

L'arrêt ci-dessus commenté, rendu dans une affaire politico-médiatique particulièrement sensible, apporte une contribution fort utile au débat sur l'abus de biens sociaux.

En l'espèce, le procureur de la République de Lyon a fait procéder à une enquête à la suite de plaintes et d'informations reçues à son parquet courant mai et juin 1992. Le 13 nov. 1992, le procureur a requis l'ouverture d'une information judiciaire, notamment du chef d'abus de biens sociaux, s'étendant à plusieurs sociétés. A l'issue de la procédure, onze personnes sur douze sont déclarées coupables, et certaines se sont pourvues en cassation. Dans son arrêt, la Chambre criminelle apporte d'intéressantes précisions, en particulier sur la prescription du recel d'abus de biens sociaux (I) et la contrariété à l'intérêt social au cas d'un acte illicite (II).

#### I. - La prescription du recel d'abus de biens sociaux

L'une des personnes en cause invoque la prescription de l'action publique : les faits qui lui sont reprochés sont tous antérieurs au mois de mars 1990, tandis que le premier acte de poursuite la concernant date du mois de mars 1993 ; le délai de prescription étant de trois ans, les poursuites ne lui paraissent plus possibles. Mais la Chambre criminelle n'a pas suivi cette argumentation. Elle estime que le recel d'abus de biens sociaux ne saurait commencer à se prescrire avant que l'infraction dont il procède soit apparue et ait pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique : la date à prendre en considération est donc le mois de juin 1992, et par conséquent les faits ne sont pas prescrits.

Cette solution paraît bien sévère. Il est vrai que le recel est un délit de conséquence mais depuis la loi du 22 mai 1915 c'est aussi un « délit distinct », et cela ne peut être oublié lorsqu'il s'agit de prescription. Sans doute des liens subsistent-ils avec l'infraction d'origine, mais il ne peut y avoir pour autant une quelconque assimilation.

D'ailleurs, selon une jurisprudence constante, la prescription du recel est indépendante de

celle de l'infraction originelle (1), c'est pourquoi le recel demeure punissable même si l'infraction d'origine est prescrite. Tel peut être le cas si celle-ci a un caractère instantané : le jour de la commission des faits est alors le point de départ de la prescription alors que le recel, parce qu'il est une infraction continue, ne peut commencer à se prescrire qu'à partir du jour où le receleur n'est plus en possession du bien litigieux. En l'espèce, la situation est inversée car l'abus de biens sociaux est une infraction quasi imprescriptible puisque le point de départ de la prescription est le jour où les faits sont apparus ou ont été constatés dans

des conditions permettant l'exercice de l'action publique (2). Or, la même règle qui consacre l'indépendance des prescriptions devrait logiquement s'appliquer... en sens inverse. La solution de la Chambre criminelle a pu s'imposer au nom de la logique et de la cohérence : il serait anormal que les auteurs de l'infraction principale puissent être poursuivis alors que les receleurs échapperaient à toute sanction. L'analyse est contestable dans la mesure où l'inverse est possible puisque le recel peut être puni alors que l'infraction d'origine - pourtant infraction « principale » - ne l'est plus... ce qui *a priori* est encore plus choquant. Or ce qui est vrai dans un cas doit l'être dans l'autre, le souci de cohérence imposant un tel raisonnement.

Il nous semble qu'en l'espèce la prescription du recel était acquise. Comme l'a fort justement remarqué un haut magistrat, le recel est un délit autonome qui est poursuivi indépendamment de l'infraction origininaire, au point qu'il peut être poursuivi même quand l'infraction dont il procède est elle-même prescrite ; et, ajoute-t-il, « à l'inverse, il ne saurait

être affecté par le report de la prescription dont cette dernière pourrait bénéficier » (3). Ce point de vue est d'une parfaite rigueur juridique. Il est conforme aux principes dégagés par la jurisprudence, en particulier pour l'abus de confiance : l'exemple est bien choisi car, concernant la prescription, la règle consacrée pour l'abus de biens sociaux n'est

autre que celle qui avait été consacrée auparavant pour l'abus de confiance (4) : la logique juridique impose donc un parallélisme des solutions lorsque pour ces mêmes infractions il est question de recel. Précisément, les hauts magistrats se sont prononcés l'an

dernier sur le recel d'abus de confiance (5) : ils ont rappelé que la prescription du recel commence à courir le jour où la détention a pris fin et si, dans cette affaire, ils ont estimé que les faits n'étaient pas prescrits, c'est parce qu'il n'était pas établi que le prévenu avait cessé de détenir les fonds recelés ; il est important d'observer que c'est uniquement ce point précis qui est visé, les juges ne faisant pas allusion au fait que l'infraction d'origine n'est pas elle-même prescrite et précisant même *in fine* que la qualification de l'infraction origininaire est indifférente en l'espèce. Cette ultime précision est légitime puisque le principe est que le délai de prescription du recel est indépendant de celui applicable à l'infraction d'origine.

La décision ci-dessus commentée peut dénaturer le rôle des composantes d'une

infraction (6). L'infraction principale est, en effet, une condition préalable au

recel (7). C'est dire que si celle-ci commande la qualification des éléments constitutifs

du recel, elle ne fait pas pour autant naître le fait infractionnel lui-même (8). Par conséquent, le recel est bien un « délit distinct », et il ne saurait être confondu avec l'infraction principale. Le recel ne se constitue qu'après la réalisation de la condition préalable, à savoir l'infraction principale dont par conséquent il se détache. La question du point de départ du délai de prescription ne peut donc se poser qu'à partir de la naissance du

fait infractionnel (9) : le recel étant un délit distinct, une telle question ne peut être qu'indépendante de celle de l'infraction primaire. Le point de départ du délai de prescription ne peut donc être que le jour où la détention a pris fin, et l'infraction d'origine ne doit pas être prise en compte de ce point de vue. La solution contraire équivaut à nier l'autonomie du recel par rapport à l'infraction préalable qui a pourtant été voulue expressément par le législateur en 1915. De plus, toute disparité de traitement entre, d'une part, le recel d'abus de biens sociaux qui emprunte son régime de prescription à l'infraction principale et, d'autre part, tous les autres recels (y compris pour l'abus de confiance !) qui ont un régime

autonome, est de nature à heurter la logique et l'équité (10) tout en révélant un certain manque de cohérence.

La solution retenue en février dernier est d'autant plus critiquable qu'elle renforce

implicitement la jurisprudence relative à la prescription de l'abus de biens sociaux (11). Cette jurisprudence est en effet contestable car, peu respectueuse des principes de la matière pénale, elle entraîne une certaine insécurité juridique tout en apparaissant comme un facteur de déstabilisation dans un contexte économique déjà difficile. Certes, compte tenu de la nature même de l'infraction qui est la plupart du temps cachée, il n'est pas possible de se contenter d'une prescription triennale ayant pour point de départ la commission des faits, mais il est tout aussi condamnable de consacrer une quasi-imprescriptibilité de fait. Une solution intermédiaire doit être envisagée, avec un délai-butoir et, dès la découverte, une

rapidité plus grande des autorités de poursuites (12).

## II. - Acte illicite et intérêt social

La Chambre criminelle a longtemps estimé que l'usage des biens d'une société est

nécessairement abusif quand il est fait dans un but illicite (13). Cette jurisprudence était critiquable dans la mesure où un acte illicite n'est pas forcément contraire à l'intérêt social : quelquefois ce peut être même le contraire, le versement d'une commission illégale pour obtenir un marché pouvant être vital pour la société ; d'ailleurs, dans certaines négociations, la pratique est depuis longtemps légitimée, de telles commissions étant considérées par l'Administration fiscale comme des charges déductibles sous certaines

conditions (14). De plus, elle était contraire à la loi dans la mesure où les juges

ajoutaient ainsi un nouveau cas d'usage abusif (15). Fort heureusement, un revirement jurisprudentiel est intervenu l'an dernier, prenant enfin en compte cette

réalité (16).

L'arrêt ci-dessus commenté confirme cette nouvelle orientation. Un PDG a été condamné pour avoir versé une commission au gendre d'un ministre en échange d'une importante réduction de la dette de sa société au Trésor public : pour la Chambre criminelle, l'abus de biens sociaux n'est pas constitué puisque la minoration de cette dette n'a pas appauvri la société ; la société ayant ainsi obtenu une remise fiscale importante, la contrariété à l'intérêt de la société n'est pas caractérisée. La solution doit être approuvée. Le législateur de 1966 indique bien que l'abus de biens sociaux est un acte contraire à l'intérêt social, et en matière pénale l'interprétation stricte des textes est un principe fondamental (art. 111-4 c. pén.). Par conséquent, si un acte - fût-il illicite - n'est pas contraire à cet intérêt, l'infraction d'abus de biens sociaux n'est pas constituée. Il est évident que de tels faits n'échappent pas nécessairement à la loi pénale puisqu'ils peuvent constituer une autre infraction, en particulier le trafic d'influence ou encore la corruption. Il est vrai que cette dernière infraction est difficile à prouver, le pacte préalable étant très difficile à caractériser. Mais alors, les besoins légitimes de la répression doivent conduire, non pas à une interprétation extensive de l'abus de biens sociaux, mais plutôt à une réforme de l'infraction de corruption. L'abus de biens sociaux ne peut être « l'arme absolue » à laquelle l'on a recours dans tous les cas où les autres voies seraient fermées en raison des difficultés de preuve ou par le jeu de la prescription.

Il reste que la solution ainsi consacrée, même si l'on a pu parler de « divine surprise »

(17), incite à une certaine prudence (18). D'une part, la portée de la décision ne doit pas être surestimée, la cassation ayant été prononcée pour insuffisance de motifs propre à

l'espèce (19). Il est vrai que le caractère systématique de l'assimilation d'un acte illicite à un acte contraire à l'intérêt social a été abandonné : cela permet un certain optimisme même s'il convient d'attendre la décision de la cour de renvoi pour lever toute ambiguïté de ce point de vue, d'autant plus qu'un appel au « droit de résistance » des juges

du fond a d'ores et déjà été lancé (20). En outre, la Chambre criminelle devra préciser l'étendue du contrôle qu'elle entend exercer sur les cours d'appel, au titre de la motivation de la contrariété à l'intérêt social des comportements délictueux. D'autre part, l'acte illicite pouvant constituer une corruption active ou un trafic d'influence, on peut se demander si ces faits commis après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal ne risquent pas de « changer la donne ». En effet, l'art. 433-25 c. pén. précise que pour ces deux infractions la responsabilité pénale de la personne morale peut être mise en oeuvre dans les conditions prévues par l'art. 121-2 du même code, et les peines encourues sont particulièrement sévères : selon les cas, les amendes sont très lourdes (5 000 000 F pour la corruption active et 2 500 000 F pour le trafic d'influence) et diverses interdictions, notamment professionnelles, peuvent être prononcées, sans oublier d'éventuelles exclusions des marchés

publics. Cela ne pourrait-il pas conduire les juges à reconsidérer leur position (21). La question ne manquera pas de se poser car le fait d'exposer la société à un risque aussi important peut apparaître comme contraire à son intérêt... ce qui serait une sorte de retour à la « case départ ». Les peines encourues ne semblent guère de nature à contrebalancer un éventuel « profit », sauf cas exceptionnel. Il est certain que lorsque le profit n'est pas

supérieur au risque, il est porté atteinte à l'intérêt social (22) puisque le fonctionnement même de la société est en péril : le délit d'abus de biens sociaux est alors constitué et cette infraction ne peut alors être justifiée. En effet, la simple application des règles classiques de la justification pénale impose cette solution : le droit pénal admet la possibilité de commettre une infraction en toute impunité, mais l'état de nécessité n'est considéré comme un fait justificatif que si la valeur sacrifiée est inférieure ou au plus égale à la valeur sauvagée.