
GROUPE ISP

ENM 2019 – Droit pénal – Cas pratique

Enoncé

Dirigeant de la SARL MTO, spécialisée dans le commerce des métaux de récupération, M. MARTIN a porté plainte auprès d'un service de police en exposant avoir découvert, par des vérifications ayant suivi la réception d'une lettre anonyme, que son prédécesseur, M. JACQUES, avait vendu régulièrement des quantités importantes de métaux de la société à des entreprises ou à des particuliers, sans facture et en obtenant des règlements en espèces. Pour étayer sa plainte, M. MARTIN a remis aux policiers l'enregistrement d'une conversation téléphonique qu'il avait eue avec M. JACQUES au sujet des ventes litigieuses, enregistrement réalisé à l'insu de celui-ci.

L'enquête préliminaire qui a suivi ayant établi la vraisemblance des faits dénoncés, une information a été ouverte par le procureur de la République du chef d'abus de biens sociaux à l'encontre de M. JACQUES qui était ensuite mis en examen de ce chef.

Les investigations conduites sur commission rogatoire allaient révéler d'autres faits ignorés lors de l'ouverture de l'information. Les policiers, cherchant à établir l'ampleur des ventes effectuées par M. JACQUES dans les conditions précitées, découvraient incidemment que celui-ci détenait du cuivre en grande quantité dans le garage attenant à son domicile. Le juge d'instruction aussitôt informé de ces faits, après avoir entendu brièvement sur cette possession M. JACQUES qui prétendait acheter ce métal et le payer en espèces à des particuliers sans justificatif de son origine ou de sa provenance, le mettait supplétivement en examen du chef de recel de vol.

Question 1 : (5 points)

Vous examinerez, en analysant la jurisprudence en vigueur, les conditions de validité, en l'espèce, des actes d'enquête préliminaire suivie d'une information ayant pour point de départ la fourniture aux policiers d'un élément de preuve obtenu par un particulier dans les conditions qui sont indiquées.

Question 2 : (6 points)

Vous examinerez, en les analysant notamment au regard de la jurisprudence que vous exposerez, si tous les éléments constitutifs de l'infraction d'abus de biens sociaux sont réunis à l'encontre de M. JACQUES, sachant que celui-ci invoque notamment l'absence de preuve qu'il ait agi dans son intérêt personnel et contrairement à l'intérêt de sa société.

Question 3 : (4 points)

Vous expliquerez à quelles recherches vous devez vous livrer pour déterminer le point de départ de la prescription de l'action publique concernant l'abus de biens sociaux reproché à M. JACQUES, après avoir rappelé l'évolution de la jurisprudence applicable à ce type d'infraction.

Question 4 : (5 points)

Au regard des règles gouvernant la saisine du juge d'instruction que vous rappellerez, vous examinerez la validité de la mise en examen de M. JACQUES pour recel.

Corrigé

©M. TOUILLIER

Question 1 :

Cette question appelait un **traitement d'ordre exclusivement procédural** portant sur la régularité des investigations accomplies en l'espèce par les différents agents qui s'étaient succédé.

Pour apprécier celle-ci, il convenait de tenir compte de la qualité des investigateurs ainsi que du cadre en application duquel les preuves avaient été recueillies, l'analyse des mesures en cause pouvant suivre l'ordre chronologique du récit.

La principale originalité du cas tenait au fait que les premiers actes d'enquête avaient été accomplis non par des autorités policières, mais par un particulier (M. MARTIN) *ainsi que le soulignait la question*. À l'appui de sa plainte contre M. JACQUES, M. MARTIN indiquait en effet avoir enregistré la conversation téléphonique qu'il avait eue avec ce dernier à son insu. Or cette conversation, parce qu'elle portait sur les ventes de métaux qu'il soupçonnait son prédécesseur d'avoir effectuées illégalement, devait lui permettre d'étayer sa plainte. Il convenait dès lors de s'interroger sur la régularité de cette première pièce à l'aune de la jurisprudence spécifique à l'administration de la preuve par des personnes privées.

Cette question fait plus directement écho au respect du **principe de loyauté des preuves**, autour duquel la Cour de cassation a développé une jurisprudence distinguant le niveau d'exigence quant à la recevabilité des preuves pénales selon qu'elles sont administrées par des personnes dépositaires de l'autorité publique ou par des personnes privées.

Si la Haute juridiction récuse toute preuve administrée par les autorités policières au moyen d'une provocation à la commission de l'infraction¹ ou d'un stratagème propre à vicier la recherche et l'établissement de la vérité², elle se montre en revanche plus compréhensive à l'égard des particuliers, à partir du moment où ils ne font pas usage de violence et qu'ils sont bien les seuls à l'initiative du recueil de la preuve obtenue même illégalement³. Ainsi a-t-elle admis qu'un groupe de particuliers ait recours à un procédé dit de *testing* pour provoquer la preuve de faits discriminatoires⁴, qu'un époux produise le procès-verbal d'huissier retranscrivant l'enregistrement d'une conversation téléphonique entre lui et son épouse pour établir le caractère mensonger de l'attestation qu'elle avait fournie dans leur procédure de divorce⁵ ou, dans la fameuse affaire *Bettencourt*, que le maître d'hôtel de la milliardaire, tiers à la procédure, ait produit l'enregistrement de conversations privées réalisé à l'insu des personnes concernées⁶.

¹ Pour une illustration, voir not. Cass. crim., 27 février 1996, n° 95-81.366, *Bull. crim.* n° 93.

² V. not. l'arrêt d'assemblée plénière du 6 mars 2015, n° 14-84.339.

³ Voir not. l'affaire de chantage ayant impliqué le roi du Maroc dans laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation avait refusé d'admettre la validité d'enregistrements clandestins obtenus par des particuliers, en raison de la participation indirecte d'autorités policières (Cass. crim., 20 septembre 2016, n° 16-80.820). Cette solution fut toutefois désavouée par l'assemblée plénière, qui considéra pour sa part qu'aucune participation de cette sorte n'était établie (Cass. ass. plén., 10 novembre 2017, n° 17-82.028).

⁴ Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.* n° 131.

⁵ Cass. crim., 31 janvier 2007, n° 06-82.383, *Bull. crim.* n° 27.

⁶ Cass. crim. 31 janvier 2012, n° 11-85.464, *Bull. crim.* n° 27.

Il n'est pas douteux, en l'espèce, que **M. MARTIN a pris l'initiative de l'enregistrement de la conversation susceptible d'étayer sa plainte**. S'il apparaît davantage comme un tiers à la procédure que comme la victime directe (qui serait par définition la SARL MTO s'agissant de faits d'abus de biens sociaux), les conditions d'obtention de son enregistrement n'apparaissent pas pour autant contestables au regard de la jurisprudence libérale évoquée ci-dessus. Il fallait par conséquent considérer que cet élément de preuve avait été régulièrement administré.

Dans une moindre mesure, il n'y avait pas lieu de s'inquiéter de l'origine des soupçons ayant conduit M. MARTIN à procéder à un tel enregistrement car, vis-à-vis d'un particulier, la jurisprudence ne pose aucune exigence comparable à celle conditionnant l'ouverture d'une enquête de flagrance par des autorités policières à l'existence d'un « *indice apparent d'un comportement délictueux* »⁷. Ajoutons que la valeur et l'antériorité (non renseignée) des éléments de preuve rapportés par M. MARTIN étaient sans incidence sur la possibilité qu'ont toujours les autorités policières d'ouvrir une enquête préliminaire (article 75 du CPP).

Question 2 :

L'examen de cette question devait se traduire par une application des règles du **droit pénal spécial** au cas particulier de l'infraction d'abus de biens sociaux. Après avoir rappelé, de manière générale, que le principe de la légalité des délits et des peines subordonne toute recherche de responsabilité pénale d'un individu à l'existence préalable d'un texte incriminant le comportement considéré, il convenait d'identifier en l'espèce l'article L. 241-3, 4°, du Code de commerce compte tenu de la forme de la société victime des faits concernés (une SARL). Ce texte prévoit, en son 4°, qu'« *est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros [...] Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ».

Les éléments constitutifs de ce délit étaient-ils réunis à raison du fait pour M. JACQUES d'avoir vendu « régulièrement » des quantités importantes de métaux de la société dont il était alors le dirigeant, sans produire de facture et en obtenant le règlement en espèces ?

Du point de vue de la matérialité des faits, l'on pouvait tout d'abord constater, à la lumière de la jurisprudence, que l'usage des biens ou du crédit de la société s'applique sans difficulté aux **actes de disposition** d'éléments du patrimoine social, visant par exemple à dissiper celui-ci au moyen d'une cession d'actions à un prix dérisoire⁸.

Pouvait-on en dire autant des ventes litigieuses ici ? Sans doute pas aussi aisément en l'absence d'informations sur la valeur des métaux cédés et le prix de la cession réalisée en espèces. Il n'en demeure pas moins que les ventes de métaux réalisées par M. JACQUES ont affecté le patrimoine de la société et qu'à défaut d'avoir été facturées, elles ne pouvaient être inscrites dans les comptes de la société. Il en résultait nécessairement un appauvrissement du patrimoine social et potentiellement un risque de sanctions pénales ou fiscales pour la SARL du fait de la dissimulation des recettes issues des ventes. Ce faisant, de telles opérations traduisaient à l'évidence un **acte contraire à l'intérêt social**.

Dans une affaire (très) proche du présent cas, la chambre criminelle a d'ailleurs récemment approuvé une cour d'appel d'avoir condamné un dirigeant pour abus de biens sociaux après avoir constaté qu'il avait procédé à des ventes, en l'absence de factures, de métaux et reçu en

⁷ Cass. crim., 11 juillet 2007, n° 07-83.427, *Bull. crim.*, n° 183.

⁸ Voir par exemple Cass. crim., 23 mai 2013, n° 12-81.222.

contrepartie des espèces et que ce fait, indépendamment du point de savoir quel emploi il avait fait des liquidités reçues, qui avait eu pour effet de détourner frauduleusement à son profit une partie de l'actif de la société dont il était le gérant, constituait le délit d'abus de biens sociaux au préjudice de cette société⁹. Pour la Cour de cassation, « *la dissimulation d'une partie de l'activité de vente de métaux de la société, exposant celle-ci à un risque anormal de sanctions pénales ou fiscales, caractérise l'usage abusif des biens de cette société* ». Cette position s'inscrit dans la droite ligne d'une jurisprudence ancienne sur l'exposition de l'actif social à un risque injustifié de pertes, même sans contrepartie¹⁰.

De ce point de vue, le fait que l'ancien dirigeant se défende d'avoir agi **dans son intérêt personnel** ne saurait faire obstacle à la constitution de l'infraction car la Cour de cassation a jugé, dans de telles circonstances (et dans la même affaire), que « *le produit de ces opérations, dont il n'est pas justifié qu'il ait été utilisé dans le seul intérêt de la société, l'a nécessairement été dans l'intérêt personnel du dirigeant social qui s'est vu remettre les sommes en espèces* »¹¹. C'est dire qu'une présomption de recherche d'intérêt personnel pèse sur le dirigeant, à qui il incombe alors de justifier que les biens ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, facilitant ainsi tout à la fois la preuve des éléments matériel et moral du délit d'abus de biens sociaux.

L'article 121-3, alinéa 1^{er} du Code pénal pose le principe selon lequel il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Sur le plan intentionnel, le délit d'abus de biens sociaux suppose, au préalable, la connaissance ou conscience du caractère contraire à l'intérêt social de l'usage observé. Il requiert, ensuite, la volonté d'agir en connaissance du caractère contraire à l'intérêt social, c'est-à-dire la mauvaise foi du dirigeant. Enfin, l'article L. 241-3, 4^o du Code de commerce évoque un usage « *à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il [le gérant] est intéressé directement ou indirectement* ». Au vu des circonstances dans lesquelles les ventes litigieuses ont été conclues et leur produit dissimulé, il est permis de considérer que l'intention délictueuse de M. JACQUES était suffisamment établie au regard de la position sévère de la jurisprudence évoquée ci-dessus.

Il s'expose en conséquence à une peine de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.

Question 3 :

À la jonction des règles substantielles et procédurales applicables en matière pénale, se posait ensuite la question de la détermination du point de départ de la prescription de l'action publique concernant le délit d'abus de biens sociaux. En l'absence d'indication sur la datation des faits, l'objet de cette question posée abstraitement (« *à quelles recherches...* ») était de recueillir un état des connaissances autour du sort particulier que la jurisprudence, mais désormais aussi la loi, réservent à une telle infraction.

Si la prescription de l'action publique pour les délits est en principe de six années à compter à compter du jour où ils ont été commis (pour rappel, le délai a été doublé par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017), l'article 9-1 du CPP prévoit en effet, en son troisième alinéa, que **ce délai court, en présence d'infractions occultes ou dissimulées, à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique**, sans toutefois qu'il puisse excéder douze années révolues pour les délits à compter du jour où ils ont été commis. Le même article précise ce qu'il faut entendre par infraction occulte ou dissimulée dans ses deux derniers alinéas :

⁹ Cass. crim., 6 avril 2016, n° 15-81.859.

¹⁰ Cass. crim. 8 décembre 1971, *Bull. crim.* n° 346.

¹¹ Cass. crim., 6 avril 2016, préc.

- « Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire » ;

- « Est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte ».

C'est précisément à l'une ou l'autre de ces catégories d'infractions que la jurisprudence rattachait déjà l'abus de biens sociaux avant l'entrée en vigueur de ces dispositions dans leur rédaction résultant de la réforme précitée du 27 février 2017. Après avoir consacré le caractère occulte de l'abus de biens sociaux par un arrêt du 7 décembre 1967¹², puis rendu cette infraction quasi-imprescriptible en décidant qu'elle ne pouvait être poursuivie qu'à partir du moment où elle était apparue et constatée « dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »¹³, la chambre criminelle a posé quelques limites à la possibilité de poursuivre ce délit en précisant, à compter de 1997, que « la prescription de l'action publique court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société »¹⁴. Il résulte de cette évolution que la publication annuelle des comptes sociaux constitue le point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux, confirmant ainsi le caractère occulte par nature de cette infraction, à moins que des manœuvres imputables à l'auteur des faits n'aient conduit à lui conférer un caractère dissimulé propre à justifier un report du point de départ de la prescription.

Le véritable changement engendré par la réforme de 2017 réside, à cet égard, dans l'introduction d'un « délai butoir » de douze années révolues pour les délits (et de trente années révolues pour les crimes), à compter du jour où l'infraction a été commise, au-delà duquel la prescription doit être considérée comme acquise, nonobstant le caractère occulte ou dissimulé du délit.

Que les faits de l'espèce trouvent leur origine avant ou après l'entrée en vigueur de cette réforme (ce que l'on ignorait), il y avait tout lieu de penser, en conclusion, que le point de départ de la prescription de l'action publique devait être reporté au moment de la découverte des ventes litigieuses (par le nouveau gérant *a priori*) et que le délit pouvait en conséquence bien faire l'objet de poursuites au moment où l'information judiciaire a été ouverte (celle-ci valant exercice de l'action publique).

Question 4 :

Pour finir, la mise en examen pour recel de vol de M. JACQUES devait conduire à s'assurer des conditions dans lesquelles le juge d'instruction peut étendre, de sa propre initiative ou sous réserve d'une demande en ce sens, le champ de ses investigations alors qu'il avait été initialement saisi pour des faits d'abus de biens sociaux.

Rappelons que le juge d'instruction n'a pas le pouvoir de s'autosaisir et qu'il ne peut informer, en vertu de l'article 51 du CPP, qu'après avoir été saisi :

- soit par le réquisitoire introductif d'instance émanant du procureur de la République, quelle que soit la gravité de l'infraction (article 80, I, du CPP) ;

¹² Cass. crim., 7 décembre 1967, *Bull. crim.* n° 321 : « en matière d'abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où ce délit est apparu et a pu être constaté ».

¹³ Cass. crim., 10 août 1981, *Bull. crim.* n° 244.

¹⁴ Cass. crim., 5 mai 1997, *Bull. crim.* n° 159.

- soit par la plainte avec constitution de partie civile déposée par la partie lésée en cas de crime ou de délit (article 85 CPP).

Conformément au **principe de la saisine *in rem***, c'est-à-dire quant aux seuls faits qui lui sont dénoncés, le magistrat instructeur ne peut, par ailleurs, instruire sur d'autres faits que ceux pour lesquels il a été saisi par le réquisitoire introductif ou la plainte avec constitution de partie civile.

Il s'ensuit que lorsque des faits nouveaux, non visés au réquisitoire, sont portés à la connaissance du juge d'instruction, celui-ci ne peut valablement étendre le champ de sa saisine que sur la base d'un **réquisitoire supplétif** du procureur de la République (article 80, I, al. 3, du CPP). Pour cela, le juge d'instruction doit immédiatement communiquer au parquetier les plaintes ou les procès-verbaux constatant les faits nouveaux. **Interdiction lui est faite de procéder entretemps à des actes d'investigation autres que la consignation des faits nouveaux dans un PV ou l'accomplissement en urgence des vérifications sommaires pour en apprécier la vraisemblance**¹⁵.

Le magistrat instructeur ne pouvait dès lors interroger de sa propre initiative M. JACQUES sur les faits de recel de vol¹⁶ et encore moins le mettre en examen supplétivement, sauf à justifier de l'existence d'un lien indivisible entre ces faits et ceux d'abus de biens sociaux¹⁷. Cela paraissait toutefois peu évident ici (les marchandises volées n'ayant visiblement pas été achetées au nom et pour le compte de la société, de sorte qu'elles ne pouvaient être celles qui avaient été revendues en espèces ensuite), donc une cause de nullité pouvait être envisagée à ce titre.

¹⁵ Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.* 226.

¹⁶ Comp. Cass. crim., 8 juin 2017, n° 17-80.709 : Des questions posées par le juge d'instruction, auxquelles le fils de la personne mise en examen a répondu en qualité de témoin de manière circonstanciée, excèdent de simples vérifications sommaires, ce dernier ayant été conduit à confirmer, hors la présence d'un avocat, ses déclarations incriminantes antérieurement reçues par les services de police.

¹⁷ Voir, en ce sens, Cass. crim., 29 juill. 1875 où la Cour de cassation a exigé des tribunaux qu'ils établissent l'existence, entre les infractions en présence, d'« *un lien tellement intime que l'existence des unes ne se comprendrait pas sans l'existence des autres, l'ensemble formant un tout indivisible* ».