diversité de législations et de systèmes juridiques, Monsieur Fluchaire s'est pris à rêver, et pourquoi ne pas rêver avec lui, d'une approche de l'abus des biens sociaux dans le cadre d'une harmonisation à l'échelle européenne, qui serait la synthèse de ce qu'il y a de meilleur dans le droit et la pratique des différents États partenaires...

Cette harmonisation paraît d'autant plus nécessaire que le développement des transactions internationales – et nous avons souligné les risques réels nés de la mondialisation des affaires, accompagnée d'une baisse générale de la moralité dans les transactions commerciales – rend plus difficile la recherche et la poursuite des agissements délictueux des dirigeants.

Le rêve de Monsieur Fluchaire deviendra peut-être, un jour proche, réalité. Il nous a dit que les axes d'approche existaient. L'Union européenne a notamment établi un projet « corpus juris » pour la protection de ses intérêts financiers, qui pourrait constituer l'ébauche d'un droit européen pour la protection des biens des sociétés.

**

Pour terminer, je pense que nos travaux auront permis de dégager trois grands axes de réflexion :

1) La nécessité de mettre fin à l'incertitude juridique qui entoure la notion même du délit d'abus de biens ou du crédit des sociétés. Les dirigeants, comme leurs conseils, ont besoin de repères clairs en même temps qu'adaptés à l'évolution de la vie économique.

2) La nécessité de réserver les poursuites pénales aux cas les plus graves : tout le monde est d'accord pour que les dirigeants indéliçats soient sanctionnés, mais il ne faudrait pas que la dérive constatée du « tout pénal » perdure, alors que des sanctions civiles existent pour réprimer les simples fautes de gestion.

3) La nécessité de développer le rôle préventif des organes chargés de contrôler les sociétés, en renforçant notamment le rôle et l'indépendance des commissaires aux comptes, et en favorisant l'instauration d'un « gouvernement d'entreprise ».

Je tiens à remercier pour leur contribution les différents rapporteurs ainsi que les équipes qu'ils ont mises en place.

Je vous remercie également pour votre participation enrichissante à ces débats.

Et je laisse maintenant la parole à Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation pour tirer les conclusions de ce congrès.

(Applaudissements)



Monsieur Burgelin. – Malgré l'intérêt de nos travaux vient le moment de les achever. Le Président me donne cette charge.

Est-il besoin de souligner l'exceptionnelle qualité intellectuelle des rapports qui nous ont été présentés et de la synthèse finale que M. Fourcade vient à l'instant même de nous présenter. Ces rapports et cette synthèse nous ont permis de mieux cerner les éléments constitutifs de l'abus des biens sociaux et le rôle fondamental de l'expert-comptable judiciaire pour permettre de le mettre en évidence.

Je constate toutefois que dans sa définition actuelle l'abus des biens sociaux ne se distingue guère de l'abus de

confiance, c'est ce qu'a exprimé clairement Mme Michèle-Laure Rassat dans un récent article des « Annonces de la Seine ». Et depuis que le législateur de 1994 a décidé qu'était constitutif d'un abus de confiance tout détournement du bien d'autrui sans qu'il y ait lieu de considérer la nature du contrat qui autorisait la détention du bien, on ne voit pas bien alors pourquoi il est nécessaire de maintenir l'abus des biens sociaux qui n'est qu'une variété de l'abus de confiance. Après tout on pourrait supprimer l'abus des biens sociaux et il ne subsisterait que l'abus de confiance.

Cette journée d'études nous aura permis aussi de mieux éclaircir cette question et notamment par l'examen attentif des législations étrangères et des problèmes que posent les groupes de sociétés. Nous sommes typiquement là dans des domaines où une harmonisation des législations des principales démocraties s'impose afin de les placer dans un régime concurrentiel d'une plus grande équité.

Merci à tous les conférenciers et intervenants d'avoir contribué au succès de cette journée qui restera dans les mémoires comme un moment privilégié de libre recherche et d'utile approfondissement d'un délit dont on n'a pas fini de parler et qui n'a pas fini de préoccuper les juges et, par conséquent, les experts-comptables judiciaires.

Merci, et ce sera mon dernier mot, merci aux organisateurs de la parfaite harmonie du déroulement de ces débats et je voudrais surtout qu'à cet instant nos applaudissements aillent vers Monsieur le Président Pierre Darrousez qui nous a permis de bénéficier de tels locaux si prestigieux et si agréables et aussi à Monsieur le Président André Gaillard dont je crois qu'à cet instant même se termine son mandat présidentiel. Si cette journée a été une réussite c'est à lui, aussi bien qu'à M. Darrousez, que nous le devons et je voudrais que vous vous joigniez à moi pour les applaudir.

(Applaudissements)

Notre Congrès est clos.

La séance est levée à 17 h 20.



XXIII^e Congrès national : Colmar, 5 octobre 1984.

Sous la présidence de Mme Rozès, Premier président de la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Feuillet, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert judiciaire dans les pays de la Communauté européenne.

XXIV^e Congrès national : Douai, 4 octobre 1985.

Sous la présidence de M. Defontaine, conseiller à la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Henrot, expert près la Cour d'appel de Metz.

L'image fidèle et l'application des nouveaux textes répressifs visant la présentation des comptes sociaux.

XXV^e Congrès national : Lyon, 7 novembre 1986.

Sous la présidence de M. Defontaine, conseiller à la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Belou, expert près la Cour d'appel de Toulouse.

L'expertise en diagnostic d'entreprise.

XXVI^e Congrès national : Bordeaux, 16 octobre 1987.

Sous la présidence de M. Guth, conseiller à la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Windsor, expert près la Cour d'appel de Caen.

L'expert judiciaire face à la responsabilité civile des professionnels.

XXVII^e Congrès national : Rouen, 7 octobre 1988.

Sous la présidence de M. Leonnet, Directeur des affaires civiles et du sceau.

Rapporteur général, M. Feuillet, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et la quête documentaire.

XXVIII^e Congrès national : Pau, 6 octobre 1989.

Sous la présidence de M. Defontaine, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Dana, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et l'application des clauses de garantie de passif.

XXIX^e Congrès national : Aix-en-Provence, 5 octobre 1990.

Sous la présidence de M. Pierre Bézio, Procureur général près la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Bréval, expert agréé par la Cour de cassation.

La comptabilité dans la nouvelle législation sur la banqueroute.

XXX^e Congrès national : Paris, octobre 1991.

Sous les présidences de M. Pierre Drai, Premier président de la Cour de cassation, et de M. Pierre Bézio, Procureur général près la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Jean Clara, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables, vingt ans après.

XXXI^e Congrès national : Chambéry, 2 octobre 1992.

Sous les présidences de M. Pierre Bézio, Procureur général près la Cour de cassation, et de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Pierre Darrousez, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et les infractions boursières.

XXXII^e Congrès national : Angers, 22 octobre 1993.

Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Henri Estève, expert agréé par la Cour de cassation.

Le rôle de l'expert judiciaire dans la recherche de la responsabilité des dirigeants et des tiers concernés par les procédures collectives.

XXXIII^e Congrès national : Orléans, 21 octobre 1994.

Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Jean-Claude Cailliau, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et l'évaluation d'entreprises.

XXXIV^e Congrès national : Dijon, 6 octobre 1995.

Sous la présidence de M. Jean Léonnet, Conseiller à la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. André Gaillard, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et le droit.

XXXV^e Congrès national : Montpellier, 25 octobre 1996.

Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale et de la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. André Dana, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et la transmission des entreprises.

XXXVI^e Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1997.

Sous la présidence de M. Roger Beauvois, Président de la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Marcel Peronnet, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et la détermination des préjudices.

XXXVII^e Congrès national : Lyon, 9 octobre 1998.

Sous la présidence de M. Pierre Truche, Premier Président de la Cour de cassation.

Rapporteur général, M. Pierre Darrousez, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire en matière de soutien abusif et de rupture brutale de crédit.