

Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur*

Faculté de droit de Strasbourg



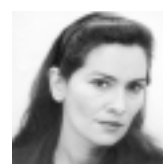
QUENTIN URBAN
Maître de conférences*

Faculté de droit de Strasbourg



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences*

Faculté de droit de Strasbourg



*Centre du droit de l'entreprise
de l'Université Robert Schuman

Abus de confiance. Prescription. Point de départ de la prescription. Au jour de la révélation des infractions à l'occasion d'un contrôle fiscal et non au jour de la facturation des prestations, ni au jour de la présentation des comptes annuels. Abus de biens sociaux. Point de départ au jour de la saisie au domicile du gérant des documents établissant le délit et non au jour de l'inscription en comptabilité des opérations délictueuses

Le date de départ de la prescription triennale en matière d'abus de confiance ne peut commencer à courir à compter de l'inscription en comptabilité de l'opération caractérisant l'infraction ou de la présentation des comptes annuels qu'en l'absence de dissimulation. En l'espèce, la dissimulation des opérations frauduleuses sous une apparente régularité interdisait de faire courir le délai de prescription au jour des inscriptions comptables et le point de départ du délai à retenir est celui du jour où l'administration fiscale a révélé le versement de commissions pour des prestations fictives. Par ailleurs, lorsque l'auteur et le complice de l'infraction sont les deux seuls associés de la société victime et en l'absence d'information possible des tiers, le délai de prescription d'un abus de biens sociaux court à compter de la saisie au domicile du gérant des documents établissant le délit, et non au jour de l'inscription en comptabilité des opérations délictueuses.

Cass. crim., 23 mai 2002 D. Naudin et autres, Bulletin Joly sociétés, octobre 2002, p. 1048 note E. Dezeuze.

L'abus de bien sociaux ou l'abus de confiance lorsqu'une société est la victime sont des infractions difficiles à poursuivre et à sanctionner, car il est facile aux

auteurs de retarder la découverte de l'infraction et de profiter ainsi de la prescription triennale. C'est la raison pour laquelle la chambre criminelle s'est employée à retarder le point de départ de la prescription. Cette jurisprudence a suscité des critiques importantes. On a même parlé « d'imprescriptibilité de l'abus de biens sociaux »¹. La chambre criminelle a depuis quelques années réduit la portée de sa jurisprudence².

L'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2002 est l'occasion de revenir sur les règles jurisprudentielles régissant le point de départ de la prescription pénale triennale à propos de ces deux infractions. Ces règles sont en effet communes aux deux infractions lorsque la victime est une société (en l'espèce, la société RVI), même si les éléments constitutifs de chacune diffèrent légèrement. L'abus de biens sociaux est le fait d'un mandataire social alors que l'abus de confiance est la qualification appliquée aux détournements réalisés au préjudice de société pour laquelle l'incrimination d'abus de bien sociaux n'a pas été spécifiquement édictée par le législateur³ ou encore à des détournements effectués, comme en l'espèce, par une personne n'ayant pas le statut de mandataire social⁴. Il s'agissait en effet d'un cadre salarié qui avait incité une société à payer des commissions à un bureau d'études en rémunérations fictives. Les dirigeants ignoraient le caractère fictif des prestations qui avaient donné lieu à des fausses factures, inscrites en comptabilité. La Cour de cassation considère que cette ignorance interdisait tout écoulement du délai de prescription de trois ans. Seule, la révélation du caractère fictif de l'opération par le fisc à l'occasion d'un contrôle avait pu déclencher le compte à rebours. Cette solution aura permis de sanctionner l'auteur de l'infraction, qui probablement par ruse avait créé des documents comptables comme si l'opération avait été régulière. Dans le même arrêt, la chambre criminelle aborde un sujet voisin puisque dans la même affaire mais concernant une autre société (BTS) où les deux associés étaient l'un l'auteur l'autre le complice d'abus de biens sociaux, elle considère que l'inscription en comptabilité ne peut marquer le point de départ du délai de prescription qu'en l'absence de clandestinité. Or, selon les magistrats en l'espèce cette clandestinité.

tinité existait bien, car « l'auteur et le complice du délit étaient les seuls associés de la société victime et aucun tiers ne pouvait être alerté sur l'irrégularité des opérations ». En conséquence, « le délai de prescription n'a commencé à courir que du jour de la saisie, au domicile du gérant, des documents n'ayant révélé les faits matériels constitutifs du délit ».

Ces deux prises de position de la chambre criminelle sont importantes car elles nous confirment qu'il ne suffit pas qu'une inscription comptable ou qu'une approbation des comptes soit intervenue pour qu'il n'y ait plus de clandestinité et que le délai de prescription puisse courir. La dissimulation peut se conjuguer avec une inscription comptable ou une approbation des comptes. Il faut donc affiner la notion de dissimulation, en tenant compte en particulier des personnes tenues à l'écart de l'information, les dirigeants de la société victime ou les tiers.

1° La dissimulation à l'égard des dirigeants: une appréciation objective et subjective. Dans l'espèce commentée non seulement les opérations frauduleuses constitutives d'un abus de confiance avaient fait l'objet d'une facturation et d'une inscription en comptabilité, mais l'administration fiscale avait envisagé un redressement relatif à ces commissions pour y renoncer ensuite. Les demandeurs au pourvoi soulignaient que les dirigeants avaient eu à cette occasion leur attention alertée « sur une possible distorsion entre les commissions versées et la contrepartie obtenue ». Dès lors, il fallait considérer que « le délit était apparu dans des conditions permettant l'action publique » selon les termes de la jurisprudence de la chambre criminelle⁵. Les responsables auraient été en mesure de prendre connaissance des infractions et le délai pouvait donc courir à compter de l'inscription en comptabilité ou de la présentation des comptes annuels. L'arrêt refuse de suivre une telle analyse. Elle écarte tout d'abord une appréciation trop objective de la disparition de la clandestinité qui pourrait résulter de la seule inscription comptable ou présentation annuelle des comptes. Elle semble ainsi infléchir sa jurisprudence antérieure. En effet, depuis un arrêt du 5 mai 1997⁶, la chambre criminelle estimait que si les opérations frauduleuses figuraient dans la comptabilité présentée et en l'absence de dissimulation, le délai pouvait commencer à courir. Il n'y avait pas à s'interroger sur les possibilités effectives de prendre connaissance des infractions.

La chambre criminelle dans un arrêt du 27 juin 2001⁷ avait censuré les juges du fond qui avaient estimé que « si les charges indues figuraient bien dans les comptes annuels des entreprises considérées dans les rubriques où elles doivent trouver leur place, elles étaient noyées dans la masse soit des frais divers, soit des charges salariales et que rien ne permettait aux actionnaires, qui n'étaient pas en possession des comptes détaillés de connaître les affectations des frais et salaires litigieux et de vérifier si ces dépenses avaient été effectuées dans le seul intérêt de la société »⁸.

1 V. par exemple X. de Roux et K. Bougartchev, L'abus de biens: dernier excès, *Bull. Joly*, 1995, p.1025, § 372; C. Ducouloux-Faverd, Abus de biens sociaux, une prescription butoir pour qui, pour quoi?, *Les Petites Affiches*, n° 20, 14 févr.1996; M. Veron, L'abus de biens sociaux: évolution ou dérive?, *Gaz. Pal.* 1996, I, doct., p. 623; J.-F. Renucci, Infractions d'affaires et prescription de l'action publique, *D.1997*, chron., p. 23.

2 V. Cass. crim. 27 juin 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 117, § 251, note J.-F. Barbieri.

3 L'abus de bien sociaux peut être relevé dans les SA, les sociétés en commandites par actions, les sociétés par actions simplifiées, les SARL, les sociétés d'économie mixte constituées sous la forme de SA et les coopératives. Le délit d'abus de bien sociaux n'est pas prévu dans les sociétés de

Dans l'espèce commentée, non seulement les magistrats estiment que la seule constatation des inscriptions comptables est insuffisante pour faire courir le délai mais ils approuvent les juges du fond quand ils ont considéré qu'il fallait procéder à une analyse subjective de la situation en s'interrogeant sur les possibilités effectives pour les dirigeants sociaux de prendre connaissance des infractions.

Ils valident l'analyse des juges d'appel consistant à relever que l'apparente normalité des opérations avait induit en erreur les dirigeants sociaux, qui ont été convaincus de l'existence d'activités commerciales réelles, confortés en cela par l'abandon par l'administration fiscale de redressements sur les commissions versées au bureau d'études. Cette erreur subjective d'appréciation interdit selon l'arrêt toute possibilité de déclenchement du délai de prescription.

Cette dernière exigence nourrit l'inquiétude de certains auteurs qui y voient un risque de dérive qui pourrait conduire à un retour à la jurisprudence antérieure au 5 mai 1997, qualifiée à tort de constitutive d'une imprescriptibilité de l'infraction⁹. En réalité, l'arrêt commenté ne fait que souligner l'importance à déterminer précisément les conditions subjectives dans lesquelles les responsables doivent être considérés comme à même de découvrir la fraude en présence d'une comptabilité en apparence régulière.

2° La dissimulation à l'égard des tiers. L'arrêt commenté nous donne ensuite une indication supplémentaire sur ce qu'il faut entendre par dissimulation ou clandestinité dans la situation particulière où les deux seuls associés sont l'un l'auteur, l'autre le complice de l'infraction. Dans une telle hypothèse, la chambre criminelle refuse aussi toute analyse exclusivement objective fondée sur l'inscription comptable des opérations. Pour apprécier la révélation possible des infractions, il fallait se demander si des tiers pouvaient avoir connaissance des faits. Pour les magistrats d'appel, conforté dans leur analyse par l'arrêt du 23 mai 2002, le voile sur les faits délictueux n'avait pu être levé qu'au moment de la saisie au domicile du gérant des documents litigieux. Faut-il considérer qu'il s'agit là d'une règle générale et qu'il y a lieu de refuser tout effet déclencheur à une inscription comptable dès lors que tous les associés sont impliqués dans l'infraction? Ce serait trop hâtif, car, par exemple, dès lors qu'une inscription comptable est réalisée dans certains types de sociétés, l'intervention des commissaires aux comptes est prévue par la loi ou les statuts sociaux. En réalité, là encore il faut combiner une analyse objective et subjective et s'interroger dans ces termes: dès lors que les comptes faisaient état des opérations litigieuses, existait-il des personnes dans la société ou à l'extérieur qui était à même de prendre connaissance des faits pour éventuellement saisir la justice. N'est-ce pas là un accommodement de la jurisprudence de 1997 à celle de 1981? Q. U.

personnes (société en nom collectif et sociétés en commandite simple, sous réserve du cas du liquidateur (Cass. com., L 247-8).

4 Seuls les gérants (art. L 41-, 4°), le président, les administrateurs ou les directeurs généraux (art. L 246-6, 3°) peuvent être poursuivis pour abus de biens sociaux.

5 Cass. crim. 10 août 1981, *Rev. soc.*, 1983, p. 369 note B. Bouloc.

6 Cass. crim. 5 mai 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 953, § 342.

7 Cass. crim. 27 juin 2001, *Bull. Joly sociétés*, 2001, § 251 note J.-F. Barbieri.

8 Cass. crim. 13 oct.1999, *Bull. Joly sociétés* 2000, § 34 note J.-F. Barbieri.

9 Note E. Dezeuze sous l'arrêt commenté, *Bull. Joly*, p. 1048, § 230.