

## ABUS DE BIENS SOCIAUX

XXXX

## La dissimulation : instrumentalisation d'une notion au service d'une politique répressive

La chambre criminelle de la Cour de cassation confirme son choix d'une définition extensive de la dissimulation pour retarder le point de départ de la prescription de l'action publique de l'abus de biens sociaux (ABS). D'une part, le fait que la société soit entièrement contrôlée par les associés suffit à admettre l'existence d'une dissimulation. D'autre part, la dissimulation est présumée durer jusqu'à ce que le parquet ait eu connaissance des faits délictueux. Aussi louables que soient ces objectifs de politique répressive, cette acception jurisprudentielle de la dissimulation se révèle peu opportune.

**BEE RECEVEUR**  
docteur en droit privé, enseignante contractuelle, université Cergy-Pontoise, membre du Laboratoire d'études juridiques et politiques (LEJEP)

Cass. crim., 30 avr. 2014, n° 13-82.912, F D, D. et a.

**E**st-il encore besoin de revenir sur la prescription de l'ABS ? Cela est peut-être justifié par le fait que, si la règle prétorienne est restée inchangée dans sa lettre depuis 1997, il en va autrement de son interprétation, comme en témoigne l'arrêt commenté.

En l'espèce, M. D. poursuivi pour ABS se prévaut de la prescription de l'infraction. Par un arrêt confirmatif la cour d'appel écarte l'exception de prescription. Le pourvoi lui fait grief d'avoir présumé l'existence d'une dissimulation pour déclarer le délit non prescrit et d'avoir ainsi violé les articles 7 de la CEDH, 8, 591 et 593 du Code de procédure pénale (CPP). Si la dissimulation permet de retarder le point de départ de la prescription, en principe fixé au jour de la présentation des comptes annuels dans lesquels les dépenses en cause ont été mises indûment à la charge de la société, la partie poursuivante doit la démontrer. Or, considérer que la vérification de la comptabilité de la société relative aux revenus de 2005 et 2006 de M. D. qui a donné lieu à une proposition de rectification notifiée le 11 octobre 2007 ne suffit pas à démontrer que le ministère public ait été informé d'éventuels détournements découverts par l'Administration revient à présumer la dissi-

mulation. Et le fait que la société soit entièrement contrôlée par les consorts D. ce qui empêche d'autres associés de déceler des faits d'ABS n'est pas suffisant à caractériser cette dissimulation. La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son arrêt du 30 avril 2014, rejette le pourvoi au motif « qu'en l'état de ces énonciations d'où il résulte que c'est moins de trois ans avant l'ouverture de l'enquête que le ministère public et les associés seuls susceptibles d'engager l'action publique ou de la faire engager par la société ont pu avoir connaissance de ces faits, la cour d'appel a justifié sa décision ».

« Rien ne sert de courir, il faut partir à point »... encore faut-il pouvoir identifier le signal de départ pour se voir reprocher la négligence de ne pas avoir poursuivi à temps l'auteur de l'infraction. Aussi la jurisprudence, soucieuse de ne pas voir le délinquant en col blanc échapper aux mains de la justice, a-t-elle depuis près d'un demi-siècle battu en brèche les dispositions du CPP par un report du point de départ de la prescription. Exhortée à opérer une normalisation temporelle du délit, la Haute juridiction a certes subordonné le report de la prescription de l'ABS à l'existence d'une dissimulation (Cass. crim., 5 mai 1997 : Bull. crim. 1997 n° 159). Mais loin d'être univoque, cette notion souffre d'une imprécision notoire. Aussi, amenée à dissiper l'ambiguïté notionnelle, la Cour de cassation a-t-elle opté pour une acception extensive (1) qui ne peut susciter, sans réserve, l'adhésion (2).

### 1. Une définition jurisprudentielle véritablement extensive

Le rejet du pourvoi par un simple renvoi aux motifs de la cour d'appel n'en révèle pas moins sa volonté d'imposer une conception extensive de la dissimulation (sur le contrôle de la caractérisation de la dissimulation v. J.-H. Robert : JCP G 2007, I, 111 ; D. Rébut, « Modalités de caractérisation de la dissimulation de l'opération constitutive d'abus de biens sociaux » : Rev. soc. 2007, p. 313).

**L'extension de la dissimulation se manifeste d'abord et principalement dans sa dimension matérielle.** En effet, pour conforter l'existence d'une dissimulation, les magistrats se sont fondés sur la seule circonstance que la société était entièrement contrôlée par les personnes impliquées dans les faits délictueux empêchant de la sorte d'autres associés de les déceler. Ce faisant, ils refusent de conditionner la dissimulation à l'existence d'anomalies dans les comptes sociaux. C'est dire si à une appréciation purement objective de la dissimulation se substitue une appréciation plus subjective. Une telle interprétation ne s'impose pourtant pas avec évidence. D'aucuns considèrent en effet que la dissimulation induit l'accomplissement par l'auteur d'actes positifs pour masquer les faits délictueux et, partant, le constat d'artifices comptables (v. not. J.-C. Pagnucco, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, préf. F. Deboissy, LGDJ, 2006, spéc. n° 631 ; D.-N. Commaret, « Point de départ de la prescription : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législative

d'ensemble » : RSC 2004, p. 897 ; J.-F. Renucci, note sous Cass. crim., 14 mai 2003 : Dr. et patr. janv. 2004, p. 92, spéc. p. 93). D'autres, à l'inverse, prônent une acception plus large, conditionnée par l'ignorance des personnes habilitées à engager les poursuites pénales (V. not. C. de Leiris, « Le report du point de départ de la prescription de l'action publique » : LPA, 10 janv. 2008, p. 3, spéc. p. 5). C'est à cette dernière proposition que les juges du droit accordent leur faveur, comme le suggèrent quelques arrêts antérieurs qui méritent ici d'être rappelés : la chambre criminelle avait ainsi accepté que la dissimulation puisse résulter de comptes réguliers mais non explicites (Cass. crim., 25 févr. 2004, n° 02-88.111. - Cass. crim., 28 janv. 2004 : Dr. pén. 2004,

comm. 65, note J.-H. Robert ; v. déjà en ce sens, Cass. crim., 19 févr. 2003 : Bull. crim. 2003, n° 109) et, davantage encore, elle avait déjà admis qu'elle puisse découler de la composition sociale même. Elle avait en effet considéré que l'auteur et le complice étant les deux seuls associés de la société, aucun tiers ne pouvait être informé de l'irrégularité des opérations et que, partant, la prescription ne devait commencer à courir qu'au moment de la saisie au domicile du gérant des documents révélateurs de l'infraction (Cass. crim., 23 mai 2002, n° 01-83.983 ; v. en ce sens Cass. crim., 24 mars 2004, n° 03-83.938). Elle avait également déduit l'existence d'une dissimulation du fait que la société était détenue par les membres de la famille de la prévenue.

Aucune dissimulation *stricto sensu* n'existait pourtant puisque tous les membres de la société, bien que non impliqués dans les faits délictueux, en avaient pleinement connaissance. Mais parce que « aucun associé n'avait intérêt à en faire la révélation à l'autorité judiciaire ou policière », l'information ne pouvait être diffusée au-delà de la sphère sociétaire et justifiait en conséquence de reporter le point de départ de la prescription au moment de la révélation des faits par l'administration fiscale (Cass. crim., 8 mars 2006 : JurisData n° 2006-033021 ; Dr. soc. 2006, comm. 114, obs. R. Salomon ; Rev. soc. 2006, p. 602, note B. Bouloc). S'inscrivant dans ce sillage, la Cour de cassation s'émancipe ainsi définitivement d'une appréciation strictement comptable

## LA COUR - (...) :

### Sur le deuxième moyen de cassation, pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 8, 591, 593 du code de procédure pénale ;

en ce que l'arrêt attaqué a écarté l'exception de prescription ; aux motifs que le conseil des prévenus fait valoir que les infractions d'abus de biens sociaux et de recel reprochées sont prescrites ; que la société Speed courses Europe avait en effet fait l'objet d'une vérification de comptabilité relative aux revenus 2005 et 2006 de M. Sébastien D... et que les services fiscaux avaient dès lors nécessairement eu connaissance, bien avant la proposition de rectification notifiée le 11 octobre 2007, des abus de biens sociaux visés dans la prévention ; que l'acte de poursuite relatif à ces infractions, postérieur à l'ouverture de l'enquête préliminaire, n'est pas intervenu avant le 16 mai 2011 ; que s'agissant des faits de recel, les investigations n'ont pas démontré de possession prolongée des sommes qui auraient été détournées ; qu'en matière d'abus de biens sociaux le point de départ de la prescription doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ; que le ministère public et les associés ou actionnaires, ces derniers agissant au nom de la société, sont seuls susceptibles d'engager ou de faire engager les poursuites ; qu'en pratique le point de départ de la prescription peut être fixé au jour de la présentation des comptes annuels dans lesquels les dépenses suspectes ont été mises indûment à la charge de la société, et ceci sauf dissimulation ; qu'il n'est pas démontré en l'espèce que le ministère public ait été informé de détournements éventuellement découverts par l'administration et que compte tenu de la situation de la société, entièrement contrôlée par les conjoints D..., des associés aient été à même de déceler des faits d'abus de biens ; que le soit transmis interruptif de prescription par ailleurs n'est pas celui du 16 mai 2011 mais celui ayant donné lieu à l'ouverture de l'enquête préliminaire ; que le jugement déferé, qui a rejeté l'exception de prescription doit être confirmé ;

« 1°) alors qu'il appartient à la partie poursuivante de démontrer que l'action n'est pas prescrite ; qu'en matière d'abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription est fixé au jour de la présentation des comptes annuels dans lesquels les dépenses en cause ont été mises indûment à la charge de la société, sauf dissimulation qui peut retarder le point de départ de cette prescription, que la partie poursuivante doit caractériser ; qu'en estimant, pour écarter

l'exception de prescription du délit d'abus de biens sociaux et de recel, qu'il n'était pas démontré que le ministère public ait été informé de détournements éventuellement découverts par l'administration ni que, compte tenu de la situation de la société, entièrement contrôlée par les conjoints D..., des associés aient été à même de déceler des faits d'abus de biens sociaux, la cour d'appel, qui a présumé l'existence d'une dissimulation susceptible de retarder le point de départ de la prescription, lequel n'a d'ailleurs pas été établi, a violé les textes susvisés ;

2°) alors que les conjoints D... ont soutenu que la société Speed courses Europe avait fait l'objet d'une vérification de comptabilité relative aux revenus 2005 et 2006, qui avait abouti à une proposition de redressement notifiée le 11 octobre 2007, plus de trois ans avant le premier acte de poursuite concernant des faits d'abus de biens sociaux et de recel ; qu'en écartant la prescription de l'action aux motifs que le soit transmis interruptif de prescription n'était pas celui du 16 mai 2011 mais celui ayant donné lieu à l'ouverture de l'enquête préliminaire, sans répondre à l'objection soulevée par les demandeurs selon laquelle le soit transmis ayant donné lieu à l'ouverture de l'enquête préliminaire concernait des faits d'organisation frauduleuse d'insolvabilité dont il n'était pas démontré qu'ils aient eu un quelconque lien avec le délit d'abus de biens sociaux et recel dont la prescription était invoquée, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard des textes susvisés » ;

• Attendu que, pour dire non prescrits les délits d'abus de biens de la société Speed courses Europe, dont la comptabilité a fait l'objet en 2007 d'une vérification de la part des services fiscaux, et de recel des sommes ainsi détournées, l'arrêt prononcé par les motifs repris au moyen ;

• Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que c'est moins de trois ans avant l'ouverture de l'enquête que le ministère public et les associés, seuls susceptibles d'engager l'action publique ou de la faire engager par la société, ont pu avoir connaissance de ces faits, la cour d'appel a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen ne peut qu'être écarté ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

### Rejette le pourvoi ;

M. Louvel, prés., M. Germain, rapp., M. Sassoust, av. gén. ; SCP Boulloche, av.

que continue pourtant d'utiliser le droit de la responsabilité civile (J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *Economica*, 2013, Préf. N. Molfessis, spéc. n° 31). En résumé, la manipulation comptable n'apparaît plus comme le critère déterminant de la dissimulation. Si manipulation comptable il y a, soit que la dépense litigieuse n'apparaît pas dans les comptes sociaux (comptes incomplets), soit qu'elle s'y trouve mal retranscrite et délivre une vision pervertie de la réalité (comptes inexacts ou équivoques), la dissimulation est nécessairement admise (dissimulation active). Mais son absence n'empêche plus de retenir la dissimulation. L'ignorance des faits délictueux par les personnes susceptibles de mettre en mouvement l'action publique constitue désormais un second critère alternatif (dissimulation passive).

### **L'extension de la dissimulation s'observe ensuite dans sa dimension temporelle.**

En effet, le pourvoi faisait valoir que, ayant opéré une vérification de la comptabilité sur les comptes de 2005 et 2006, l'administration fiscale avait nécessairement eu connaissance des détournements avant même sa proposition de rectification notifiée le 11 octobre 2007. Il en résulte que, à postuler l'existence d'une dissimulation, celle-ci avait nécessairement cessé au moment même où les détournements lui étaient apparus. L'argument pouvait convaincre. L'administration fiscale étant, au surplus, tenue en vertu de l'article 40 du CPP à une obligation de dénonciation des faits délictueux, le parquet pouvait théoriquement être en mesure de les connaître quasi concomitamment et permettre, de ce fait, de fixer de manière anticipée le point de départ au moment même où l'administration pouvait avoir connaissance des faits. Ce n'est pourtant pas le raisonnement de la Cour de cassation qui, en rejetant le pourvoi, a conforté la position selon laquelle la dissimulation prend fin non pas au moment de la connaissance potentielle, mais au moment de la connaissance certaine, par le parquet des faits délictueux. En somme, la dissimulation perdure tant que l'information portant sur l'existence des faits délictueux n'est pas parvenue de manière effective à l'autorité habilitée à engager les poursuites, son ignorance étant présumée jusque-là. C'est admettre que seule la révélation des faits délictueux au ministère public permet de satisfaire la condition permettant l'exercice

de l'action publique de sorte que la connaissance de l'infraction par d'autres personnes que les victimes n'exerce aucune influence sur la fixation du point de départ. La Haute juridiction avait au demeurant déjà affirmé qu'en cas d'inexécution par le commissaire aux comptes de son obligation de dénonciation des faits délictueux le délai de prescription de l'action publique ne commençait à courir qu'au jour de la réception par le ministère public du rapport établi par le mandataire judiciaire de la liquidation (*Cass. crim.*, 3 oct. 2007 : *JurisData* n° 2007-041306 ; *Dr soc.* 2007, *comm.* 17, *obs.* R. Salomon ; v. déjà not. *Cass. crim.*, 13 févr. 1989 : *Rev. soc.* 1989, p. 693, *note* B. Bouloc). Il s'ensuit une conception dualiste du point de départ de la prescription. Soit les organes sociaux (associés ou mandataires sociaux) autres que ceux impliqués dans l'infraction avaient la possibilité de détecter les faits litigieux via la lecture des comptes sociaux et, par suite, la prescription commence à courir au moment de leur présentation. Soit ces organes ne pouvaient pas les découvrir au jour de l'assemblée générale approuvant les comptes en raison de leur caractère équivoque ou de la composition sociale et, partant, le point de départ se trouve retardé au moment où les faits délictueux ont été portés à la connaissance du ministère public (sauf sans doute à ce qu'une victime en ait pris connaissance dans ce laps de temps).

## **2. Une extension jurisprudentielle faussement opportune**

**De prime abord, l'extension opérée paraît satisfaisante.** D'une part, elle coïncide avec la définition courante de la dissimulation. Plus exactement, cet élargissement puise sa légitimité dans la polysémie de ce terme. En effet, la dissimulation peut se définir comme le fait de « *cacher volontairement à la vue, soustraire aux regards d'autrui* », mais également « *cacher volontairement une information, la taire* » (Dictionnaire Larousse). Alors que le premier sens invite à circonscrire la notion, le second en revanche ne semble pas requérir de comportement actif, c'est-à-dire d'acte positif, de l'auteur pour garder dans l'ombre les faits délictueux. Ainsi, la dissimulation serait-elle polymorphe, susceptible d'être passive comme active. Seul importe

que l'auteur ait eu la volonté de tenir secret les usages abusifs, si bien que la « dissimulation volontaire » ne serait en vérité que pléonasmie (contra : Y. Guyon, *obs. sous CA Paris*, 25 juin 1991 : *Rev. soc.* 1991, p. 881, *spéc.* p. 882).

D'autre part, et surtout, l'extension paraît conforme aux fondements mêmes de la prescription (sur les fondements de la prescription, v. not. J.-F. Renucci, « *Infractions d'affaires et prescription de l'action publique* » : *D.* 1997, *chron.* p. 23). La négligence de la victime comme l'oubli de l'infraction supposent non seulement la consommation de l'infraction, c'est-à-dire la réalisation intégrale de ses faits constitutifs, mais également sa connaissance par les personnes susceptibles de mettre ou faire mettre en œuvre l'action publique (C. Hardouin-Le Goff, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, 2008, Préf. A. Decocq). Ce serait du reste accorder une prime à l'habileté que de ne pas tenir compte de leur ignorance dans la fixation du point de départ. Et la société n'a pas non plus à pâtir de l'inexécution de l'obligation de dénonciation mise à la charge de certains fonctionnaires et des contrôleurs externes, tels que les commissaires aux comptes. D'autant que ce serait indirectement les faire juges de l'opportunité des poursuites que de fixer le point de départ au moment où les faits délictueux ne peuvent être connus que d'eux (contra : E. Dezeuze, *note sous Cass. crim.*, 23 mai 2002 : *Bull. Joly soc.* 2002, n° 10, p. 1048). Tel semble devoir être le sens à donner à l'adage « *Contra non valentem agere, non currit praescriptio* ». Il y aurait en effet une injustice patente à empêcher le ministère public et la victime d'engager des poursuites pénales contre l'auteur en raison de leur connaissance tardive des faits. Qui mieux que le préfet de police de Paris ne sait transmettre ce sentiment d'iniquité et de frustration de laisser impunie la personne dont on sait pourtant qu'elle a commis un méfait mais qui, grâce à son ingéniosité, échappe au joug de la justice (E. A. Poe, *La lettre volée*, in *The Gift for 1845, 1844*). Aussi l'ignorance du ministère public comme de la victime doit-elle faire obstacle à l'écoulement du délai de prescription.

**Pour autant, une telle extension n'est pas souhaitable.** D'abord, conférer à la dissimulation un tel contenu conduit à son hypertrophie. Cela aboutit en effet à annihiler sa spécificité et lui ôter toute signifi-

cation juridique propre. Ce que la notion gagne en densité, elle le perd en compréhension. C'est sans doute ce qui justifie que les autres domaines juridiques qui y recourent la confinent à l'évidence (V. L. Saenko, « *La notion de dissimulation en matière d'abus de biens sociaux* » : *RTD com.* 2005, p. 671, spéc. n° 44 s.). Et que l'on songe à la dissimulation d'enfant, à la dissimulation de preuves, au blanchiment, ou encore à la dissimulation d'actifs, toutes ces infractions pour lesquelles la dissimulation constitue un élément constitutif requièrent un comportement actif de l'auteur.

Ensuite, de cette définition extensive naît un paradoxe. En effet, alors que l'exégèse de la règle prétorienne laissait incontestablement entendre que la dissimulation constituait l'exception, son interprétation jurisprudentielle tend de fait à l'ériger au rang de principe (v. en ce sens, B. Bouloc, *note sous Cass. crim.*, 23 mai 2002 : *Rev. soc.* 2002, p. 747, spéc. p. 748). La normalisation temporelle du délit n'est donc qu'apparente puisque la définition retenue de la dissimulation permet quasi systématiquement de retarder le point de départ de la prescription.

En somme, si les objectifs de politique répressive sont louables, les moyens pour les

atteindre sont critiquables. La notion de dissimulation apparaît comme un expédient, mirage d'une orthodoxie juridique introduite aux seules fins d'apaisement doctrinal (raison pour laquelle elle est absente de l'avant-projet du futur CPP du 1er mars 2010). Aussi, plutôt que d'en favoriser l'extension, mieux vaut faire l'économie de cette notion ambivalente. Elle apparaît du reste comme un facteur de discrimination au sein des infractions d'affaires, puisque, loin d'être l'apanage de l'ABS, la dissimulation peut affecter n'importe quelle infraction et il paraît alors fort difficile de justifier son cantonnement à ce seul délit. Pourquoi en effet admettre que la dissimulation puisse retarder le point de départ de certaines infractions, tel l'ABS, et le refuser pour d'autres, comme le vol ou le meurtre ? La cohérence juridique commanderait que, par mimétisme, l'ABS, émanation de l'abus de confiance, en emprunte de nouveau le régime juridique. Mieux, une nouvelle proposition de réforme pourrait voir le jour qui fixerait, sans délai butoir, le point de départ de la prescription au moment où la victime ou le ministère public peut légitimement avoir connaissance des faits délictueux et qui impliquerait de la sorte une variation du point de départ en

fonction de la personne qui souhaite mettre en mouvement l'action publique. En contrepartie, il pourrait être envisagé de réduire les délais de prescription en vigueur. En effet, on peut exiger de la victime comme du ministère public qu'ils agissent sans plus attendre et engagent les poursuites pénales contre l'auteur dès lors qu'ils sont en mesure de connaître l'infraction. Sa consécration aurait de surcroît le mérite de pouvoir être généralisée à l'ensemble des infractions (même si certains s'accommoderont mal de cette règle qu'ils jugeront trop subjective, v. par exemple L. Saenko, *art. préc.*, spéc. n° 54 s. : l'auteur prône la consécration d'une prescription absolue en contrepartie d'un renforcement du contrôle opéré par le commissaire aux comptes). Mais il va sans dire qu'une réforme de cette ampleur nécessite du législateur qu'il mette définitivement un terme au désordre juridique actuel (sur les nécessités d'une réforme législative v. R. Méza, « *A propos du point de départ du délai de prescription de l'action publique et de la théorie dite des infractions clandestines* » : *Gaz. Pal.* 2014, *doctr.* p. 844).