

L'EXTENSION DE L'INFRACTION D'ABUS DE BIENS SOCIAUX AUX ASSOCIATIONS ET AUX FONDATIONS : ENTRE RUPTURE ET CONTINUITÉ

FLORENT KIRMANN

AVOCAT À LA COUR
DOCTEUR EN DROIT

Si les infractions de droit pénal des affaires impliquent traditionnellement des sociétés commerciales, l'actualité judiciaire nous a récemment rappelé que les associations sans but lucratif (ASBL) ne sont pas forcément étrangères à ces situations, que ce soit en qualité de victime, d'auteur ou d'instrument du délit, leur forme juridique particulière ne les protégeant en rien d'être mêlées à des schémas délictueux¹.

Dans ce contexte, l'une des deux dispositions pénales de la nouvelle loi du 7 août 2023 réformant le cadre légal des ASBL et des fondations² est pour le moins passée inaperçue. Elle marque pourtant un réel changement dans le paysage du droit pénal des affaires luxembourgeois.

Cette nouvelle disposition, l'article 71 de la loi du 7 août 2023, dispose que :

« Seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 euros à 25 000 euros ou d'une de ces peines seulement, les dirigeants de l'association ou de la fondation, de droit ou de fait, qui de mauvaise foi,

1° auront fait des biens ou du crédit de l'association ou de la fondation un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une entité dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ;

2° auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de l'association ou de la fondation à des fins personnelles ou pour favoriser une autre entité dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement. »

Le lecteur l'aura aisément deviné, cette nouvelle incrimination n'en est pas vraiment une puisqu'il s'agit du délit bien connu d'abus de biens sociaux prévu en des termes similaires à l'article 1500-11 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Si, sur le fond, l'article 71 ne crée

pas une nouvelle infraction en tant que telle, la nouveauté se situe quant à son champ d'application car, désormais, le délit d'abus de biens sociaux ne sera plus limité aux seules sociétés régies par la loi de 1915 mais trouvera également toute sa place au sein des ASBL et des fondations.

Il serait exagéré de parler de révolution.

Néanmoins, l'intégration des associations et des fondations dans le champ répressif de l'abus de biens sociaux marque une nette rupture avec un principe qui prévalait depuis plus de trente ans au Luxembourg, selon lequel seules les sociétés commerciales luxembourgeoises étaient concernées par cette infraction (I). Cette nouvelle situation, qui se distingue désormais du modèle français, peut être source d'incertitudes et engendrera inévitablement des problématiques auxquelles les juridictions devront répondre dans le futur (II).

I. LES ASSOCIATIONS ET FONDATIONS : DEUX FORMES SOCIALES TRADITIONNELLEMENT EXCLUES DU CHAMP DU DÉLIT D'ABUS DE BIENS SOCIAUX

Le délit d'abus de biens sociaux fut introduit en droit luxembourgeois par la loi du 21 juillet 1992 à l'article 171-1 de la loi de 1915 (désormais article 1500-11), disposition reprise à l'identique du droit français. Le législateur luxembourgeois avait ainsi explicitement proposé la création d'un délit sanctionnant ce comportement « conformément à l'article 437 de la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales »³, exprimant par là sa volonté de se référer principalement, voire intégralement à la législation française.

A. Aux origines de l'exclusion

Institué en France à l'origine par deux décrets-lois des 8 août et 30 octobre 1935, le délit d'abus de biens sociaux

1. J.-L. PUTZ, « L'abus de biens sociaux », *Bull. Droit & Banque*, ALJB, n° 72, juin 2023, p. 50.

2. Loi du 7 août 2023 sur les associations sans but lucratif et les fondations, *Mémorial* A592.

3. Commentaire des articles, *doc. parl.*, n° 3381, p. 9, cité par F. KIRMANN, « L'influence française sur le droit pénal des affaires luxembourgeois », in B. Py, J.-F. Seuvic et M. Martinelle (dir.), *Le Droit pénal des affaires, du singulier au pluriel. Mélanges en l'honneur du professeur Frédéric Stasiak*, Nancy, Éditions de l'Université de Lorraine, 2023, p. 46.

tendait à protéger avant tout les épargnants au sein de sociétés commerciales, ce qui explique qu'il n'ait pas été étendu à l'ensemble des personnes morales⁴. Son champ d'application *ratione personae* se trouve donc limité et vise principalement les sociétés commerciales, à l'exclusion de nombreux autres groupements jouissant de la personnalité morale, et notamment des associations⁵.

Cette exclusion fait depuis longtemps l'objet de critiques de la part de la doctrine française, qui regrette « une disparité de solutions selon le type de société considérée »⁶. L'abus de biens sociaux visant à protéger le patrimoine de la personne morale, il est en effet peu compréhensible, voire illogique⁷, que certaines entités ne soient pas visées, simplement en raison de leur forme juridique⁸.

Au Luxembourg, l'ancien article 171-1 étant une reprise identique du droit français, la même solution fut adoptée en 1992 et le délit d'abus de biens sociaux se trouva limité quant aux personnes morales protégées⁹. Sur ce point, les travaux préparatoires de la loi du 21 juillet 1992 ne laissent transparaître aucune discussion particulière, ce qui laisse penser que le législateur luxembourgeois a simplement eu le souhait de calquer la nouvelle infraction sur la législation française qui opère elle-même ces exclusions. Repris au sein de la loi de 1915, ce délit devait par conséquent s'appliquer uniquement aux sociétés régies par ladite loi.

Il n'en demeure pas moins que, malgré les critiques d'une partie de la doctrine, ni le législateur français ni son homologue luxembourgeois n'ont eu la volonté d'étendre l'infraction à d'autres sociétés ou constructions juridiques, dont les associations et les fondations.

Le droit français n'ayant pas seulement servi ici d'inspiration mais véritablement de modèle, les dispositions étant identiques dans les deux pays, les juridictions luxembourgeoises ont tout naturellement considéré la jurisprudence française comme une référence en la matière. Par exemple, la présomption selon laquelle les prélèvements ont été faits dans l'intérêt personnel du dirigeant lorsqu'ils sont occultes fut adoptée par les juridictions luxembourgeoises en référence à la jurisprudence et la doctrine françaises¹⁰, de même que la notion d'usage abusif du crédit par les risques que le dirigeant fait encourir

à la société, et ce, par renvoi à la doctrine française¹¹, systématiquement citée en ce qui concerne l'abus de biens sociaux¹². Cet attachement à la jurisprudence française est d'ailleurs parfois poussé à l'extrême, quitte à engendrer des situations contradictoires en raison de disparités législatives entre les deux États. Tel est le cas de la répression quasi systématique des comptes courants d'associés débiteurs sous la qualification d'abus de biens sociaux, la position débitrice étant expressément interdite en France mais non au Luxembourg¹³.

Ainsi, l'infraction d'abus de biens sociaux en droit luxembourgeois repose quasi exclusivement sur le droit français, et ce, depuis des décennies, y compris en ce qui concerne l'exclusion de principe des associations.

B. Le recours nécessaire à l'abus de confiance

Tout comme les juridictions françaises, c'est vers l'infraction d'abus de confiance que le juge pénal luxembourgeois était alors contraint de se tourner en cas de comportement répréhensible d'un dirigeant au préjudice d'une association. Quitte à déformer l'infraction¹⁴, c'est sous le visa du délit d'abus de confiance que les tribunaux français condamnent le directeur d'une association pour avoir employé des salariés de l'association à des fins personnelles, ce comportement s'analysant comme un détournement de fonds de l'association qui étaient destinés à rémunérer des prestations devant être effectuées dans son seul intérêt¹⁵.

Au Luxembourg fut reconnu coupable d'abus de confiance le président d'une association qui utilisa les fonds de cette dernière pour régler ses dépenses et factures privées au moyen de prélèvements ou virements vers ses comptes personnels et ceux de son épouse ou pour les prêter à des tiers¹⁶. Il est particulièrement intéressant de noter que, dans cette décision, les juges n'hésitèrent pas à utiliser un raisonnement fortement similaire à celui qui aurait pu être appliqué en matière d'abus de biens sociaux. Ainsi, selon le tribunal, « [L]es détournements commis par un mandataire infidèle tombent incontestablement sous l'application de l'article 491 du code pénal », l'association étant « à considérer comme étant la victime personnelle et directe des agissements » de son mandataire. Dans un

4. E. JOLY et C. JOLY-BAUMGARTNER, *L'abus de biens sociaux à l'épreuve de la pratique*, Paris, Economica, 2002, p. 8.

5. A. MÉDINA, *Abus de biens sociaux : prévention, détection, poursuite*, Paris, Dalloz, 2001, n° 0.19, p. 11.

6. W. JEANDIDIER, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », *JCl. Pénal des affaires*, § 4.

7. E. JOLY et C. JOLY-BAUMGARTNER, *L'abus de biens sociaux à l'épreuve de la pratique*, op. cit., p. 8.

8. *Ibid.*

9. J.-L. PUTZ, « L'abus de biens sociaux », art. préc., p. 50.

10. Trib. arr. Luxembourg, 13 mai 2015, n° 1437/2015 du rôle.

11. Trib. arr. Luxembourg, 30 juin 2016, n° 2035/16 du rôle.

12. Trib. arr. Luxembourg, 14 juillet 2022, n° 1965/2022 du rôle ; Trib. arr. Diekirch, 25 février 2021, n° 156/2021 du rôle.

13. M. MARTY, « L'abus de biens sociaux et les comptes courants d'associés débiteurs : analyse et critique d'une jurisprudence dissonante », *Revue pénale luxembourgeoise*, n° 3, 2019, pp. 1 et s. ; F. KIRMANN, « L'influence française sur le droit pénal des affaires luxembourgeois », art. préc., pp. 43 et s.

14. W. JEANDIDIER, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », art. préc., § 3.

15. Cass. crim., 20 octobre 2004, n° 03-86.201 : *Bull. crim.*, n° 248 ; *Gaz. Pal.*, 2005, somm. p. 23, cité par C. LARONDE-CLÉRAK, « Associations – Fasc. 20 : Associations. Fonctionnement. Contrôle », *JCl. Civil*, § 20 ; Cass. crim., 2 décembre 2009, n° 08-86.381 : *JurisData*, n° 2009-050599 ; Cass. crim., 29 juin 2016, n° 15-85.964 : *JurisData*, n° 2016-012835.

16. Trib. arr. Luxembourg, 26 janvier 2006, n° 447/2006 du rôle.

autre cas, un président du conseil d'administrateur d'une ASBL se vit reprocher un abus de confiance pour « avoir frauduleusement détourné ou dissipé des pouvoirs et des fonds qui lui avaient été confiés en vue d'en faire un usage dans l'intérêt statutaire de l'association sans but lucratif », à savoir en l'espèce d'avoir conclu des contrats de travail fictifs, notamment pour un salaire exorbitant, et d'avoir dissipé les fonds de l'ASBL à son avantage¹⁷.

De même, dans une récente affaire fortement médiatisée, l'abus de confiance avait dû être libellé par le ministère public pour poursuivre la supposée conclusion d'un contrat de travail fictif et la perception d'une somme d'argent appartenant à une association¹⁸.

Il ressort de ces décisions, parmi d'autres, que les comportements poursuivis du chef d'abus de confiance auraient tout aussi bien pu l'être sous la qualification d'abus de biens sociaux. Elles sont par ailleurs révélatrices des lacunes de l'infraction d'abus de confiance pour couvrir des comportements qui relèvent davantage de l'abus de biens sociaux et de certaines largesses prises par les juridictions pour adapter le texte légal à des situations qui ne s'y prêtaient pas totalement.

Bien que très proches, les délits d'abus de confiance et d'abus de biens sociaux n'en demeurent pas moins différents. Ainsi, l'abus de confiance exige la preuve d'un détournement là où l'abus de biens sociaux parle d'usage, notion *a priori* moins restrictive. L'intérêt personnel n'est, à l'inverse, pas requis pour caractériser l'abus de confiance mais un préjudice devra être démontré contrairement à l'abus de biens sociaux¹⁹. Malgré ces divergences quant à leurs éléments constitutifs, les deux délits ont tendance à se rapprocher en pratique, notamment sous l'impulsion des juridictions qui ont, au fil du temps, déterminé les contours des comportements prohibés.

Malgré cette extension progressive du champ de l'abus de confiance, ce délit reste incapable de couvrir certaines hypothèses prévues par l'abus de biens sociaux comme l'usage abusif du crédit de la société ou un usage impliquant un immeuble²⁰, l'article 491 du Code pénal prévoyant une liste exhaustive des objets mobiliers corporels susceptibles d'être détournés²¹.

Enfin, quant aux peines, l'abus de biens sociaux semble de prime abord plus sévèrement réprimé, à savoir d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 euros à 25 000 euros, l'abus de confiance étant pour

sa part puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 5 000 euros. Notons tout de même à ce sujet que l'article 71 de la loi du 7 août 2023 prévoit que les deux peines sont alternatives, tandis que l'article 491 du Code pénal impose en théorie leur cumul²².

C. L'intégration récente opérée par la loi du 7 août 2023

L'intégration des ASBL et des fondations dans le champ du délit d'abus de biens sociaux semble donc être une décision appropriée d'un point de vue répressif. Mais la motivation ayant poussé le législateur à prendre cette décision n'est malheureusement pas clairement exprimée au sein des travaux parlementaires.

En effet, le projet de loi se contente d'indiquer lapidairement que « [l']article 68 introduit la sanction de l'abus de biens sociaux à l'égard des associations et des fondations. » et de renvoyer aux commentaires ayant accompagné à l'époque le projet de la loi du 21 juillet 1992.

L'insertion de l'abus de biens sociaux était justifiée à l'époque « Pour réprimer efficacement les agissements des dirigeants sociaux qui poursuivent sous le couvert de sociétés et au moyen de celles-ci des opérations dans leur propre intérêt ou dans l'intérêt d'autres entreprises auxquelles ils sont intéressés [...] ». Dans la même idée, « [c]e nouveau délit spécifique, se distinguant de l'abus de confiance, même si en partie il peut le recouvrir, doit permettre de sanctionner ceux qui mettent à profit leur situation dans une société et utilisent leurs pouvoirs pour en tirer des bénéfices personnels »²³.

Il s'agit de la seule mention relative à la nouvelle infraction prévue à l'article 71 de la loi, le Conseil d'État n'ayant pas soulevé d'observations particulières à ce sujet²⁴.

L'absence de discussion ou de débat sur l'extension du champ d'application du délit d'abus de biens sociaux indique que les motivations du législateur furent partagées par l'ensemble des acteurs participant au processus législatif. Ces motivations sont identiques à celles ayant permis l'intégration de l'infraction en 1992, à savoir une volonté de répression accrue en comblant les lacunes du délit d'abus de confiance, afin de protéger le patrimoine de la personne morale victime d'un abus de la part de son dirigeant²⁵. Il est certain que l'application du délit d'abus

17. Trib. arr. Luxembourg, 15 juillet 2024, n° 1754/2024 du rôle.

18. Trib. arr. Luxembourg, 9 décembre 2021, n° 2689/2021 du rôle.

19. E. JOLY et C. JOLY-BAUMGARTNER, *L'abus de biens sociaux à l'épreuve de la pratique*, op. cit., p. 38.

20. W. JEANDIDIER, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », art. préc., § 2.

21. H. D. BOSLY et D. DILLENBOURG, « L'abus de confiance », in *Les infractions*, vol. 1, *Les infractions contre les biens*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2016, p. 252.

22. En pratique, l'importance du cumul et du quantum des peines doit être fortement relativisée en raison du principe de personnalisation des peines qui s'impose au juge pénal.

23. *Doc. parl.*, n° 6054, exposé des motifs, p. 51.

24. *Doc. parl.*, n° 6054, avis du Conseil d'État, p. 14.

25. N. OSMANAGAOGLU et B. FELTEN, « Présentation synthétique de la loi du 7 août 2023 sur les associations sans but lucratif et les fondations », in *Le nouveau droit des ASBL au Luxembourg*, Bruxelles, Larcier Intersentia, 2024, p. 62.

de biens sociaux aux associations et aux fondations devrait en principe permettre d'atteindre ces objectifs.

Il résulte de ce qui précède que, par la création de l'article 71 de la loi du 7 août 2023, le législateur luxembourgeois a rompu avec la traditionnelle exclusion des associations, s'éloignant par là du droit français qui continue de maintenir cette distinction. À l'inverse, leur inclusion dans le champ de l'abus de biens sociaux a établi un nouveau pont avec un autre droit servant couramment d'inspiration en matière pénale, le droit belge.

L'article 492bis du Code pénal belge dispose que commettent un abus de biens sociaux « les dirigeants de droit ou de fait des sociétés commerciales et civiles ainsi que des associations sans but lucratif qui, avec une intention frauduleuse et à des fins personnelles, directement ou indirectement, ont fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage qu'ils savaient significativement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de celle-ci et à ceux de ses créanciers ou associés ».

Cet article fut inséré par une loi du 8 août 1997, et visait dès l'origine les associations parmi les personnes morales susceptibles d'être victimes d'un abus de la part de leur dirigeant. Là encore, les travaux parlementaires belges ne laissent transparaître aucune discussion particulière quant au champ d'application personnel du nouveau délit. Si de nombreuses voix se sont élevées contre la création de l'infraction d'abus de biens sociaux, ce fut pour des doutes quant à son utilité face à un arsenal répressif jugé déjà satisfait, mais non quant à l'inclusion des associations ou autres sociétés civiles. Il faut donc également en déduire un consensus sur ce point.

De son côté, la doctrine belge relève que la loi a intégré les associations à l'article 492bis, « considérant que l'utilisation du patrimoine de ces associations méritait une protection comparable à celle du patrimoine des sociétés, d'autant plus que ces associations sont aussi exposées à des fraudes que les sociétés commerciales »²⁶.

En réprimant désormais les abus de biens sociaux réalisés dans les associations et les fondations, le législateur luxembourgeois a inévitablement rompu avec un principe hérité du droit français qui prévalait depuis plusieurs décennies sans souffrir d'aucune exception et a opéré un certain rapprochement avec l'article 492bis du Code pénal belge.

La comparaison s'arrête néanmoins là, au regard des divergences manifestes entre les textes luxembourgeois et belge.

En réalité, l'article 71 de la loi du 7 août 2023 crée une situation particulière dont il appartiendra à nos juridictions répressives de définir le cadre au fil de leurs décisions.

II. UNE SITUATION NOUVELLE DONT CERTAINS CONTOURS RESTENT À PRÉCISER

Après s'être aligné sur la jurisprudence française en matière d'abus de biens sociaux depuis 1992, le juge luxembourgeois va-t-il désormais se tourner vers les décisions de ses homologues belges dont le texte légal inclut, lui, les associations ou continuer à s'inspirer de la jurisprudence française en l'adaptant selon les besoins aux associations et fondations ?

Même si le droit belge réprime depuis de nombreuses années l'abus de biens sociaux au sein des associations, le texte de l'article 492bis est sensiblement différent de celui de l'article 71 et ne permet que peu de parallèles, notamment en ce qui concerne la caractérisation de l'élément matériel.

Par exemple, le point 2° de l'article 71, relatif à l'abus de pouvoirs ou des voix, est absent du texte d'incrimination belge. Il est vrai que cette forme d'abus est rarement reprochée en pratique, supplantée par le 1° de l'article, mais cette différence demeure notable. Le texte belge requiert également la preuve du caractère significatif du préjudice subi²⁷, condition absente des éléments constitutifs de l'article 71.

En revanche, l'abus des biens ou du crédit étant un comportement incriminé de façon similaire dans les deux législations, le juge luxembourgeois pourra dès lors s'inspirer de précédents belges en la matière. Mais cela ne devrait finalement concerner que des cas particuliers, des situations propres aux ASBL, et donc, des hypothèses plutôt marginales.

En effet, si le texte de l'article 71 vise les associations et les fondations, sa rédaction reste identique au droit français et à l'article 1500-1 de la loi de 1915, dont il partage les éléments constitutifs. La jurisprudence luxembourgeoise offrant suffisamment d'exemples d'abus de biens sociaux, ces derniers seront aisément transposables à ceux commis au sein d'ASBL ou de fondations. De même, la jurisprudence française pourra demeurer une référence utile, sauf à opérer quelques adaptations nécessaires au regard des spécificités régissant les nouvelles entités protégées.

Aussi, il est possible d'anticiper, avec une assez forte certitude, comment les juridictions répressives luxembourgeoises caractériseront l'abus de biens sociaux réalisé au sein d'une association ou d'une fondation.

A. Aperçu des éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux au sein des associations et fondations

À l'instar de l'article 1500-1, l'article 71 requiert avant toute chose, la réunion de conditions préalables, à savoir

26. H. D. BOSLY, « L'abus de biens sociaux », in *Les infractions*, vol. 1, *Les infractions contre les biens*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2016, p. 278.

27. *Ibid.*, p. 281.

l'existence d'une entité protégée par le texte d'incrimination et la qualité de dirigeant de l'auteur du comportement réprimé.

1) Une entité protégée

Pour bénéficier de la protection portée par l'article 71, une association devra en principe être constituée au moment des faits, au même titre qu'une société en ce qui concerne l'article 1500-11²⁸. Selon l'article 2 de la loi du 7 août 2023, la personnalité juridique est acquise à l'association à compter du jour de son immatriculation au registre de commerce et des sociétés. Cette immatriculation devrait donc constituer le préalable avant toute application du délit d'abus de biens sociaux. Concernant les fondations, la condition ne devrait être réalisée qu'à partir du moment où les statuts sont approuvés par arrêté grand-ducal au vœu de l'article 40 (7) de la loi du 7 août 2023. Les entités en formation ne devraient donc pas tomber dans le champ de l'article 71.

2) La qualité de dirigeant

Les articles 71 et 1500-11 soumettent encore la caractérisation du délit à la qualité de dirigeant de l'auteur des faits répréhensibles, l'abus de biens sociaux étant une infraction « de fonction ». À la lecture du texte, ce dirigeant peut être de droit ou de fait.

La qualité de dirigeant de droit ne pose, normalement, pas de difficultés particulières puisqu'il s'agit de la personne officiellement nommée en tant que telle et qui apparaît en cette qualité au registre de commerce et des sociétés. Au regard des dispositions de l'article 5 de la loi du 7 août 2023, les dirigeants de droit d'une ASBL sont ses administrateurs²⁹, au nombre minimal de trois. L'administrateur d'une association pouvant être lui-même une personne morale, rien n'empêcherait cette entité d'être poursuivie pour abus de biens sociaux. En revanche, les fondateurs et les membres de l'association ne devraient pas pouvoir être qualifiés de dirigeants de droit. Une solution identique s'applique aux fondations, administrées par un conseil d'administration selon la loi³⁰.

Le dirigeant de fait est la personne qui est positivement impliquée dans la gestion et l'administration de l'entité³¹. En d'autres termes, il s'agit de la personne qui agit comme si elle était dirigeant de droit, sans néanmoins l'être. Cette

qualité de dirigeant de fait doit résulter d'actes positifs traduisant une immixtion effective dans le fonctionnement de la personne morale. Selon les tribunaux répressifs est dirigeant de fait celui qui « dispose notamment de la signature bancaire, conclut les contrats importants au nom de la société, embauche et licencie le personnel, détermine la politique de l'entreprise et est reconnu comme le maître de celle-ci par les tiers ; c'est celui qui est directement en relation avec les établissements de crédit, qui exerce un pouvoir dans les principales décisions de gestion de l'entreprise, signe les contrats importants, est chargé d'embaucher le personnel ou a apporté un financement primordial »³². La détermination de cette qualité relève donc d'une appréciation *in concreto* de la part du juge.

Devraient rentrer dans cette définition, selon les circonstances de l'espèce, les délégués à la gestion journalière de l'ASBL³³ ou de la fondation³⁴ lorsqu'ils ne sont pas en même temps administrateurs de l'entité, ainsi que toute personne se comportant comme un administrateur sans l'être officiellement.

3) Un usage des biens sociaux ou du crédit de la société, ou des pouvoirs ou des voix

Sur ce point et ceux qui suivent, les solutions retenues en ce qui concerne les abus de biens sociaux commis au sein de sociétés pourront largement s'appliquer à ceux réalisés dans les associations et fondations en raison de la similitude des comportements visés. Les exemples ne manquant pas dans les jurisprudences luxembourgeoise, française et belge, seul un aperçu, non exhaustif, des comportements prohibés sera ici présenté à titre d'illustration³⁵.

Selon la jurisprudence luxembourgeoise, l'usage « s'entend de toute utilisation des objets sur lesquels ces délits doivent porter. Il en résulte qu'il n'existe pas véritablement d'acte incapable de le constituer sur le fondement d'une irrémédiable contradiction. L'usage est en outre une notion qui se suffit à elle-même, en ce sens qu'elle n'implique aucune appropriation de la chose utilisée »³⁶.

Cette acception plutôt large de l'usage permet de réprimer au premier chef les détournements de fonds appartenant à l'entité³⁷, mais aussi l'achat d'un bien appartenant à la personne morale sans en payer le prix, qui, de toute

28. J.-L. PUTZ, « L'abus de biens sociaux », art. préc., p. 50.

29. Trib. arr. Luxembourg, 15 juillet 2024, n° 1754/2024 du rôle.

30. Art. 45 de la loi du 7 août 2023.

31. CA, 16 avril 2013, n° 201/13 V.

32. Trib. arr. Luxembourg, 11 mars 2021, n° 564/2021 du rôle.

33. Art. 7 de la loi du 7 août 2023.

34. Art. 48 de la loi du 7 août 2023.

35. Pour une étude récente de l'infraction en droit luxembourgeois, voy. J.-L. PUTZ, « L'abus de biens sociaux », art. préc.

36. Trib. arr. Luxembourg, 25 avril 2024, LCRI 36/2024.

37. Trib. arr. Luxembourg, 15 juillet 2024, n° 1754/2024 du rôle.

façon, était dérisoire³⁸, ou le détournement des fonds appartenant à une entité pour favoriser une autre dans laquelle le dirigeant est intéressé³⁹. L'usage abusif pourra également être caractérisé en cas d'encaissements de chèques tirés sur les fonds de l'association⁴⁰.

L'usage des pouvoirs ou des voix est un comportement plus rarement retenu car il a tendance à se confondre avec l'usage des biens de l'entité. Est essentiellement concerné ici le cas du dirigeant qui abuse de sa fonction sans attenter, du moins directement, au patrimoine de la personne morale.

4) Un usage contraire à l'intérêt de l'entité

Pour être répréhensible, l'usage doit être contraire à l'intérêt de la personne morale.

À propos des sociétés, il est rapidement apparu nécessaire de distinguer la contrariété à l'intérêt social de la contrariété à l'objet social. Si la contrariété à l'objet social, tel qu'il est défini dans les statuts, peut être un indice de la contrariété à l'intérêt de la société⁴¹, cela n'est pas toujours le cas. Il est en effet des situations où un acte contraire à l'objet social peut être dans l'intérêt de la société, surtout d'un point de vue financier⁴².

Un même raisonnement devrait pouvoir être tenu en matière d'associations et de fondations.

La simple contrariété au but de l'association ou de la fondation⁴³ tel qu'il est inscrit dans les statuts ne devrait pas permettre de conclure *ipso facto* à la contrariété à l'intérêt de l'entité.

En pratique, le caractère contraire à l'intérêt de l'association ressortira souvent de l'appauvrissement de celle-ci, du préjudice matériel subi, même si la notion de contrariété à l'intérêt social est largement appréhendée par les juridictions.

Se rapportant à la jurisprudence française, les juges luxembourgeois considèrent ainsi que le délit est donné en présence de tout acte qui fait courir un risque anormal au patrimoine social. Reprenant la formule consacrée par la Cour de cassation française, le délit cherche à protéger

l'actif social qui a connu « un risque auquel il ne devait pas être exposé »⁴⁴.

5) Un élément moral : la recherche d'un intérêt personnel et un usage conscient de mauvaise foi.

Sur le plan intentionnel, le délit d'abus de biens sociaux requiert la réunion d'un dol général et d'un dol spécial⁴⁵.

Pour les juridictions répressives, il y a intérêt personnel direct chaque fois que l'usage observé sert directement les intérêts du dirigeant. Il est le plus souvent matériel, ce qui est le cas lorsque le dirigeant poursuivait un enrichissement ou, à tout le moins, une absence d'appauvrissement par l'imputation d'une dépense personnelle à sa société.⁴⁶

B. Considérations répressives

Au fil des années, une jurisprudence s'est progressivement bâtie en France et, à sa suite, au Luxembourg, pour dégager certaines particularités dans la répression du délit d'abus de biens sociaux.

Ces particularités sont principalement de deux ordres et concernent d'une part la prescription de l'action publique et d'autre part la recevabilité des parties civiles. Sauf surprise, ce qui prévaut pour les abus de biens sociaux réalisés au sein d'une société commerciale devrait être appliqué à ceux commis dans une association ou une fondation.

1) La prescription de l'action publique

L'infraction prévue à l'article 71 de la loi du 7 août 2023 étant un délit instantané, l'action publique se prescrit en principe à l'expiration d'un délai de cinq ans qui commence à courir au jour où les éléments constitutifs sont réunis.

Dans le sillage des juridictions françaises, les tribunaux luxembourgeois n'hésitent cependant pas à retarder le point de départ du délai de prescription en matière d'abus de biens sociaux au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, en raison du caractère clandestin de l'infraction et de la réalisation d'actes de dissimulation⁴⁷.

38. Trib. arr. Diekirch, 6 juin 2024, n° 313/2024 du rôle.

39. Trib. arr. Luxembourg, 25 avril 2024, LCRI 36/2024.

40. Trib. arr. Luxembourg, 3 janvier 2008, n° 4/2008 du rôle.

41. Trib. arr. Diekirch, 5 octobre 2023, n° 416/2023 du rôle.

42. W. JEANDIDIER, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », art. préc. § 53.

43. L'article 40 (2) de la loi du 7 août 2023 précise que le but de la fondation doit remplir les conditions suivantes :

« 1° le but poursuivi est un but d'intérêt général déterminé dans ses statuts à caractère philanthropique, social, religieux, scientifique, artistique, culturel, pédagogique, sportif, thérapeutique ou médico-social, touristique, protecteur de l'environnement ou des animaux ou qui défend et promeut les droits de l'homme, qui dépasse l'intérêt local ;

2° le but poursuivi a un caractère permanent ».

44. Trib. arr. Luxembourg, 14 juillet 2022, n° 1965/2022 du rôle.

45. Trib. arr. Luxembourg, 20 novembre 2023, n° 2345//2023 du rôle.

46. Trib. arr. Diekirch, 6 juin 2024, n° 313/2024 du rôle.

47. CA, 16 mai 2007, n° 253/07 X du rôle.

Selon la jurisprudence, l'abus de biens sociaux peut ainsi être dissimulé par « la pratique des comptes occultes, des fausses factures, [ce qui] rend difficile la découverte des faits constitutifs de ce type de délit »⁴⁸. La dissimulation demeure une notion appréciable *in concreto*, en fonction des circonstances de l'espèce et du comportement de l'auteur.

Récemment, la Cour d'appel alla même jusqu'à qualifier l'abus de biens sociaux d'infraction clandestine par nature, décision qui n'emporta pas notre conviction⁴⁹ et qui devrait demeurer isolée.

En toute logique, la solution consistant à retarder le point de départ du délai de prescription en cas d'actes de dissimulation devrait également s'appliquer aux abus de biens sociaux commis au sein des associations et des fondations.

Les exemples de dissimulations d'abus de biens sociaux dans des sociétés sont extrêmement nombreux au sein de la jurisprudence et ils devraient se recouper avec certains comportements commis dans les nouvelles entités visées. Constituent ainsi des manœuvres de dissimulation l'utilisation d'une société-écran⁵⁰, de faux documents⁵¹, d'une comptabilité incomplète qui de surcroît n'a pas pu être contrôlée en raison de la qualité de dirigeant et d'actionnaire unique de l'auteur⁵².

La seule expiration du délai quinquennal à compter de la réalisation du comportement délictueux ne devrait donc pas permettre à l'auteur d'un abus de biens sociaux au sein d'une association ou d'une fondation d'échapper aux poursuites.

Dans ce contexte, il convient de noter qu'une fondation n'a pas de membres, à la différence d'une association, et que, par conséquent, aucune assemblée n'y est tenue. Les administrateurs de cette dernière rendent compte directement au ministère de la Justice en communiquant un rapport d'activité détaillé de l'exercice social écoulé endéans le mois du dépôt des documents comptables⁵³. Un tel rapport, s'il contient la révélation d'actes de mauvaise gestion, pourrait donc le cas échéant faire échec au report du point de départ du délai de prescription.

2) La recevabilité des constitutions de parties civiles

Tel qu'indiqué *supra*, l'infraction d'abus de biens sociaux vise avant tout à protéger le patrimoine et les intérêts de l'entité⁵⁴.

C'est pour cette raison que la jurisprudence française refuse par principe toute constitution de partie civile de tiers, y compris les actionnaires de la société victime d'abus de biens sociaux. Après plusieurs revirements et hésitations, la chambre criminelle de la Cour de cassation est finalement revenue à sa position initiale et soumet depuis plusieurs années désormais la recevabilité d'une constitution de partie civile d'un actionnaire à l'existence d'un préjudice propre, distinct du préjudice social, découlant directement de l'infraction⁵⁵, ce qui est en pratique très difficile, pour ne pas dire impossible.

Au Luxembourg, les juridictions ont également eu des positions divergentes, penchant tantôt vers un refus de principe de la constitution de partie civile d'un actionnaire, tantôt l'admettant largement. La situation actuelle semble néanmoins claire et fixée, à l'instar de la jurisprudence française.

La Cour de cassation est en effet récemment venue rappelez les conditions permettant l'acceptation d'une partie civile d'un actionnaire. Dans sa décision, elle a confirmé les juges d'appel ayant rejeté une plainte avec constitution de partie civile d'actionnaires d'une société victime d'abus de biens sociaux au motif qu'ils n'avaient pas fait valoir de préjudice personnel et direct⁵⁶.

Selon la Cour, « L'action civile devant les juridictions répressives est un droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, doit être strictement enfermé dans les limites fixées par l'article 56 du Code de procédure pénale.

La recevabilité d'une constitution de partie civile suppose la preuve d'une possibilité de préjudice personnel et direct subi par la partie civile du fait des infractions dénoncées.

En retenant qu'il ne résulte pas de la plainte avec constitution de partie civile que les parties plaignantes ont subi un préjudice personnel et direct en rapport avec les faits repris dans la plainte qui serait distinct de celui éventuellement subi par les sociétés victimes des abus de biens sociaux invoqués, la chambre du conseil de la Cour d'appel n'a pas violé la disposition visée aux moyens. »

Il en résulte qu'à ce jour la solution prévalant au Luxembourg semble être similaire à celle établie en France, à savoir que les actionnaires d'une société victime d'abus de biens sociaux peuvent certes se constituer partie civile, mais à condition toutefois de démontrer un préjudice personnel

48. Trib. arr. Luxembourg, 26 janvier 2006, n° 447/2006 du rôle.

49. F. KIRMANN, note sous CA, 15 janvier 2020, *Revue des procédures*, n° 2, 2012, pp. 29 et s.

50. Trib. arr. Luxembourg, 11 janvier 2024, n° 109/2024 du rôle.

51. Trib. arr. Luxembourg, 15 juillet 2013, n° 2313/2013 du rôle.

52. Trib. arr. Luxembourg, 30 novembre 2023, n° 2402/2023 du rôle.

53. A. PRÜM et I. LOSCIALE, « De quelques retouches au régime des fondations », in *Le nouveau droit des ASBL au Luxembourg*, Bruxelles, Larcier Intersentia, 2024, p. 72.

54. J.-L. PUTZ, « L'abus de biens sociaux », art. préc., p. 52.

55. W. JEANDIDIER, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », art. préc., § 108.

56. Cass., 19 octobre 2023, n° 107/2023 du rôle.

et direct en rapport avec l'infraction mais distinct de celui subi par la société. Une telle démonstration étant particulièrement difficile à effectuer, les parties civiles d'actionnaires sont donc presque systématiquement rejetées.

Les autres tiers à la société ne sont pas plus admis à se constituer parties civiles.

Est ainsi irrecevable l'action civile des créanciers de l'entité, d'une caution, du commissaire aux comptes ou des salariés⁵⁷.

Face à un texte et des motivations identiques, la solution prévalant en matière d'abus de biens sociaux commis dans une société devrait s'appliquer aussi aux associations et fondations.

Si une association n'a pas d'actionnaires, il faut néanmoins anticiper que l'action civile de ses membres, fondateurs ou créanciers devrait en toute logique être rejetée, sauf à ce qu'ils réussissent à démontrer un préjudice personnel et direct en rapport avec l'infraction mais distinct de celui subi par l'association. Seule la constitution de partie civile de l'association devrait en toute logique être admise.

Sur ce point, les droits luxembourgeois et français se distinguent très nettement du droit belge puisque l'article 492bis du Code pénal belge fait explicitement référence à un comportement « préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de [l'entité] et à ceux de ses créanciers ou associés ».

Les parties civiles de ces personnes sont donc largement admises par les juridictions belges, solution qui n'est pas transposable au Luxembourg⁵⁸.

Concernant les fondations, nous pouvons également anticiper que seule la personne morale devrait voir sa constitution de partie civile déclarée recevable, à l'exclusion de

celle de son fondateur par exemple, sauf, une fois encore, à démontrer un préjudice personnel et direct en rapport avec l'infraction mais distinct de celui subi par la fondation.

De ce point de vue, l'article 71 apparaît moins protecteur vis-à-vis des tiers à l'entité que ne pouvait l'être l'abus de confiance. En contrepartie, et c'est toute la raison d'être du délit d'abus de biens sociaux, le patrimoine de la personne morale se trouve davantage protégé, peut-être au détriment direct des tiers gravitant autour de l'association ou de la fondation.

De façon pour le moins discrète, sans soulever le moindre débat lors de son adoption, l'article 71 de la loi du 7 août 2023 est venu opérer un élargissement du champ d'application du délit d'abus de biens sociaux. Rompant avec une position héritée de longue date du droit français, le nouveau texte d'incrimination tend à apporter une protection accrue du patrimoine et des intérêts des associations et des fondations, deux formes sociales jusqu'ici exclues par les dispositions légales régissant l'abus de biens de sociaux. Cette protection de la personne morale était jusque-là assurée par le délit traditionnel d'abus de confiance, dont les limites et les lacunes devraient être comblées par l'article 71, dont les éléments constitutifs sont davantage adaptés aux comportements répréhensibles rencontrés au sein de ces entités.

Malgré cette nouveauté, en reprenant le texte de l'article 1500-1 de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales, le législateur permet aux juridictions répressives de transposer la jurisprudence applicable en matière d'abus de biens sociaux commis au sein des sociétés aux délits affectant les associations et les fondations. Il est donc possible d'anticiper dès aujourd'hui quelle devrait être la position des juges face à des comportements contraires à l'intérêt des nouvelles entités protégées, comportements qui, à n'en pas douter, ne tarderont pas à être poursuivis au visa de l'article 71 de la loi du 7 août 2023. ■

57. W. JEANDIER, « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », art. préc., § 115.

58. H. D. BOSLY, « L'abus de biens sociaux », in *Les infractions*, vol. 1, *Les infractions contre les biens*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2016, p. 290.