

FRAUDE ET INTÉRÊT SOCIAL : LA PROBLÉMATIQUE DE L'ABUS DE BIENS SOCIAUX

Parmi les fraudes commises par les dirigeants au sein des entreprises figure une particularité du système répressif français, l'abus de biens sociaux. Cette infraction, qui constitue un abus de confiance spécifique aux sociétés commerciales, vise à protéger l'intérêt social. Or, l'intérêt social n'a pas été défini par la loi. S'agit-il de l'intérêt des actionnaires de la société, de l'intérêt de la société commerciale en général ou de celui de l'entreprise qui en

est la victime ? En droit, l'intérêt social est confondu avec celui de la société commerciale qui est dotée de la personnalité morale. Cette vision met en évidence le fait que les intérêts à protéger dépassent ceux des actionnaires, ce qui rejoint certaines analyses et critiques récentes de la théorie de l'agence. Toutefois, la prise en compte de l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux est susceptible de dépasser le concept même de la personne morale, pour prendre en considération l'intérêt de l'entreprise, et de ses parties prenantes.

Par **Brigitte PEREIRA***

* Professeur de Droit et de Responsabilité Sociale des Entreprises – EM Normandie, Laboratoire Métis – Chercheur associé – NIMEC, IAE de Caen Basse-Normandie.

INTRODUCTION

Le développement de la délinquance en col blanc (SUTHERLAND, 1945) conduit à se poser des questions sur l'adéquation des normes destinées à enrayer ce phénomène (GENAIVRE, 2011). En effet, la mondialisation des marchés en s'accompagnant d'une multiplication des transactions, diversifie les prises de risques des entreprises et de leurs dirigeants. Ces derniers sont alors conduits de manière constante à adapter leurs décisions d'investissement pour mieux asseoir la compétitivité des entreprises qu'ils dirigent. Si les risques financiers, commerciaux, sociaux et fiscaux vont en s'accroissant et intègrent une certaine acceptabilité, le risque pénal connaît une extension et fait l'objet de questionnements. Perçue, par les uns, comme un frein à la liberté d'entreprendre à travers la surpénalisation des activités économiques (CHAPUT, 2009) et, par les autres, comme une répression nécessaire pour pouvoir protéger les intérêts des entreprises et des personnes, la pénalisation des affaires connaît une évolution empreinte de celle de l'environnement économique (ROBERT, 2009). En ce domaine, le souci d'une efficacité répressive a été manifesté (CONTE, 2008), notamment en matière de corruption et de blanchiment (KOERING-JOULIN et HUET, 2005 ; PEREIRA, 2008, 2011). S'agissant plus précisément des comportements frauduleux du dirigeant d'entreprise, une attention particulière a été portée à ceux ayant des incidences sur le fonctionnement de l'entreprise et sur le sort des acteurs qui la composent.

À travers ces évolutions, nous nous intéresserons dans cet article aux questionnements qui s'attachent à cette norme traitant de cette fraude particulière qu'est l'abus de biens sociaux, une infraction spécifique aux dirigeants de sociétés commerciales. L'incrimination d'abus de biens sociaux vise à protéger l'intérêt de la société commerciale, ou l'intérêt social. Mais si la norme répressive est constitutive de l'une des réponses possibles à la fraude, elle soulève de nombreuses questions sur ce qu'il faut entendre par la protection de l'intérêt social. L'abus de biens sociaux (une fraude très médiatisée) soulève certes la problématique de la distinction entre la faute de gestion et la fraude. Mais, elle pose plus encore une importante question de fond qui intéresse tout autant le gestionnaire que les économistes, les sociologues, ou encore les juristes, les chercheurs et les praticiens ; cette question est celle-ci : quel intérêt le législateur vise-t-il à protéger ? Celui des actionnaires de la société commerciale, celui de l'entreprise en tant que personne morale ou, plus largement, l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise dotée de la personnalité juridique ? On soulève, en réalité, la question d'une certaine insuffisance de la norme pénale, se rapprochant ainsi des travaux réalisés en matière de gestion, de sociologie et de finance (GOSHAL et MORAN, 1996 ; GENAIVRE,

2011 ; JACQUINOT, PELLISSIER-TANON et STRTAK, 2011). Ainsi, pour le juriste, la question posée est celle de savoir si la norme de nature légale peut ou non comporter une dimension parfois laconique souhaitée ou non par le législateur en fonction de sa visée pédagogique et/ou sanctionnatrice (CARBONNIER, 1958). Toutefois, s'agissant de la norme pénale, la précision doit être de rigueur dès lors que son application emporte des peines privatives de liberté. Or, cela suppose que le législateur rédige des textes précis, ce qui n'est pas toujours le cas (COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, 2011). En matière d'abus de biens sociaux, la loi souffre de certaines insuffisances, obligeant les juridictions à l'interpréter en fonction des circonstances, alors que le principe est une interprétation stricte de la loi répressive sous peine d'arbitraire (article 111-4 du Code pénal). Si certains travaux relatifs aux théories de la finance comportementale (CHARREAUX, 2005), aux coûts de transaction (WILLIAMSON, 1996) ont mis en évidence certaines insuffisances des lois anticriminalité, soit parce qu'elles provoquent une addiction, soit parce qu'elles créent des espaces discrétionnaires exploitables par les délinquants (GOSHAL et MORAN, 1996 ; GENAIVRE, 2011 ; JACQUINOT, PELLISSIER-TANON et STRTAK, 2011), le regard du juriste permet de compléter ces analyses en révélant d'autres insuffisances. Ces dernières résultent du fait qu'au-delà des limites de la loi elle-même, l'amplification de celle-ci par les interprétations judiciaires peut conduire à créer des confusions entre ce qui est une fraude contraire à l'intérêt social, et ce qui relève du risque normal de gestion. Inversement, la pratique peut aussi inspirer le législateur, ce dernier consacrant au travers de la norme légale, ce qui a été mis en évidence par la jurisprudence (CARBONNIER, 1958 ; BOCQUILLON et MARIAGE, 2011). Ces constats intéressent directement l'infraction d'abus de biens sociaux. Alors que la plupart des États européens ont consacré des infractions qui peuvent être le fait de n'importe quel auteur, comme l'abus de confiance, et donc réprimer sur la base de cette qualification les actes frauduleux commis par des dirigeants (MÉDINA, 2001), le système français consacre un abus de confiance spécifique aux dirigeants de certaines sociétés commerciales, l'abus de biens sociaux. Il s'agit de sanctionner le fait pour un dirigeant d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société en commandite par actions, d'user de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société au détriment de l'intérêt de celle-ci et en poursuivant un intérêt personnel direct ou indirect (1). Ensuite, si cette fraude suscite une attention particulière, c'est aussi parce que la question se pose de savoir si elle constitue une réponse adé-

(1) Articles L. 241-3-4° et L. 242-6-3° du Code de commerce.

quate aux détournements commis au sein des entreprises par les dirigeants. Les économistes et juristes relèvent la pertinence de cette infraction parce qu'elle vise à protéger l'intérêt de l'entreprise. L'intérêt de cette dernière, entendu comme l'intérêt social, ne peut être confondu avec le seul intérêt des actionnaires. Il doit être vu comme celui de la société commerciale en tant que personne morale disposant d'un patrimoine propre. Aussi, la sanction de cette infraction constitue une contribution à la stabilité économique et financière en atténuant « les biais concurrentiels » (BLAZY, 2005, p. 29).

Cependant, pour être le moyen de la stabilité économique comme celui de la protection de l'intérêt social, le texte érigeant les actes frauduleux en abus de biens sociaux doit répondre à l'exigence d'intelligibilité. L'intelligibilité de la loi conditionne les comportements en visant notamment à dissuader tout individu à entrer dans le périmètre de la fraude. Or, rien n'est moins sûr, car la pratique révèle un risque pénal étendu, sans que l'objet à protéger, c'est-à-dire l'intérêt de la société commerciale, ou l'intérêt social, soit clairement identifié. Cela revient donc à poser la question de savoir ce qui constitue l'acte frauduleux et l'intérêt qui est à protéger.

L'ambition de cet article est de comprendre ce qui est recherché en consacrant cette forme spécifique de l'abus de confiance. Il s'agira pour nous d'appréhender l'intérêt social selon une approche managériale et juridique. Nous verrons que l'intérêt social est compris comme le dépassement de la logique actionnariale, ce qui ouvre des possibilités de prendre en compte l'intérêt des parties prenantes de l'entreprise. Mais, la notion d'intérêt social reste néanmoins difficile à définir : cet intérêt est confondu avec celui de l'entreprise en tant que personne morale, la tierce personne, ce qui ne permet pas explicitement de prendre en compte l'ensemble des acteurs de l'entreprise, mais seulement une entité tierce. Néanmoins, la pratique a aussi montré que l'entreprise peut être considérée en dehors de la limite que constitue le concept de personnalité juridique : en dépassant le concept de personne morale, l'ensemble de l'entreprise peut être appréhendé autrement. Les décisions de la Cour de cassation révèlent, en effet, la prise en compte d'un intérêt social variable selon que l'on est en présence d'un groupe de sociétés ou d'une société indépendante. Dès lors, nous verrons, dans une première partie, en quoi cette pénalisation de l'abus des dirigeants est destinée à protéger de manière spécifique l'intérêt de l'entreprise. Puis, nous appréhenderons, dans une seconde partie, le concept de l'intérêt social au travers du rapprochement des visions managériale et juridique. Cette démarche nous permettra de mettre en évidence, dans une troisième partie, l'évolution à laquelle nous sommes en train d'assister : la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise, au-delà de la vision plus étroite de la personne morale.

LA PÉNALISATION D'UN ABUS DE CONFIANCE SPÉCIFIQUE : L'ENTREPRISE, UNE PERSONNE MORALE

L'abus de biens sociaux (ABS) est un abus de confiance spécifique en ce qu'il est commis par les dirigeants de certaines sociétés commerciales. La volonté de dissuader les dirigeants d'entreprise de commettre de tels abus fait suite à la crise de 1929. Ce sont des considérations économiques qui ont poussé le législateur à viser spécifiquement la fraude du dirigeant (STASIAK, 2005). La crise de 1929 comme le scandale du Crédit mutuel de Bayonne (plus connu sous l'appellation de « l'Affaire Stavisky ») ont entraîné l'adoption de la loi du 8 juin 1935 accordant au gouvernement des pouvoirs exceptionnels pour lutter contre la spéculation et assurer la défense du franc. Les deux décrets qui ont suivi, ceux des 8 août et 30 octobre 1935, ont consacré l'infraction d'abus de biens sociaux. Alors qu'avant 1935, les détournements commis par les personnes chargées de gérer les biens d'autrui étaient réprimés au travers de l'abus de confiance, le dirigeant ayant en charge de gérer une société commerciale est désormais passible du délit d'abus de biens sociaux. Dès lors, « 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 ». Cette infraction visant plus particulièrement les gérants des SARL, s'applique également aux dirigeants de sociétés anonymes, de SAS (Société par actions simplifiée), de SASU (Société par actions simplifiée unipersonnelle) et de sociétés en commandite par actions (2). Sont donc concernés les gérants de droit ou de fait d'une SARL, d'une EURL (Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) ou d'une SCA (Société en commandite par actions), de même que les présidents, administrateurs et directeurs généraux d'une SA ou SAS. Il s'agit d'une infraction liée à la fonction de direction d'une entreprise, sous sa forme sociale, c'est-à-dire sous la forme d'une société commerciale dotée de la personnalité morale et disposant d'un patrimoine propre, c'est-à-dire distinct de celui du dirigeant. On comprend dès lors ce que la protection légale vise : la préservation de l'intérêt de la société – ou l'intérêt social –, en tant qu'entité propre, et pas seulement celui des actionnaires, même si ces derniers sont directement concernés par la commission du délit d'abus de biens sociaux. L'abus de biens sociaux

(2) Articles L. 242-3-4° et L. 242-6-3° du Code de commerce.

représente un abus de confiance spécifique puisqu'il vise la qualité de l'auteur, soit celui qui exerce la fonction de dirigeant, et la qualité de la victime, c'est-à-dire la société commerciale. L'abus de confiance est, en revanche, une infraction pouvant être commise par tout auteur, quelle que soit sa qualité. La spécificité de l'abus de biens sociaux réside également dans la gravité de la sanction. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 375 000 euros ; l'abus de biens sociaux est sanctionné de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Aussi, il convient de rappeler que dans le domaine répressif, une infraction n'est réputée commise que si tous ses éléments constitutifs sont caractérisés (article 111-4 du Code pénal). Dès lors, le comportement du dirigeant relevant de l'abus de biens sociaux n'est caractérisé que si les quatre éléments constitutifs suivants sont réunis : l'usage des biens ou du crédit de la société commerciale ; cet usage doit être contraire à l'intérêt de la société ; il doit encore poursuivre un intérêt personnel direct ou indirect du dirigeant ; et doit être commis de mauvaise foi. Ces quatre éléments sont spécifiques de l'abus de biens sociaux, ils sont donc distincts de ceux caractérisant l'abus de confiance. L'abus de confiance suppose un acte de détournement intentionnel au préjudice d'autrui de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque, qui ont été préalablement remis à l'intéressé, à charge pour lui de les restituer ou d'en faire un usage déterminé (3). La particularité de l'abus de biens sociaux réside alors dans la prise en compte du statut de la société commerciale, ce qui explique les quatre éléments constitutifs précités.

Le premier élément est l'usage des biens ou du crédit de la société commerciale. « User », c'est se servir, même temporairement avec l'intention de restituer. En ce sens, l'usage de l'ABS n'exige pas la démonstration d'un détournement comme c'est le cas pour l'abus de confiance, même si dans certaines hypothèses, usage et détournement sont liés. Il s'agit, par exemple, de bénéficier de prêts, d'avances, de véhicules, d'un logement et, plus globalement, d'une utilisation indue des biens appartenant en propre à la société commerciale. Ces biens regroupent l'ensemble des immeubles et des biens meubles corporels et incorporels (créances, baux, brevets, ...). Peu importe que l'entreprise détienne ces biens en qualité de propriétaire ou de locataire, voire même de simple dépositaire.

Le deuxième élément est celui d'un usage contraire à l'intérêt social. C'est cet élément qui soulève le plus de risques d'insécurité juridique, en ce que la loi ne définit pas ce qu'est l'intérêt social, alors qu'il s'agit de l'objet même de la protection.

(3) Article 314-1 du Code pénal.

Le troisième élément consiste à démontrer que cet usage poursuit un intérêt personnel direct ou indirect du dirigeant. La loi ne précise pas de quel type d'intérêt il s'agit.

Enfin, dernier élément, cette infraction doit être commise avec mauvaise foi. Il s'agit de prouver l'intention coupable de l'auteur : celui-ci doit non seulement avoir agi en usant de façon intentionnelle des biens de la société, mais il doit aussi l'avoir fait en sachant que cela allait porter atteinte aux intérêts de la société.

Ce sont ces deux derniers éléments, soit la poursuite d'un intérêt personnel du dirigeant et la mauvaise foi, qui devraient permettre d'opérer la distinction entre le caractère frauduleux de l'usage de biens et la faute de gestion : dans le premier cas, la prise de risque est répréhensible ; dans le second cas, elle ne l'est pas. Cette distinction recouvre dès lors un intérêt crucial pour le gestionnaire. Par ailleurs, il convient de rappeler qu'en matière criminelle, la règle est celle de l'interprétation stricte de la loi pénale, ce qui suppose que le législateur rédige des textes précis. Or, s'agissant de l'abus de biens sociaux, on relève que les termes du texte pénal traitant dudit délit sont imprécis. En effet, si c'est bien l'intérêt de l'entreprise, en tant que personne morale, qui fait l'objet d'une protection pénale, cet intérêt n'est pas pour autant précisé par le législateur. Ainsi, le dispositif légal, qui est pourtant le support fondamental à la compréhension de la répression de l'abus de biens sociaux, n'emporte aucune définition de ce qu'est l'intérêt social.

VERS UN RAPPROCHEMENT DES VISIONS MANAGÉRIALE ET JURIDIQUE POUR RÉPONDRE À LA DIFFICULTÉ D'APPRÉHENDER L'INTÉRÊT SOCIAL QUI EST POURTANT L'OBJET MÊME DE LA PROTECTION PÉNALE

Si le concept d'abus de biens sociaux comporte une dimension problématique, c'est avant tout parce que l'objet qu'il vise à protéger n'est pas clairement identifié ; cet objet, c'est l'intérêt social. Or, l'intérêt social n'a pas été défini par la loi. Il est compris comme l'intérêt de la personne morale, ou ce qui participe de la pérennité de l'entreprise. Il est vrai que « comme la bonne foi..., l'intérêt social est un standard, un concept à contenu variable ; d'autres parlent de concept mou » (COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, 2011, p. 175). Mais, ce concept mou nous conduit à rechercher son contenu à travers deux approches distinctes qui peuvent se révéler complémentaires : l'approche managériale et l'approche juridique. Au titre de la première approche, on se rend compte que l'on tend à dépasser l'intérêt des seuls actionnaires pour se placer dans une logique plus partenariale. L'intérêt social devrait alors être compris au travers du dépassement de la valeur actionnariale. Au titre de la seconde

Le patron donne le chèque. Dans la nuit, Stavisky lave le chiffre deux mille et dans la matinée va se faire payer soixante mille francs.

Naturellement, sur la plainte du Zelly's, on l'arrête. Au bout de quelques jours, on le remet en liberté provisoire et, à ce moment, le chèque truqué, l'unique pièce à conviction, disparaît du dossier. Quelqu'un vole dans les bureaux de la Police judiciaire.

La chose fait tout de même quelque bruit à la Préfecture. On soupçonne un inspecteur, celui-là même qui a arrêté Sta-

la mention « Titres livrés », ce qui crédite le compte du client d'un million.

On met trois mois à s'apercevoir de la supercherie et on arrête le comptable comme on avait arrêté l'employé voleur de chez Basset. Dans les deux cas, ils n'ont été que les instruments à peine conscients et mal rémunérés d'un escroc resté dans l'ombre. On l'identifie. C'est Stavisky. Des recoupements permettent d'évaluer à cinq millions le total des escroqueries que Sacha a réussies en quelques mois, avec des procédés divers, chez les agents de change.

Sacha a quarante ans. Mais c'est maintenant seulement qu'il mesure ses armes. Lui

une rupture. Au début de leur liaison, il n'est à ses yeux que l'ami généreux, le riche étranger. Et quand elle montre, fière, à ses camarades d'atelier, le premier bijou qu'il lui a offert, elle ne connaît pas sa destinée, elle ne sait pas quelle aventure prodigieuse l'attend et qu'un jour, dans l'ombre, sans autre gloire que le plaisir secret et aigü d'en être sûre, elle sera reine. Au bout de quelque temps, pourtant, elle pressent le drame, elle découvre Stavisky sous l'homme d'affaires banal. Mais il est trop tard, car déjà elle l'aime et, bravement, elle jouera le jeu.

Elle l'aime comme il l'aime et c'est peut-être le seul côté émouvant, humain, du roman. Effarants de sérénité au milieu du désordre qu'ils suscitent, les Stavisky sont des bourgeois. Ils se chrétiennent comme l'instituteur marié à l'institutrice, comme la fille de l'usiner mariée au fils génial du contre-maître. Ils n'ont de plaisir qu'assis l'un en face de l'autre, chez eux, et leurs gosses dans les genoux. Qui sait ? Si Sacha avait rencontré Arlette quelques années plus tôt, peut-être serait-il resté dans la loi. Il a travaillé pour elle comme les hommes travaillent pour les femmes qu'ils aiment, mais il ne pouvait plus le faire que dans le chemin où il était déjà prisonnier.

Donc, l'orage inévitable tombe sur eux en 1926. Arlette Simon s'aperçoit qu'elle est enceinte au moment même où un mandat d'arrêt est lancé contre Sacha.

Le scandale éclate dans tous les journaux. Cinq millions de détournements, c'est beaucoup et l'intérêt du public est d'autant plus facilement attiré que le voleur reste introuvable.

Un matin, on trouve dans un fossé, à Montigny-sur-Loing, le cadavre d'un homme qui s'est suicidé d'un coup de revolver à la tempe. C'est le père Stavisky, le brave honneur de dentiste, qui a compris aussi où allait son fils et qui a choisi, lui, de ne pas jouer le jeu.

Sacha est paisiblement installé dans sa villa de Marly-le-Roi. C'est le printemps. Il a des invités, une dizaine de couples. Les fenêtres sont ouvertes. Quelques hommes qui s'approchent silencieusement de la grille entendent les rires et le chant du gramophone. Arlette porte une grande robe blanche, ample, qui dissimule sa taille lourde. Sacha décide de se travestir pour amuser ses hôtes. Il va dans un cabinet de toilette, enlève ses vêtements. Pendant ce temps, les hommes de la grille ont brusquement surgi dans la maison.

Police !
Stavisky entend.

Tel un illusionniste de music-hall, Stavisky (ci-contre) fit sortir du néant une fortune gigantesque qui lui permit les aventures les plus téméraires et les plus fastueuses.

L'année dernière, il assura le triomphe de sa femme au « Corso Henri de Cannes ».

débuts, il garda l'atmosphère spectaculaire et c'est lui le dernier souverain de l'Empire.

rieux, va de nouveau arrêté à la Police judiciaire et le sage à tabac de première classe avouer qui est son vie-Stavisky courbe le dos sous et ne dit pas le nom. Le tsar à pour témoigner à l'anné n forcé de le relâcher et d

e jour-là, exactement, que Alexandre Sacha Stavisky devient requin; grand forban des parce qu'il est brûlé, désor-s rien à perdre. Un homme-avoir maquillé un chèque, ar des policiers, est perdu ciale. Hors la loi, il possède ut formidable sur ses adè- désespérée de scrupules, autre chose. Le juif beso-



lu jour au lendemain en se e qui paye ».

ployé de l'agent de change patron un paquet de va- endemain, vendues à Lon- as tard, un client, inscrit 'agent de change La For- ephone un ordre de vente illion de titres. Les titres, aient dû être livrés par le n. Ils ne le sont pas, mais pèce inscrite sur le dossier.

Les salles de jeux et les champs de courses se disputaient «ponte» effréné, qui dési- ta pas à tri- cher avec son chéri ». Le Grand Cyrus (ci-contre).

qui, dix ans auparavant, mangeait des sandwiches avec les barmen dans l'office du « Cadet-Roussel », brasse aujourd'hui des millions qui, pour n'être pas à lui, ne lui donnent pas moins puissance et assurance. Il a deux autos, un appartement rue Edouard-Detaille, une villa en banlieue. Et comme il fallait aussi une flamme pour animer ce corps mou qui volait par réflexe, pour la première fois de sa vie, le traîneur de coulisses, le cupide et maladroit amant de Fanny Bloch, le barbotin de la rue Caumartin que les véritables souteneurs méprisaient et maltraitaient, est amoureux. Il est amoureux d'une femme dont il ne se lassera jamais. Car celui qui allait passer, dans les années, qui allaient suivre, pour un des séducteurs professionnels les plus dangereux de Paris, n'a jamais eu, vraiment, une maîtresse. Il a couché avec des actrices pour la vanité, avec des filles de bar pour l'enlèvement d'une nuit, avec des étrangères ivres au hasard des palaces, avec des femmes d'hommes politiques, pour son travail : il n'a pas eu de liaison. Ce don Juan à la journée pouvait raconter toutes ses aventures à sa femme, ils pouvaient en rire tous les deux, il ne la trompait pas puisqu'il n'y a de trahison que du cœur.

C'était une fille de bourgeois, déclassée après une première faute et devenue mannequin dans une maison de couture. Elle s'appelle Arlette Simon. Elle rencontre Sacha alors qu'elle est désespérée et seule, après

IGTA D'OR

« Pour qu'il y ait abus de biens sociaux, le coupable doit non seulement avoir agi en usant de façon intentionnelle des biens de la société, mais il doit aussi l'avoir fait en sachant que cela allait porter atteinte aux intérêts de la société. », portrait de Stavisky (1886-1934) publié dans *Détective* en 1934.

approche, l'intérêt social correspond à celui d'une personne morale, l'entreprise, qui est vue comme une tierce personne. Ces deux approches présentent des aspects complémentaires parce qu'elles visent à dépasser

la logique strictement actionnariale. Mais elles mettent aussi en évidence un défaut du droit actuel : la non prise en compte de l'entreprise sur le plan légal, au-delà de l'existence d'une personne morale.

BRIGITTE PEREIRA

© Collection KHARBINE-TAPABOR

Le dépassement de l'intérêt actionnarial

Nous intéresser à l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux nous a conduit à essayer de comprendre de quelle manière s'opère la gouvernance dans les entreprises, ainsi que les mécanismes ayant pour effet de délimiter les pouvoirs des dirigeants (CHARREAUX, 1997). On pourrait souligner une forme d'adéquation entre la pertinence économique de certaines prises de risques et celle légale de l'infraction : seuls les actes manifestement frauduleux doivent faire l'objet d'une attention sur le plan pénal et non toutes les prises de risques des dirigeants. En se référant à la relation d'agence qui existe entre le dirigeant et les actionnaires, le risque pris pour le développement de l'entreprise conduit à admettre l'aléa, et à octroyer au dirigeant les pouvoirs subséquents (JENSEN et MECKLING, 1976). La prise de risques inhérente au secteur des affaires ne constitue pas en elle-même un abus de biens sociaux. En d'autres termes, le risque pris peut être conforme à l'intérêt social, même si cet intérêt est réduit à celui de la valeur actionnariale. Par ailleurs, pour rationaliser la prise de risque dans le sens de l'intérêt des actionnaires, la rémunération du dirigeant peut être déterminée de manière incitative (JENSEN et MURPHY, 1990 ; ARCIMOLES, LE MAUX, 2007). Dès lors, la détermination du montant de sa rémunération, en se fondant sur des critères incitatifs, devrait permettre d'éviter au dirigeant de poursuivre son seul intérêt personnel, et ainsi empêcher la commission d'un abus de biens sociaux. Ainsi, l'incitation est comprise à travers la théorie de l'agence comme le moyen pour arriver à aligner les intérêts des dirigeants sur ceux des actionnaires. Le contrôle des décisions du dirigeant ne devrait alors être que la seule prérogative des actionnaires (ALCHIAN et DEMSETZ, 1972 ; TIROLE, 2001). Selon cette conception, l'infraction d'abus de biens sociaux ne serait qu'une norme répressive dont la finalité serait de protéger les seuls intérêts des actionnaires. Or, le droit répressif vise la protection de l'ordre public, et non les intérêts d'une seule partie (CHAPUT, 2009). De plus, selon l'approche actionnariale, les intérêts de l'entreprise ne se réduiraient qu'à ceux des actionnaires, alors que d'autres parties peuvent aussi en avoir (LAZONICK, 2009). Par exemple, les prises de décisions des dirigeants comportent des incidences non seulement pour les actionnaires, mais aussi pour les salariés. Ces derniers peuvent être l'objet de mesures de licenciement pour motif économique selon l'évolution des résultats de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle l'intérêt social ne peut être réduit au seul intérêt des actionnaires, c'est-à-dire une approche exclusivement actionnariale (SEGRESTIN et HATCHUEL, 2011, 2012). Sur le plan du droit, à l'instar des autres normes pénales, l'abus de biens sociaux vise à protéger l'intérêt général, la sanction ayant vocation à préserver l'ordre public sociétal et non à garantir les droits d'une

seule partie, les actionnaires (COULON, 2008 ; PEREIRA, 2011). Par ailleurs, les rémunérations incitatives versées aux dirigeants, même si elles ont pour finalité un alignement sur les intérêts des actionnaires, sont susceptibles de constituer un abus de biens sociaux, dès lors que ces rémunérations se révèlent contraires à l'intérêt de l'entreprise (PARACHKEVOVA, 2010). Cela revient à dépasser l'intérêt exclusif des actionnaires pour appréhender un intérêt plus transversal, celui relatif à l'existence même de l'entreprise et à la prise en compte de tous les acteurs qui contribuent à son fonctionnement. Il s'agirait alors de progresser vers une démarche plus collective, voire partenariale, compatible avec le droit des sociétés (GUYON, 1989). Il est vrai que le dirigeant dispose d'un mandat social. Mais, cela ne signifie pas que ce mandat ait pour seul objectif la représentation des droits des actionnaires. Il s'agit, en réalité, d'un mandat qui engage l'entreprise prise dans son ensemble, à travers sa qualité de personne morale. Le dirigeant, titulaire du mandat social, est l'organe représentant l'entreprise sous sa forme sociale, soit la société commerciale dotée de la personnalité morale (article 225-56 du Code de commerce). En cela, nous dépassons l'intérêt des actionnaires. Or, cette analyse met en évidence une complémentarité du droit avec les nouvelles approches de la théorie de l'agence avancées par Blair et Stout (1999), ainsi que par Lan et Heracleous (2010). Selon Margaret M. Blair et Lynn A. Stout, l'entreprise est définie comme une activité productive complexe qui comporte plusieurs parties prenantes (BLAIR et STOUT, 1999). Il est dès lors nécessaire de dépasser l'approche contractualiste, du fait que les investissements spécifiques de l'entreprise supposent la prise en compte du capital humain. Dès lors, si l'entreprise ne peut se limiter aux seuls intérêts des actionnaires, elle doit également prendre en compte ceux des salariés en raison de leur contribution à la création de valeur. Il s'agit de l'approche *Team production* en vertu de laquelle les résultats de l'entreprise ne sont pas séparables, ni attribuables individuellement en raison de la multitude de parties prenantes (LAN et HERACLEOUS, 2010, p. 300). Cette approche correspond au droit des sociétés cotées en vigueur aux États-Unis ; en application de ce droit, les obligations des dirigeants sont exercées au nom de l'entreprise en tant qu'entité productive et non pas au nom des actionnaires (BLAIR et STOUT, 1999 ; STOUT, 2007). Il s'agit de prendre en compte le capital humain. Par ailleurs, le conseil d'administration dispose d'un pouvoir qui dépasse le simple rôle de contrôle, puisqu'il a la possibilité d'arbitrer au niveau de la prise en compte des intérêts des différentes parties en présence et de résoudre les conflits potentiels (LAN et HERACLEOUS, 2010). En effet, le conseil d'administration est alors censé représenter l'expression de l'entité que constitue l'entreprise prise dans son ensemble, sous sa forme de société commerciale (ROBÉ, 2011). De cette manière,

et en fonction de la coopération existant entre les différentes parties prenantes de la firme, les abus de pouvoirs des dirigeants pourraient être limités (BLAIR et STOUT, 1999). Il s'agirait alors de ne plus penser l'entreprise comme une société de capitaux, où la priorité serait accordée à la défense des droits des actionnaires. Blair et Stout mettent en lumière l'existence d'une tierce personne – *a legal person* –, distincte du groupe d'actionnaires, et qui permet aux parties prenantes de participer de manière plus déterminante à la prise de décision collective au sein de l'entreprise (BLAIR et STOUT, 1999, p. 781). Cette analyse se rapproche de celle du droit des sociétés applicable en France, en ce que l'intérêt de l'entreprise est compris comme celui de la personne morale, dépassant en cela l'intérêt des seuls actionnaires.

L'intérêt social défini comme l'intérêt d'une tierce personne, la personne morale

En se référant à la norme légale, l'infraction d'abus de biens sociaux vise à protéger le patrimoine de la société commerciale. Ce patrimoine ne peut être confondu avec celui des actionnaires, ces derniers ne disposant pas de la propriété de l'entreprise. L'existence de la personne morale est une fiction juridique qui présente l'intérêt de protéger l'objet social, et le patrimoine affecté à celui-ci (COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, 2000). Dès lors, l'abus de biens sociaux peut être réprimé, et ce, même lorsque les associés ont approuvé les comptes et la gestion du dirigeant (Cassation criminelle, 9 mai 1973). Cette démarche est donc très complémentaire de celle que nous avons développée précédemment. En cela, le droit permet de prendre en compte l'intérêt de l'entreprise, au-delà des seuls droits des actionnaires. Cependant, la personne morale, la tierce personne, en droit des sociétés, n'englobe pas explicitement l'ensemble des intérêts des parties prenantes, qu'elles soient internes ou externes à l'entreprise, dans une logique de démarche partenariale. Certes, la lecture faite du droit n'est pas incompatible avec la logique partenariale des membres composant l'entreprise (SEGRESTIN et HATCHUEL, 2011). Cette lecture peut même se concilier avec l'idée de solidarité dans le sens défendu par Yves Guyon, c'est-à-dire celui de la fraternité (GUYON, 1989, p. 440). Mais, la vision juridique, *stricto sensu*, n'envisage pas l'intérêt de la personne morale comme celui de l'ensemble des parties prenantes, tant internes (dirigeants, actionnaires et salariés) qu'externes (créanciers, fournisseurs, sous-traitants, État, ONG, consommateurs et la société prise dans son ensemble). L'immatriculation de la société commerciale ne conduit pas expressément à la prise en compte d'une démarche de partenariat d'ensemble. Les obligations juridiques comme les droits émanent d'une conception civiliste individualiste (CABRILLAC, 2012). La logique partenariale d'ensemble pensée

comme la participation plus déterminante de toutes les parties prenantes, ou comme la cogestion, n'existent pas explicitement en tant que principe général d'entreprise dans la loi. La démarche partenariale qui pourrait participer à la définition de l'intérêt social, ne s'exprime qu'en pointillés dans la pratique. En effet, ce sont les juges qui adaptent la norme aux évolutions sociétales, lorsque le droit se révèle insuffisant. Leurs décisions peuvent même aller à l'encontre de ce qui était initialement et expressément prévu par le droit, de façon à faire émerger une démarche plus collective, des décisions qui peuvent faire jurisprudence et influencer par la suite le législateur. Ainsi, si la loi prévoit que la société commerciale est constituée dans l'intérêt commun des associés et qu'elle est instituée en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter (articles 1832 et 1833 combinés du Code civil), l'interprétation qui a été faite de ces dispositions par la juridiction l'a été en prenant en compte l'intérêt des parties prenantes (PEREIRA, 2007 ; TREBULLE, 2010). Dès lors, l'intérêt de la société commerciale, ou plus généralement de l'entreprise, englobe non seulement l'intérêt de ses associés et de ses actionnaires, mais aussi ceux de ses partenaires, c'est-à-dire ceux de ses salariés, de ses cocontractants et de ses créanciers. En d'autres termes, les décisions des juges confrontés à la pratique prennent en compte l'intérêt de tous les partenaires directement intéressés au fonctionnement de l'entreprise. En conséquence, l'intérêt de l'entreprise ne coïncide pas nécessairement avec celui des seuls associés ou actionnaires (TREBULLE, 2010), ce qui se rapproche des analyses de Blair et Stout (1999) et de Lan et Heracleous (2010). Toutefois, la complémentarité des visions managériale et juridique souffre de certaines limites, ces dernières rendant compte de l'insuffisance actuelle du droit de l'entreprise. En effet, si l'intérêt de l'entreprise dépasse celui des actionnaires, on ne peut pas pour autant considérer que l'intérêt de la personne morale sur le plan juridique correspond réellement à celui de l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise. L'intérêt social considéré au travers de la personne morale et l'intérêt de l'entreprise sont deux notions qui ne recouvrent pas les mêmes réalités. Plus précisément, la variabilité du fonctionnement des entreprises suppose que l'intérêt de celles-ci soit pris en compte de manière appropriée : la loi ne peut dès lors définir l'intérêt social d'une manière étroite au travers du seul principe de l'autonomie patrimoniale de la société. En définitive, si la définition de l'intérêt social ne peut être qu'un exercice difficile, cela voudrait dire qu'il ne peut s'agir que d'un intérêt social « œcuménique », (COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, 2011, p. 176). Néanmoins, si l'intérêt social devait dépasser celui des actionnaires, il devrait également dépasser la seule considération de la personnalité juridique pour englober l'entreprise et ses parties prenantes.

VERS LA PRISE EN COMPTE DE L'INTÉRÊT DE L'ENTREPRISE AU-DELÀ DE LA PERSONNE MORALE

Confrontés à l'absence de définition de l'intérêt social dans la loi, les tribunaux ont été contraints d'interpréter la norme en fonction des circonstances. Dès lors, l'appréciation de l'intérêt social n'est pas la même lorsque l'on est en présence d'un groupe de sociétés. Même si chacune des filiales dispose de l'autonomie juridique, les juges ont décidé de faire prévaloir la réalité du groupe en tant qu'entreprise sur l'existence de la personne morale qui s'attache à chacune des entités du groupe. Mais plus encore, la protection de l'intérêt social a fait l'objet d'une importante extension lorsque les juges ont mis en place des présomptions de culpabilité à l'encontre de dirigeants peu scrupuleux et lorsque, dans l'intérêt de l'entreprise, l'infraction a été rendue imprescriptible.

Les indices de la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise : entre l'intérêt du groupe de sociétés et celui de la filiale

Au sein d'un groupe de sociétés, chaque filiale dispose de l'autonomie patrimoniale, du fait qu'elle bénéficie d'un statut autonome. Dès lors, un usage contraire à l'intérêt de la filiale, même s'il est conforme à celui de la société-mère, devrait constituer un abus de biens sociaux. Toutefois, les juridictions ont admis une certaine souplesse, en tenant compte de certains aspects économiques, notamment le fait que les sociétés d'un même groupe peuvent effectuer entre elles des échanges et des prêts financiers. Ainsi, des flux financiers sont possibles entre sociétés d'un même groupe si trois conditions sont réunies : a) le concours financier doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun ; b) cet intérêt doit être apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe, et c) ce concours financier ne doit pas être démuné de contrepartie ni excéder les possibilités financières de la société qui en supporte la charge (Arrêt Rozenblum, Cassation criminelle, 4 février 1985). Si ces trois conditions sont réunies, nous sommes alors en présence d'un fait justificatif, ce qui écarte la possibilité d'engager des poursuites pour abus de biens sociaux. Si elles ne sont pas réunies (par exemple, dans le cas où une filiale prête de l'argent à sa société-mère d'une manière disproportionnée et sans contrepartie), l'abus de biens sociaux est alors caractérisé. Les juges prennent alors en compte l'intérêt social du groupe en tant qu'entreprise, plutôt que celui de la seule filiale, considérée en tant que personne morale autonome. Il en ressort un contenu encore plus incertain de ce qu'est l'intérêt social. En effet, si l'atteinte au

patrimoine de la filiale est acceptable au regard des intérêts du groupe, on écartera alors l'abus de biens sociaux (GOUYET, 2001). En d'autres termes, le risque normal de gestion comporte un seuil à ne pas franchir ; à défaut, il peut devenir un risque d'abus de biens sociaux. La frontière entre le risque normal de gestion et celui de l'abus de biens sociaux est très ténue (GOUYET, 2011 ; BOURSIER, 2012). L'acceptabilité du risque signifie que l'on admet l'atteinte patrimoniale faite à une société du groupe et, en conséquence, que l'on intègre le risque pour le développement du groupe. Or, si la mesure du risque appartient, avant tout, au dirigeant du groupe de sociétés, elle revient *in fine* aux juges qui seront amenés à se prononcer sur le caractère frauduleux ou non de la gestion. Le caractère frauduleux est alors apprécié par rapport à l'intérêt du groupe, ce qui nous conduit à relever un autre risque : celui de l'immixtion des juges dans la gestion de l'entreprise (URBAN, 2000). C'est dire la difficulté de la définition de l'intérêt social. Comme nous l'avons souligné précédemment, la variabilité de la dimension des entreprises comme celle du fonctionnement de celles-ci rendent délicate la définition de l'intérêt social. Le texte pénal qui vise à réprimer le comportement frauduleux de dirigeants malhonnêtes trouve donc des applications qui tiennent aux circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise. C'est alors à travers ces dernières, que l'on décèle l'intérêt social et son dépassement des seuls intérêts des actionnaires. Il s'agit d'une appréciation qui va bien au-delà des termes mêmes de la loi.

Une protection de l'entreprise au-delà des termes de la loi

On assiste dans la pratique judiciaire à une extension du caractère frauduleux des actes des dirigeants. Si une telle extension peut apparaître louable dans le souci d'une répression de tous les actes illicites, elle conduit néanmoins à s'interroger sur le contenu de l'intérêt social à protéger et, en définitive, sur l'intelligibilité de la loi relative aux abus de biens sociaux (WILLIAMSON, 1996 ; GENAIVRE, 2011).

De la preuve de la culpabilité à la culpabilité présumée du dirigeant pour accroître la protection de l'intérêt social

La délinquance en col blanc suppose le recours à des techniques ingénieuses de dissimulation des preuves (SUTHERLAND, 1945). C'est la raison pour laquelle les tribunaux ont adopté un régime facilitant l'apport de la preuve de la commission de cette fraude par le jeu des présomptions de culpabilité. Ces présomptions visent directement l'intérêt personnel du dirigeant,

celui-ci étant considéré comme établi, sauf si la preuve contraire est apportée. Or, la loi ne prévoit pas expressément un tel régime. Il suffira alors au dirigeant de démontrer qu'il ne poursuivait pas un intérêt personnel (MÉDINA, 2000) et que l'acte d'usage qu'il a commis n'était pas contraire à l'intérêt de la société (MATSOPOULOU, 1997). Ainsi, l'usage fait par un dirigeant social du crédit de la société est contraire à l'intérêt de celle-ci et est commis dans un but personnel, dès lors que sans apporter de contrepartie, il expose l'actif à un risque de perte par le seul fait de sa volonté frauduleuse (Cassation criminelle, 8 décembre 1971). Cette présomption de culpabilité relativise considérablement le principe de la présomption d'innocence, dès lors que la culpabilité du dirigeant est présumée. Il s'agit d'un véritable renversement de la charge de la preuve : la simple utilisation abusive des biens de la société dans un intérêt personnel suffit à caractériser le délit d'abus de biens sociaux, et ce, en dehors de toute appropriation définitive (MATSOPOULOU, 1997). Le jeu des présomptions de culpabilité joue également en matière de « mauvaise foi ». À l'inverse du principe général, la bonne foi n'est pas présumée. La qualité de dirigeant fait qu'il revient à ce dernier de démontrer qu'il a agi de bonne foi et qu'il poursuivait une activité répondant à l'intérêt de l'entreprise qu'il dirige. Le risque de gestion et le risque de fraude tendent alors à se confondre sur ce point. Pourtant, la loi exige qu'il soit prouvé que l'auteur ait agi de mauvaise foi et ait su que l'usage des biens était contraire à l'intérêt de la société. Cette double exigence en matière de preuve est cependant tempérée par les tribunaux (CHAPUT, 2009). L'élément intentionnel semble se limiter à la connaissance, voire même à la simple conscience du fait que l'acte incriminé pourrait porter atteinte à l'intérêt de la société commerciale. Or, selon les juges, cette exigence découle nécessairement des faits matériels. En réalité, les abus de biens sociaux recouvrent une diversité de situations. Il existe une distinction entre un chef d'entreprise qui prélève 150 euros dans la caisse en ne faisant pas enregistrer l'opération en comptabilité et les actes d'usage des biens de sociétés *off-shore*. Dans les deux cas, nous sommes en présence d'un abus de biens sociaux. Mais, l'ampleur de l'infraction n'est pas la même, ce que la loi ne distingue pas. Dès lors, il n'est pas étonnant de voir condamné à une peine privative de liberté un gérant, associé unique d'une EURL, qui a utilisé le chéquier de l'entreprise pour régler des dettes personnelles, l'intention de restituer n'effaçant pas le caractère frauduleux de l'usage. Dans le cas d'une société *off-shore*, la recherche de la vérité ne peut s'accommoder du caractère occulte des inscriptions en comptabilité, ce qui explique l'évolution de la pratique judiciaire. En définitive, l'intérêt social, objet de la protection légale, comporte un contenu qui varie en fonction des circonstances, ce qui crée une certaine insécurité juridique.

Vers l'imprescriptibilité de l'abus de biens sociaux, un intérêt social dépassant celui de la personne morale

La prescription en matière d'abus de biens sociaux (ABS) est celle des délits correctionnels, soit un délai de trois ans à compter de la commission des faits. Cela revient à exclure toute poursuite au titre d'un ABS, trois ans après l'acte d'usage. Mais, les juges ont admis que ce délai pouvait commencer à courir à partir du jour où l'infraction a été découverte, cela en raison de son caractère occulte. La finalité poursuivie est celle de protéger l'intérêt social. Ce délai ne doit pas être réduit sous l'effet des difficultés à réunir des preuves en raison du caractère dissimulé d'actes qui sont le fait d'une délinquance ingénieuse. En effet, cette infraction, caractéristique de la délinquance en col blanc, suppose des falsifications comptables élaborées. Il est vrai que le principe de la légalité est transgressé. Ainsi, il a été décidé que l'action publique commençait à courir le jour où l'infraction a été effectivement découverte et, plus précisément, à compter du jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique (Cassation criminelle, 15 juin 1973 ; Ass. Plén., 20 mai 2011, n°11-90033). De même, il a été avancé que la prescription de l'action publique des chefs d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels de l'exercice au titre duquel les dépenses litigieuses ont été mises indûment à la charge de la société (Cassation criminelle, 5 mai 1997). Or, la dissimulation est largement entendue, et une infraction d'affaires non dissimulée est assez rare. Ainsi, une dissimulation de nature à faire courir le délai de prescription à compter d'une date postérieure à celle de la présentation des comptes annuels est caractérisée notamment par le fait de présenter les conventions réglementées litigieuses plus de trois ans après la présentation des comptes et dans le cadre d'un rapport spécial établi à la suite d'un contrôle minutieux ayant révélé les faits (Cassation criminelle, 10 avril 2002). De même, caractérise une dissimulation de nature à reporter le délai de prescription le fait que certaines dépenses n'aient pas été enregistrées en comptabilité et que d'autres aient été présentées sous une fausse imputation ou sur la base de factures comportant des indications erronées (Cassation criminelle, 14 mai 2003). En matière d'abus de biens sociaux, la dissimulation est presque toujours caractérisée, ce qui conduit à différer le plus souvent le point de départ de la prescription. Les juges sont allés encore plus loin en matière de recel d'abus de biens sociaux. Cette infraction, qui consiste notamment à bénéficier du produit de l'abus de biens sociaux, se prescrit normalement après l'expiration d'un délai de trois ans à compter de sa commission. Or, si la prescription de l'ABS est reportée, il en sera logiquement de même pour le recel d'ABS. Dès lors,

« le recel ne saurait commencer à se prescrire avant que l'infraction dont il procède ne soit apparue et ait pu être constatée dans les conditions permettant l'action publique ». On est en présence d'une imprescriptibilité de fait des infractions d'affaires (FREYRIA, 1996). Face à une telle évolution, qui est source d'insécurité juridique, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation a été saisie : celle-ci a estimé que le principe de la légalité n'a pas été transgressé en dépit du report du délai de prescription de l'action publique (Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 20 mai 2011, n°11-90033 ; BOURSIER, 2012). Il en ressort que si la fraude des chefs d'entreprise doit effectivement être réprimée, le moyen tenant à l'extension de la répression de l'abus de biens sociaux sème la confusion. C'est alors au législateur d'intervenir et de prévoir soit une prescription plus longue courant à compter de la commission des faits, soit une prescription de même durée mais courant à compter de la découverte des faits, une prescription qui en tout état de cause doit être en adéquation avec l'intérêt social à préserver.

En conclusion, on peut relever que la norme répressive ne constitue pas toujours le moyen idoine pour lutter contre la délinquance des responsables d'entreprise. C'est notamment le cas de l'infraction d'abus de biens sociaux, où, si le législateur a effectivement pénalisé les actes d'usage de biens de la société commerciale dans un intérêt contraire à celui de ladite société, il n'a pas pour autant défini l'intérêt social. En réalité, cette étude révèle les difficultés d'appréhender la notion d'intérêt social. Si cet intérêt ne correspond pas à celui exclusif des actionnaires, l'intérêt social semble à première vue se limiter à celui de la personne morale qu'est l'entreprise, en tant que tierce personne. Or, cette dernière ne rend pas compte de la réalité de l'entreprise, de la diversité des acteurs qui la composent. Il est vrai que le mérite de l'existence de la personne morale est de concrétiser le fait que le droit permet de dépasser l'approche actionnariale. Mais la reconnaissance de la personnalité juridique, qui permet de mettre en avant l'existence d'une tierce personne, n'identifie que partiellement l'entreprise. En effet, la prise en compte de l'intérêt de la personne morale ne conduit pas clairement à celle des intérêts des différentes parties prenantes composant l'entreprise. La pratique des juridictions met néanmoins en lumière un certain cheminement : l'entreprise est considérée en fonction de certaines circonstances au-delà de la personne morale, ce qui permet non seulement de dépasser les intérêts des actionnaires, mais aussi de prendre en compte progressivement l'apport du capital humain. ■

BIBLIOGRAPHIE

ALCHIAN (A.) & DEMSETZ (H.), "Production, Information Costs and Economic Organization",

American Economic Review, pp. 777-795, December 1972.

ARCIMOLES (C. H.) & LE MAUX (J.), « La légitimité contestée des niveaux de rémunérations : PDG versus équipe dirigeante », *Problèmes Économiques*, n°2936, pp. 12-17, Décembre 2007.

BLAIR (M. M.) & STOUT (L. A.), "A team Production Theory of Corporate Law?", *Journal of Corporation Law*, vol. 24, n°4, pp. 751-807.

BLAZY (M.), « La pertinence économique de l'abus de biens sociaux », *Petites Affiches*, n°99, pp. 29-35, 19 mai 2005.

BOCQUILLON (J.-F.) & MARIAGE (M.), *Introduction au droit*, 5^e édition, Dunod, 2011.

BOULOC (B.), « Le dévoiement de l'abus de biens sociaux », *Revue de Jurisprudence commerciale*, pp. 301-313, 1995.

BOURSIER (M.-E.), « La création prétorienne du report du point de départ du délai de prescription des infractions occultées ne porte pas atteinte au principe de légalité et ne peut faire l'objet d'une QPC », *Petites Affiches*, pp. 7-9, 11 janvier 2012.

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Dalloz, Coll. « Cours », 10^e éd., 2012.

CHAPUT (Y.), « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », *Pouvoirs*, Le Seuil 2009/1, n°128, pp. 87-102.

CHARREAUX (G.), « Vers une théorie du gouvernement des entreprises », in CHARREAUX (G) (Éd.), *Le gouvernement des entreprises*, Economica, pp. 421-469.

CHARREAUX (G.), « Pour une gouvernance d'entreprise gouvernementale », *Revue Française de Gestion*, vol. 32, n°157, pp. 215-242, 2005.

CONTE (PH.), « La dépenalisation de la vie des affaires : une question de proportion », *Journal des sociétés*, n°53, avril 2008.

COULON (J.-M.), *Rapport sur la dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation Française, 2008.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) & DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Éd. Litec, Paris, 24^e édition, 2011.

FREYRIA (C.), « Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires ? », *JCP-E-I*, p. 563, 1996.

GENAIVRE (E.), « Notre législation a-t-elle permis d'endiguer la criminalité d'affaires ? – Analyse au sein des firmes cotées françaises sur la période 2000-2008 », *Revue Française de Gestion*, n°215, pp. 31-44, 2011.

GHOSHAL (J.) & MORAN (P.), "Bad for practice: the critique of the transaction cost theory", *Academy of Management Review*, vol. 21, n°1, pp. 13-47, 1996.

GOUYET (R.), « Variations juridiques et fiscales sur le thème de l'abus de biens sociaux », *Petites Affiches*, n°106, pp. 3-7, 29 mai 2001.

GUYON (Y.), « La fraternité dans le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, pp. 439-445, 1989.

JACQUINOT (PH.), PELLISSIER-TANON (A.) & STRTAK (S.), « La diffusion de la fraude en entreprise : le cas

- de la collusion tacite », *Revue Gérer et Comprendre*, n°104, pp. 85-94, 2011.
- JENSEN (M.) & MECKLING (W.), "Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure", *Journal of Financial Economics*, pp. 305-360, 1976-3.
- JENSEN (M.C.) & MURPHY (K. J.), "Performance pay and top management incentives", *Journal of Political Economy*, 98 (2), pp. 225-264, 1990.
- KOERING-JOULIN (R.) & HUET (A.), *Droit pénal international*, coll. Thémis, Paris, PUF, 2005.
- LAN (L.L.) & HERACLEOUS (L.), "Rethinking Agency Theory: The View from Law", *Academy of Management Review*, vol. 35, n°2, pp. 294-314, 2010.
- LAZONICK (W.), "The Explosion of Executive Pay and the Erosion of American Prosperity", *Entreprises et Histoire*, n°57, December, pp. 141-164, 2009.
- MATSOPOULOU (N.), *L'intérêt personnel du dirigeant*, Dalloz Affaires, pp. 780-792, 1997.
- MÉDINA (A.), *L'intérêt personnel du dirigeant dans le délit d'abus de biens sociaux*, Dalloz, p. 319, 2000.
- MÉDINA (A.), *L'abus de biens sociaux. Prévention, détection, poursuite*, Dalloz-Sirey, 2001.
- PARACHKEVOVA (I.), « La rémunération des dirigeants des sociétés cotées : de la morale à la réforme », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2010/2, t. XXIV, pp. 241-258.
- PEREIRA (B.), « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *Revue Gérer et Comprendre*, n° 90, pp.55-66, 2007.
- PEREIRA (B.), « Éthique, Gouvernance et Corruption », *Revue Française de Gestion*, n°186, pp. 53-77, 2008.
- PEREIRA (B.), « Blanchiment, soupçon et sécurité financière », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2011/1, t. XXV, pp. 43-73.
- PEREIRA (B.), *La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants*, Éditions EMS, coll. Regards sur la Pratique, 2011.
- PRALUS (M.), « Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux », *JCP* 1997-I, n°4001.
- ROBE (J-Ph), "The Legal Structure of The firm, Accounting", *Economics and Law*, vol. 1, n°1, pp. 1-89, 2011.
- ROBERT (J.-H.), « La politique pénale : ressorts et évolution », *Pouvoirs*, Le Seuil 2009/1, n°128, pp. 103-111.
- SEGRESTIN (B.) & HATCHUEL (A.), « Autorité de gestion et avaries communes : pour un complément du droit de l'entreprise? », *Revue Finance Contrôle et Stratégie*, vol. 14, n°2, pp. 9-36, juin 2011.
- SEGRESTIN (B.) & HATCHUEL (A.), *Refonder l'entreprise*, Paris, Éditions Seuil, 2012.
- STASIAK (F.), « La réception et la cohérence des considérations économiques relatives à l'abus de biens sociaux », *Petites Affiches*, n°99, pp. 36-41, 19 mai 2005.
- STOUT (L.), "The Mythical Benefit of Shareholder Control", *Virginia Law Review*, vol. 93 (3), pp. 789-809, 2007.
- SUTHERLAND (E.), "White collar criminality", *American Sociological Review*, vol. 10, 1945.
- TIROLE (J.), "Corporate Governance", *Econometrica*, vol. 69, n°1, pp. 1-35, 2011.
- TREBULLE (F.-G.), « Le développement durable, un enjeu global », *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, n°3, p. 22 et suivantes (spéc. p. 24), mai-juin 2010.
- URBAN (Q.), « La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* 2000, p. 53, janvier-mars 2000.
- WILLIAMSON (O.), *The mechanisms of governance*, Oxford University Press, 1996.