



Les compagnies d'assurance face à l'abus de bien sociaux et aux pratiques commerciales déloyales: analyse juridique et réglementaire

Bouchra SAIDI

(Maroc)

Introduction

L'honorabilité est une qualité qui se révèle dans l'épreuve, c'est par référence au passé pénal des personnes que l'on jugera de cette qualité attendue pour l'avenir. Le souci d'assainissement des professions liées à l'assurance est une constante qui conduit à en écarter les auteurs d'infractions¹. Le distributeur d'assurance doit être parfaitement intègre, en présence des qualités de probité. Il ne faudrait malgré tout pas tomber dans une position extrême qui consisterait à se baser uniquement sur la puissance d'un nom pour attirer la clientèle. C'est pourquoi les compagnies essaient, dans la mesure du possible, de choisir des agents dont la bonne réputation est susceptible de rejaillir sur la compagnie elle-même². Sont notamment tenus de satisfaire des conditions d'honorabilité les intermédiaires, personnes physiques, ou les intermédiaires qui dirigent, gèrent ou administrent des intermédiaires personnes morales³. De plus, en vertu de l'article 227-1⁴ « L'autorité peut, par décision motivée, s'opposer à la nomination des personnes chargées de diriger ou de gérer une entreprise d'assurances et de réassurance, notamment lorsqu'elle considère que ces personnes ne possèdent pas l'honorabilité, la qualification et l'expérience nécessaires pour l'exercice de leurs fonctions », autrement dit, des conditions d'honorabilité sont requises pour pouvoir fonder, diriger ou administrer une entreprise d'assurance soumise au contrôle de l'État⁵. Par conséquent, les professionnels manipulant des fonds financiers, sont tenus par une certaine probité⁶ et intégrité⁷. Ces exigences répondent à l'honneur dû à la profession⁸.

L'article 195 du code des assurances⁹ observe la responsabilité individuelle ou solidaire des administrateurs et des membres du directoire ou du conseil de

¹J. Bigot « Traité de droit des assurances : l'intermédiation en assurance », T.2. 2^{ème} éd. LGDJ.2009. p. 228.n°348.

² P. UZEL « Le régime des agents d'assurances : Incendie- Accidents- Risques Divers », th. Univ. Paris. 9 déc 1950. P. 20

³ N. VÉRONIQUE,« Droit des contrats d'assurance», éd. 2012, n°292, p.126.

⁴ ajouté par la loi n° 59-13 du 25 août 2016

⁵ F. Xavier BERGER « Aspects contemporains du droit criminel des assurances terrestres », ANRT, th. Univ. Toulouse 1, janv.1996. p.25. Il s'agit en fait de pratiquement toutes les sociétés d'assurances.

⁶ J-M BRIGNANT, « Contribution à l'étude de la probité », préf. C. Lazerges, PUAM, 2012.

⁷ J. MORET-BAILLY et D. TRUCHET « Déontologie des juristes » PUF, 2010,p. 101.

⁸ B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIYA. « Droit des assurances ». 4^{ème} éd.2021, LGDJ, p. 127.n°119.

⁹ complété par la loi n° 12-09 du 29 juin 2009



surveillance à l'égard de la société d'assurances mutuelles ou les tiers en cas des infractions commises en violation des statuts, de dispositions législatives et réglementaires, ou de fautes de gestion.

Une confiance secrète, Bien qu'il s'agisse d'une des infractions du droit pénal des sociétés les plus poursuivies – et les plus punies – le délit d'abus de biens sociaux demeure soumis à des conditions de constitution tout à fait remarquables et dont on ne se laisse pas d'étudier les circonvolutions¹⁰. L'article 225 du code des assurances dispose : « Sont punis des peines prévues par l'article 384 de la loi n° 17-95 les membres des organes d'administration ou de direction d'une société d'assurance mutuelle qui, de mauvaise foi, auront fait, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts économiques de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ». De ce fait, constitue un abus des biens sociaux tout acte qui fait courir un risque anormal à la société (I). Le délit est consommé dès que l'actif social a connu un risque auquel il ne devrait pas être exposé. Ainsi, il n'est pas nécessaire que le dirigeant qui exerce l'acte abusif, en tire profit¹¹. Une raison majeure, en contrepartie, incite à protéger le consommateur, elle tient à qualifier les pratiques commerciales, une qualification marquée par la loi 31-08 édictant les mesures de sa protection, voire à restreindre les pratiques déloyales et trompeuses (II)

¹⁰ L. SAENKO, « La contrariété à l'intérêt social dans le cadre de l'abus de biens sociaux : appréciation in concreto », Gaz. Pal. 5 avril 2022, n°11, p.43

¹¹ N- F. RAAD « L'abus de la personnalité morale en droit privé ». préf. François Terré. T. 214. 1991, p. 207, n° 219.



I- L'abus de biens sociaux des dirigeants d'assurance

Le délit d'abus des biens sociaux est probablement le plus connu du droit pénal des sociétés. Il réprime les dirigeants (gérants de SARL, président, administrateurs, membres du directoire et directeurs généraux de sociétés anonymes...) qui de mauvaise foi, ont fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci¹², à dire vrai, les dirigeants sociaux peuvent être tentés d'utiliser leurs pouvoirs de gestion et d'administration d'une société dans leur intérêt personnel. Il en va de la sorte, notamment lorsque ces dirigeants viennent à traiter le patrimoine social comme leur patrimoine propre¹³. En effet, la réalité et le développement incessant de la personnalité de la société par actions tendent à créer un véritable écran entre ses dirigeants, d'une part et ses actionnaires d'autre part. Il est dès lors à craindre que sous le couvert de l'action sociale, dont le contrôle par les seconds devient de plus en plus difficile, les premiers ne soient tentés d'abuser de leurs pouvoirs et de les exercer à des fins purement personnelles¹⁴.

Dans une autre hypothèse, le droit subjectif est vu sous l'angle d'une dualité de critères, à savoir l'intérêt et la volonté¹⁵. En ce qui concerne les critères « subjectifs » d'imputation, ce modèle semble en effet fixer une forme de responsabilité « indirecte » ou par « ricochet », dans la mesure où la « volonté » de la personne morale serait plutôt le « reflet » de la « volonté » de la personne physique exerçant une position de pouvoir dans l'entreprise¹⁶. De ce fait, c'est du côté du but de droit qu'il faut se pencher pour déterminer son contenu. Or, on sait que le droit a pour but la satisfaction de certains besoins. En effet, la personne qui entre dans la sphère juridique suit un seul but : la réalisation de son intérêt. L'intérêt constitue par-là, la raison d'être du droit. Il prime l'élément de la volonté¹⁷. Si bien que, les dirigeants d'une société d'assurance mutuelle agissent avec l'intention d'en abuser de son patrimoine et à l'encontre de son intérêt social semble constitutif d'un délit répressif. En revanche, pour être répréhensible l'abus de biens sociaux doit répondre à trois exigences dont le défaut ne peut qualifier l'infraction.

¹² DOSSIER THÈMEXPRESS « Responsabilité pénale des dirigeants sociaux », 1^{er} OCT 2018. éd. FRANCIS LEFEBVRE.p.47. n°.117.

¹³ J.-L. CAPDEVILLE « Abus de biens sociaux et banqueroute ». Pratique des affaires. Joly éd, 2010.p. 9. n° 12.

¹⁴ H. LAUNAIIS et L. ACCARIAS « Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée ». préf. R. HOUIN. Vol. 2. 1947. P.231.n°.270.

¹⁵ N. F. RAAD « L'abus de la personnalité morale en droit privé », op.cit., n°.109, p.108 et s

¹⁶ Il s'agirait selon les dispositions rappelées, d'une personne « agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, et qui exerce un pouvoir de direction en son sein sur les bases suivantes :a) un pouvoir de représentation de la personne morale ; b) une autorité pour prendre une décision au nom de la personne morale ; c) une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale ». in Association de recherches pénales européennes « la responsabilité pénales des personnes morales : perspectives européennes et internationales. Dir. Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Stefano MANACORDA. UMR De Droit Comparé.Paris.Vol.30. 2013. p.72.

¹⁷ N-F. RAAD « L'abus de la personnalité morale en droit privé », op.cit., n°.109, p.109



A- L'usage abusif des biens et du crédit de la société par les dirigeants des compagnies d'assurances

Aucune définition légale du mot « usage » n'est prévue par le texte de loi, les textes ne disant mot sur ce point, la jurisprudence est venue donner un champ d'application relativement large à cette notion en incluant, non seulement les actes de disposition¹⁸, mais également les actes d'administration¹⁹. M. COZIAN et M. VIANDIER soutiennent que le mot « usage » englobe les actes de disposition et les actes d'administration lesquels n'altèrent pourtant pas les biens utilisés²⁰

Il s'agit aux termes de l'article 225 du code des assurances « un usage des biens ou du crédit de la société », Le terme « usage » a donc un sens tout à fait extensif qui permet d'englober tous les procédés auxquels ont recours les intéressés pour porter atteinte au patrimoine social²¹. Le juge doit s'assurer que l'acte frauduleux reproché à l'administrateur concerne effectivement le patrimoine social proprement dit²², il sera souvent un acte de disposition, c'est-à-dire une opération grave qui entame ou engage un patrimoine, pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance²³. À la différence du délit d'abus de confiance²⁴, l'infraction d'abus de biens sociaux peut être caractérisée en présence d'un simple acte d'administration effectué par le prévenu²⁵.

a- L'usage des biens de la société

La protection générale des biens par le droit criminel se résume à la lecture du code pénal, à quelques incriminations fondamentales. En raison des évolutions sociales et économiques, nombre de dispositions sont apparues au cours des siècles passés mais l'œuvre de codification est restée limitée en la matière²⁶. L'abus de biens sociaux est un délit instantané, accompli dès l'usage abusif, ce qui laisse subsister l'infraction même après la restitution des biens sociaux

¹⁸ Constitue des opérations visant l'aliénation d'un bien de manière directe

¹⁹ J. LASSERRE CAPDEVILLE « Abus de biens sociaux et banqueroute ». Pratique des affaires. Joly éd, 2010.p.37. n°.67.

²⁰ V. COZIAN et VIANDIER « Images fiscales : transparence, semi- transparence, translucidité et opacité des sociétés », Rev. Soc, 1976,I . n°920,

²¹ J. M. VERDIER « l'abus du mandat social », p. 202. In H. LAUNAIS et L. ACCARIAS « droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée ». préf. Roger HOUIN. Vol. 2. 1947.p. 233.n°271.

²² M. LEBOULANGER « l'abus frauduleux du mandat social en droit pénal : étude analytique et critique des modes de répression des détournements commis au préjudice des sociétés et groupements par leurs administrateurs et gérants », th. Univ. LYON. 1938. P. 56.

²³ G. CORNU « Vocabulaire juridique », PUF, 8^{ème} éd. , 2007. P. 318. In. J. L. CAPDEVILLE « Abus de biens sociaux et banqueroute ». pratique des affaires. Joly éd, 2010.p. 37. n°. 68.

²⁴ « Pour la jurisprudence, en effet, le seul usage de la chose n'entre pas dans les prévisions de l'incrimination alors même que cet usage est différent de celui convenu par les parties. L'usage ne permet ainsi de caractériser le détournement qu'à partir du moment où l'utilisateur du bien a manifesté le désir de se comporter, même momentanément, en véritable propriétaire. La ligne de séparation entre l'usage licite et celui qui constitue un détournement n'est cependant pas toujours aisée à tracer », A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, « Droit pénal des affaires, Litec, 2008, n°241. In. J. L. CAPDEVILLE « Abus de biens sociaux et banqueroute », op.cit, n°. 69, p. 37.

²⁵ Ibid.

²⁶ L. EYRIGNAC « La protection pénale du patrimoine de la société ». préf. Bernard BOULOC. LGDJ.2007. p.43.n°17.



détournés²⁷. Ce qui est en question ce n'est pas un bien quelconque appartenant à un tiers ou même à un ou plusieurs actionnaires, c'est au contraire le bien de la société envisagée comme personne morale²⁸. MM. HÉMARD, TERRÉ et MABILAT appuient « *les biens de la société sont constitués par l'ensemble de l'actif mobilier ou immobilier affecté à l'objet social, sans qu'une distinction puisse être faite entre le capital et les réserves et sans qu'on puisse exclure les documents comptables ou autres, appartenant à la société* »²⁹. Le mot « biens » ne peut qu'être entendu de la manière la plus extensive. Aucune limite ici n'existe contrairement à ce qui est prévu en matière d'abus de confiance³⁰. La forme à la fois extrême et incontestable de l'usage consiste en un transfert de propriété qui se traduit, de la part des prévenus, par une véritable appropriation des biens qui peut se réaliser par toutes sortes de moyens directs ou indirects³¹. On enseigne, classiquement³², qu'une chose ne revêt le qualificatif de biens, au sens juridique du terme, que si elle génère une certaine utilité pour l'homme et qu'elle fait l'objet d'une appropriation privée³³.

La jurisprudence française a attesté qu'une confusion de patrimoine, même temporaire, n'est pas tolérable³⁴. Les juges se montrent très sévères à cet égard, notamment en condamnant un dirigeant qui, bien qu'ayant escompté sur son compte d'associé une somme revenant à la société, a régularisé la situation dès le lendemain, alors que l'opération avait été effectuée à la demande de la banque.

Tout emprunt de fonds sociaux pour régler les dettes personnelles est en effet prohibé³⁵, la loi ne formulant, en revanche, aucune précision concernant le bien pouvant être objet du délit, il convient, et la jurisprudence en témoigne, de donner une application relativement étendue à l'infraction étudiée. Il peut s'agir ainsi :

²⁷ DOSSIER THÈMEXPRESS « Responsabilité pénale des dirigeants sociaux », 1^{er} OCT 2018. Ed. FRANCIS LEFEBVRE.p. 48.n°120.

²⁸ M.LEBOULANGER « L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal. étude analytique et critique des modes de répression des détournements commis au préjudice des sociétés et groupements par leurs administrateurs et gérants », op.cit., P.56.

²⁹ V. HEMARD, TERRE, MABILAT, n°1218. En ce sens, J. LARGUIER, « Droit pénal des affaires », 292. 9

³⁰ Ph. CONTE et W.JEANDIDIER « Droit pénal des sociétés commerciales », éd. JURIS CLASSEUR. 2004. p. 119. n°. 219.

³¹ H. LAUNAIS et L.ACCARIAS « Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée ». préf. R.HOUIN. Vol. 2. 1947. P.233.n°271.

³² G. BAUDRY- LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, « Traité théorique et pratique du droit civil. Des biens », 1896, éd. Larose et Terin, n°.10.

³³ J. L. CAPDEVILLE « Abus de biens sociaux et banqueroute », op. cit, p.39. n°72.

³⁴ Cass.crim. 21-8-1991n°90-86.505 : Gaz.Pal. 1992p.41. in. DOSSIER THÈMEXPRESS « responsabilité pénale des dirigeants sociaux », 1^{er} OCT 2018. Ed. FRANCIS LEFEBVRE. P.48.n°120.

³⁵ DOSSIER THÈMEXPRESS « responsabilité pénale des dirigeants sociaux », 1^{er} OCT 2018. Ed. FRANCIS LEFEBVRE.p. 49.n°120.



- De biens mobiliers : mobilier³⁶, fonds³⁷, stocks³⁸, etc. ;
- De biens immobiliers : immeubles³⁹, etc ; c'est l'hypothèse du dirigeant qui fait construire un logement personnel
- Les biens incorporels : brevets⁴⁰, créances⁴¹, clientèle, etc.

Autrement dit, les biens sociaux englobent par conséquent tous les éléments mobiliers ou immobiliers du patrimoine social. Le plus souvent, ce sont les fonds sociaux qui constituent l'objet de l'abus des biens sociaux, le dirigeant s'octroyant notamment des rémunérations excessives ou redevances indue ou détournant un prêt contracté pour le compte de la société ou se faisant attribuer des bons de caisse en représentation de comptes courants prétendument créditeurs alors que ces comptes avaient été préalablement soldés, ou se faisant consentir par la société un découvert en compte courant⁴².

Une question s'impose à cet égard, l'usage des biens par abstention constitue-t-il un abus de biens sociaux ? La réponse à cette question varie ainsi, semble-il, selon que l'on est en présence d'un abus de bien ou d'un abus de pouvoir, les magistrats n'admettant plus l'usage par abstention que dans ce dernier cas⁴³.

Cette notion est, toutefois entendue largement en jurisprudence, ainsi, la violation de l'intérêt social est caractérisée non seulement lorsque le dirigeant a occasionné un préjudice matériel à la société, mais aussi lorsqu'il a simplement fait courir à celle-ci un risque anormal résultant d'opérations simplement désavantageuses⁴⁴.

³⁶ Cass. Crim. 30 janv. 1974, n°91.521/73 : Bull. crim.1974, n°48.

³⁷ Cass. Crim., 25 nov.1975 :JCP G1976,II, 18476, note M. DELMAS- MARTY ; Rev. Sociétés 1976, p.655, obs. B. BOULOC. In. Loïc EYRIGNAC « la protection pénale du patrimoine de la société ». préf. B. BOULOC. LGDJ.2007. p40.n°. 72.

³⁸ L'infraction est ainsi retenue lorsque le dirigeant fait acquérir par la société un stock de pièces détachées dénué de toute valeur auprès d'une autre société dont il détient le capital, Cass. Crim., 26 février. 1998, n°96-86.505 : Juris Data n° 1998-001971 ; Rev. Sociétés 1998, p. 604. Note B. Bouloc.

³⁹ Cass. Crim., Bull. Jolly sociétés 1981, p. 840, §414- CA Angers, 15 sep.2009 : Juris-Data n° 2009-012999. In Loïc EYRIGNAC « la protection pénale du patrimoine de la société ». préf. Bernard BOULOC. LGDJ.2007. p40.n°. 72.

⁴⁰ Il en va de la sorte même si l'invention a été le fait du dirigeant, dès lors que c'est la société qui a supporté les dépenses de recherches et qui a mis au point les prototypes. In L. EYRIGNAC « la protection pénale du patrimoine de la société ». préf. Bernard BOULOC. LGDJ.2007. p40.n°. 72.

⁴¹ Cass. Crim., 15 mars 1972, n° 91.378/71 : Bull. crim.1972, n°107 ; Rev. Sociétés 1973, p. 357, obs. B. Bouloc. RTD. P. 573, note R. Houin. Notons que, cet arrêt, l'abus de biens avait été requalifié en abus de pouvoirs. In L.EYRIGNAC « la protection pénale du patrimoine de la société ». préf. Bernard BOULOC. LGDJ.2007. p40. n°. 72.

⁴² Ph. CONTE et W. JEANDIDIER « droit pénal des sociétés commerciales », éd. JURIS_CLASSEUR.2004. p.119. n°. 220.

⁴³ J-L. CAPDEVILLE « Abus de biens sociaux et banqueroute », op.cit.,p. 38.n°. 71.

⁴⁴ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, « Droit pénal des affaires », 6° éd., 2020, LexisNexis, n° 738.



b – L'usage du crédit

Qu'il faut comprendre par crédit de la société sa capacité d'emprunter⁴⁵, sa réputation commerciale, sa solvabilité⁴⁶. Outre les biens sociaux, l'abus est susceptible de porter sur le crédit social. Celui-ci désigne la capacité financière de la société qui lui permet d'emprunter ou de contracter des dettes⁴⁷. Il s'agit, notamment, de « la renommée commerciale de la société, née de la bonne marche de l'entreprise, de son capital, du volume et de la nature de ses affaires »⁴⁸.

En incriminant l'abus du crédit social, le législateur entend élargir sensiblement le domaine de la répression⁴⁹. D'après MM. DAGOT et MOULY, la légitimité de l'usage personnel du crédit social doit être en principe admise., on répugne uniquement les cas d'abus. L'idée force de ses auteurs consiste à faire opposer la société-contrat à la société structure. Celle-ci se substitue en droit des sociétés à celle-là. De là, une telle légitimité pourrait se vérifier du fait de cette substitution et ceci, négativement quand on constate que ni l'intérêt social ni l'objet social ne peuvent entraver son admission et positivement, quand on réalise la concordance qui s'installe entre intérêt de la société et intérêt de l'associé⁵⁰. Dans la même aptitude, en effet, MM. ROUSSELOT et PATIN estiment que le crédit social est « le crédit qui attache à l'établissement en raison de son capital, de sa nature de ses affaires, de la bonne marche de l'entreprise, etc, en faire l'usage, c'est engager la signature sociale, exposer la personne morale à des paiements ou à des encaissements éventuels, lui faire courir des risques qui, normalement, ne lui incomberaient pas »⁵¹. Il correspond, d'une façon générale, à la confiance financière qui est attachée à la société en raison, par exemple, de son capital, de la nature de ses affaires ou encore de ses bons résultats⁵².

Les administrateurs sociaux, d'une compagnie d'assurances, réalisent leurs détournements non seulement par des transferts de numéraire de société à société ou, ce qui est en définitive revient au même, par des écritures opérant déplacement de fonds, mais aussi par l'usage de la signature sociale. Ils peuvent employer le capital social à couvrir ou à soutenir certains engagements inconsistants souvent destinés à tromper les tiers⁵³. Il est légalement interdit, notamment, aux dirigeants

⁴⁵ V. J. LARGUIER, « droit pénal des affaires »,p. 292. In Nabil Fadel RAAD « l'abus de la personnalité morale en droit privé ». préf. François Terré. T. 214. 1991.p. 210.n°. 222.

⁴⁶ V. HEMARD, TERRE, MABILAT. n°. 1268. In. In Nabil Fadel Raad « l'abus de la personnalité morale en droit privé ». préf. François Terré. T. 214. 1991.p. 210.n°. 222.

⁴⁷ DOSSIER THÈMEXPRESS « Responsabilité pénale des dirigeants sociaux », 1^{er} OCT 2018. Ed. FRANCIS LEFEBVRE.p. 49.n°. 123.

⁴⁸ A. Vitu. « Traité de droit criminel. Droit pénal spécial », Cujas, 1982, n°984.

⁴⁹ H. LAUNAI et L. ACCARIAS « Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée ». préf. Roger HOUIN. Vol. 2. 1947.233 et s.n°. 272.

⁵⁰ V. A. DAGOT, C. MOULY, « L'usage personnel du crédit social et son abus ». cit.in. Nabil Fadel Raad « l'abus de la personnalité morale en droit privé ». préf. François Terré. T. 214. 1991.p. 210. n°. -222

⁵¹ ROUSSELOT et PATIN « Délits et sanctions dans les sociétés par actions », Paris, 1938. P.220.

⁵² J- L. CAPDEVILLE « Abus de biens sociaux et banqueroute », op.cit.,p. 49.n°. 85.

⁵³ M. LÉBOULANGER « L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal. étude analytique et critique des modes de répression des détournements commis au préjudice des sociétés et groupements par leurs administrateurs et gérants », th. Univ. LYON. 1938.p.164..



de faire cautionner ou avaliser par la société un engagement personnel, sous peine de nullité absolue de l'engagement⁵⁴

c- L'usage contraire à l'intérêt social

Il n'est pas nécessaire que l'acte incriminé soit étranger à l'objet social ou qu'il excède les limites fixées par les statuts. Il suffit que l'administrateur ait commis un abus dans le cadre normal de sa gestion⁵⁵. Il peut être difficile aux dirigeants de la société d'éviter le reproche d'avoir mal utilisé des biens sociaux, le cours des événements peut en effet déjouer leurs prévisions⁵⁶. En revanche, l'auteur de cette conception n'estime pas pouvoir adhérer à l'opinion selon laquelle, pour être délictueux, « il suffira, le plus souvent, que l'acte ait abouti à une perte, ou même, qu'il ait comporté des risques de pertes, quel qu'ait été d'ailleurs le peu d'importance de ce risque »⁵⁷. Adeptes de cette conception ne visent qu'une abstention des seuls administrateurs, de toute opération commerciale et auraient une conscience placide, puissent leur dessaisie de la prison.

Nonobstant, il est tout aussi difficile de prendre comme critérium de la régularité de l'acte d'usage le fait qu'il comporte ou non un intérêt quelconque pour la société, faut-il simplement éventuel ou aléatoire et de soutenir qu'une « opération ne pourra être considérée comme contraire à l'intérêt social qu'au cas où il pourrait être démontré qu'elle ne présentait pour la société aucun avantage⁵⁸. L'acte du gérant doit pouvoir s'interpréter comme celui d'un individu qui se comporte en maître de la chose et non en administration du patrimoine d'autrui. Peu importe que le dommage soit réalisé ou éventuel ; il suffit que l'opération du gérant, qu'elle soit aléatoire ou certaine, se traduise pour la société par une perte ou par un risque de perte⁵⁹.

On ne saurait présumer l'abus de biens sociaux du seul fait que l'acte reproché serait étranger à l'objet social⁶⁰. Plus récemment, il a été jugé qu'il n'y avait pas davantage d'abus de biens sociaux en cas de prélèvements effectués par un dirigeant social sur la trésorerie de sa société, correspondant à une rémunération qui lui a été consentie par le dirigeant de la société mère en contrepartie d'un travail, alors que les fausses imputations comptables ne correspondaient pas à

⁵⁴ J- L CAPDEVILLE « Abus de biens sociaux et banqueroute », op.cit.,p. 50. n°. 88.

⁵⁵ M. LEBOULANGER « L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal : étude analytique et critique des modes de répression des détournements commis au préjudice des sociétés et groupements par leurs administrateurs et gérants », th. Univ. LYON. 1938.p.56.

⁵⁶ H. LAUNAIIS et L.ACCARIAS « Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée ». préf. R. HOUIN. Vol. 2. 1947. P. 234.n°. 273.

⁵⁷ ROUSSELET et PATIN op.cit., 1938 , p.220. in. H. LAUNAIIS et L. ACCARIAS « droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée ». préf. Roger HOUIN. Vol. 2. 1947. P. 234.n°. 273.

⁵⁸ Ibid

⁵⁹ M. LEBOULANGER « L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal : étude analytique et critique des modes de répression des détournements commis au préjudice des sociétés et groupements par leurs administrateurs et gérants », op.cit.,p.57 et s.

⁶⁰ Cass. crim., 24 oct. 1996, n° 96-80615 : BJS avr.1997,n°118,p.201. note J.-F. Barbiéri ; Rev. sociétés 1997, p. 373, note B. Bouloc.



l'objectif poursuivi par le délit d'abus de biens sociaux⁶¹. En outre, bien qu'il incombe aux juges du fond d'apprécier souverainement si l'usage incriminé est contraire aux intérêts de la société, encore faut-il qu'ils motivent suffisamment leur décision sur ce point. S'agissant d'un dirigeant ayant une activité bien réelle de gestion dans la société, la décision des juges d'appel est ici censurée, faute d'avoir établi en quoi sa rémunération était excessive au regard de la situation de la société⁶².

B- La mauvaise foi des dirigeants de la société d'assurances

L'abus des biens sociaux nécessite l'existence de l'élément intentionnel, cet élément du délit communément appelé « dol général » consiste en un usage effectué de mauvaise foi, c'est-à-dire en toute connaissance de l'usage contraire aux intérêts de la société et non dans une intention de nuire⁶³. Il est alors nécessaire de voir dans quelle mesure le comportement de l'auteur moral peut être source de présomption irréfragable de culpabilité, autrement dit dans quelle mesure il convient de nuancer l'affirmation selon laquelle, en principe, même le comportement univoque doit laisser place à la preuve contraire, bien qu'il soit toujours, au moins, possible de prouver que l'on n'a pas eu ce comportement fautif⁶⁴. Cependant, il s'agit, à l'évidence, d'une infraction intentionnelle, dans la mesure où « l'auteur de l'infraction ait agi en connaissance de cause en vue de violer la loi »⁶⁵. C'est de l'examen des faits retenus par le juge et de leur rapprochement avec la déclaration de la culpabilité faite dans les termes légaux que s'induit l'intention frauduleuse⁶⁶. L'agent est moralement coupable lorsque les actes matériels dont il a eu conscience coïncident avec ceux qui sont pénalement incriminés⁶⁷. La mauvaise foi se déduit nécessairement de la clandestinité des opérations réalisées par le dirigeant fautif, en particulier dans l'hypothèse de dissimulation de l'emploi des fonds aux organes sociaux et du recours à des documents falsifiés⁶⁸. La jurisprudence française est constante dans ces termes : « qu'il est difficile d'admettre que sachant de par ses fonctions à quoi s'en tenir sur la marche de la société à l'époque envisagée, il ait été de bonne foi

⁶¹ Cass.crim., 15 sep.2021, n°20-85495. BJS déc.2021,n°200p3, p. 20,note R. SALOMON

⁶² R. Salomon, « Utiles précisions sur les éléments matériel et moral de l'ABS », B.J.S. 01/01/2022. n°1, p6,

⁶³ DOSSIER THÈMEXPRESS « responsabilité pénale des dirigeants sociaux », 1^{er} OCT 2018. Ed. FRANCIS LEFEBVRE.p.51.n°. 127.

⁶⁴ J. POUYANNE « L'auteur moral de l'infraction », préf. Philippe CONTE. L.R.D.D. univ. AIX-MARSEILLE. P.460.n°. 576.

⁶⁵ Sur l'ensemble de cette question, v. Hémard, Terré, Mabilat, n°.1272 et s. ; B. BOULOC, note sous cass.ch. crim. 19 déc.1973,p.368. in. Nabil Fadel Raad « l'abus de la personnalité morale en droit privé ». préf. François Terré. T. 214. 1991.p.207.n°.219.

⁶⁶ M. LEBOULANGER « L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal : étude analytique et critique des modes de répression des détournements commis au préjudice des sociétés et groupements par leurs administrateurs et gérants », op.cit, 1938.p.183 et s.

⁶⁷ R. MERLE et A. VITU « Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général ». ; T. I, CUJAS. Septième éd. 1997. P.730.n°.580.

⁶⁸ DOSSIER THÈMEXPRESS « Responsabilité pénale des dirigeants sociaux », 1^{er} OCT 2018. Ed. FRANCIS LEFEBVRE.p. 51.n°. 127.



en donnant lecture à l'assemblée générale de son rapport et en présentant à ladite assemblée le bilan incriminé »⁶⁹.

Il est vrai que cet intérêt individuel du dirigeant est entendu largement en jurisprudence, et peut être indifféremment matériel – le dirigeant social s'étant enrichi directement au préjudice de la société ou ayant favorisé une autre entreprise dans laquelle il est directement ou indirectement intéressé – ou simplement moral⁷⁰. La preuve de l'usage à des fins personnelles est facilitée par le jeu d'une présomption simple posée par la jurisprudence, lorsque le dirigeant a prélevé des fonds sociaux de façon occulte. En pareil cas, la Cour de cassation présume que ces fonds ont été utilisés dans l'intérêt personnel des dirigeants, sauf si ces derniers justifient de leur utilisation dans le seul intérêt de la société, d'ailleurs, la jurisprudence française est enrichie dans le domaine⁷¹

La jurisprudence ne rend point compte au dol spécial du délit de banqueroute, dans la mesure où l'article 740-7° du code de commerce n'est plus précis en ses termes, il paraît bien interprété par la doctrine qui admet « en raison de l'utilisation de l'expression « manifestation incomplète ou irrégulière ». À travers cet adjectif, le législateur voulait souligner le degré de gravité exigé des manquements comptables, mais il n'en précisait pas l'importance. La jurisprudence a contourné cette difficulté en estimant que les manquements aux obligations comptables sont manifestes dès lors que le prévenu a conscience de violer ses obligations légales en matière de comptabilité. Il importe peu que le prévenu ait eu la volonté d'éviter ou de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements, ou qu'il ait voulu affecter la consistance de l'actif disponible dans des conditions de nature à placer l'intéressé dans l'impossibilité de faire face au passif exigible⁷²

⁶⁹ Francis DOMINGUEZ « le droit pénal des sociétés commerciales : la S.A.R.L et L'E.U.R.L », préf. Monsieur J.P.CHAUDRON. T I. éd. Guerin. 1997, P. 87.

⁷⁰ Cass. crim., 16 janv. 1964 : D. 1964, p. 194, note J. M. ; JCP G 1964, II 13612, note J. R. cass.crim.,22 mars 2017,n°15-84536– Dr. sociétés 2017, comm. 89, obs. R. Salomon.

⁷¹ cass.crim. 11 janv. 1996, n°95-81776 Bull. crim., n° 21 ; LPA 3 avr. 1996, p. 23note C. DUCOULOUX-FAVARD ; D. 1996, IR, p. 103 ; D. affaires 1996, p. 528 ; Rev. sociétés 1996, p. 586, note B. BOULOC ; crim., 20 juin 1996,n°95-82078 : Bull. crim., n° 271 ; BJS janv. 1997, n°4, p.18 note J.-F. BARBIÈRI ; LPA 24 juill.1996, p.31,note C. DUCOULOUX-FAVARD ; D. 1996, p. 589, note B. BOULOC ; D. affaires 1996, p. 1042 ; Dr. sociétés 1997, comm. 32, obs. D. Vidal – cass.crim., 14 mai 1998,n°97-82442 BJS nov. 1998, n°351,p. 1145, note J.-F. Barbièri ; D. 1999, Somm., p. 159, obs. M. SEGONDS ; Rev. sociétés 1998, p. 806, note B. BOULOC – :cass.crim., 9 juill. 1998,n°97-80511, BJS déc. 1998,n°377,p. 1257, note J.-F. Barbièri ; D. 1999, Somm., p. 159, obs. M. SEGONDS ; D. affaires 1998, p. 1645, obs. A. LIENHARD ; Rev. sociétés 1998, p. 821, note B. BOULOC –cass.crim., 14 juin 2006,n°05-85912: Dr. pén. 2006, comm. 127, note J.-H. Robert ; Dr. sociétés 2006, comm. 152, obs. R. Salomon ; Rev. sociétés 2007, p. 136, note B. BOULOC –cass. crim., 31 janv.2007,n°05-82671 : Bull. crim., n° 28 ; Dr. sociétés 2007, comm. 83, obs. R. SALOMON ; RSC 2007, p. 310, note D. REBUT ; Rev. sociétés 2007, p. 379, note B. BOULOC – Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 07-38871 : Dr. pén. 2009, comm. 10, obs. J.-H. ROBERT ; Dr. sociétés 2008, comm. 234, obs. R. SALOMON – cass. crim., 4nov. 2021, n°20-81137: Dr. sociétés 2021, comm. 153, obs. R. Salomon. In « Utiles précisions sur les éléments matériel et moral de l'ABS », R. SALOMON, BJS. Janv. 2002. n°1, p.6

⁷² M. EECKHOUDT, « Pas de dol spécial pour le délit de banqueroute relatif à la comptabilité », BJS, 01janv.2022, n°1, p. 6



l'intention est alors réduite à sa plus simple expression, dès lors qu'elle est définie comme la conscience de ne pas respecter une obligation légale. Les juges la déduisent des faits et de la qualité de professionnel de l'agent. Dans des décisions précédentes, la chambre criminelle a pu préciser que « l'absence totale de comptabilité démontre, en elle-même, le caractère manifeste de l'irrégularité et la conscience qu'en avait nécessairement le gérant de la société en cause »⁷³

Toutefois, la jurisprudence a tenté, le plus fréquent, d'établir une distinction fort importante du dol criminel, ressort des juridictions répressives et de la loi pénale, du dol civil qui n'est qu'une ruse commerciale, blâmable sans doute, mais dont il est facile de se préserver et que la loi n'aurait pu incriminer sans préjudicier au commerce lui-même⁷⁴. Le dol criminel est une fraude plus ou moins habilement tissé pour tromper autrui et pour le dépouiller. Il n'est, il est vrai, pas de limite de critère précis entre le dol civil et le dol pénal, ce qui a fait dire que la science a besoin, sur ce point, de s'en rapporter au tact du magistrat⁷⁵.

a- Le dol général

Les textes sont parfaitement clairs à ce sujet, car ils visent la « mauvaise foi » des dirigeants sociaux qui ont fait de leurs prérogatives un usage « qu'ils savaient contraire » aux intérêts de la société⁷⁶.

En principe l'élément moral requis pour engager la responsabilité en matière de crimes et de délits est une faute intentionnelle, que l'on appelle le « dol général »⁷⁷.

Définie comme la tournure d'esprit consistant dans la recherche du résultat incriminé, l'intention est également appelée par la doctrine dol général, général car cette posture psychologique est le dénominateur commun à l'ensemble des infractions intentionnelles⁷⁸.

Il se rapproche d'ailleurs à certains égards de la cause des obligations civiles, de même que la cause est toujours identique dans chaque type de convention, le dol général est toujours identique pour chaque espèce de délit. Il est défini par rapport à l'infraction, et non pas par rapport au délinquant⁷⁹.

En la matière, un dirigeant est considéré comme de mauvaise foi quand il a conscience du préjudice qu'il cause ou du risque qu'il fait courir à la société⁸⁰. Le

⁷³ F. GHELFI, « Banqueroute : précisions sur l'élément intentionnel », Gaz.Pal, 13 avr 2021. n°14

⁷⁴ J-E .BOITARD « Leçons de droit criminel » 13e éd., revue et mise au courant de la législation, éd. 1890. P. 413.

⁷⁵ Garraud, op.cit, V , p . 234

⁷⁶ Ph. Conte et W. JEANDIDIER « Droit pénal des sociétés commerciales », éd. Juris-Cl.2004, n°278, p. 142

⁷⁷ R. MERLE et A.VITU « Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général ». ; T. I, CUJAS. Septième éd. 1997. P.727.n°577.

⁷⁸ É. MATHIAS « La responsabilité pénale », univ. Paris XII. LGDJ.2005. p. 251.

⁷⁹ H. CAPITANT, « De la cause dans les obligations », 1923. V. HUSSON, « les transformations de la responsabilité, p. 260.

⁸⁰ DOSSIER THÈMEXPRESS « Responsabilité pénale des dirigeants sociaux », 1^{er} OCT 2018. Ed. FRANCIS LEFEBVRE.p.51.n°127.



dirigeant social qui agit d'une manière qu'il sait contraire à l'intérêt de la société ne peut qu'être de mauvaise foi. La constatation par les juges du fond, de l'élément moral de l'infraction est primordiale⁸¹.

Qu'en est-il alors du dol spécial ?

b- Le dol spécial

Il est nécessaire de maintenir la distinction classique entre le dol civil, passible de la réparation civile, et le dol pénal, passible de la répression pénale⁸². M. Garçon fait appel, pour préciser la notion d'intention frauduleuse, au concept de *dolus specialis*⁸³ il est indispensable, dit cet auteur, que l'agent ait eu la volonté spéciale de transformer sa possession précaire en une possession civile *animo domini*⁸⁴.

En la matière, il ne suffit pas pour les délinquants d'avoir une intention délictueuse ordinaire : la loi exige en plus qu'ils aient agi « à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement »⁸⁵. c'est, exactement, dans cette exigence législative qu'on ressent une nécessité du dol spécial, qui se justifie par « le souci de ne pas freiner l'esprit d'entreprise : dans la vie des affaires, tout acte est à la base d'intérêt personnel, mais on veut ici que la recherche d'un avantage personnel n'aille pas à contre-courant de l'intérêt social »⁸⁶.

La plupart des auteurs estiment que ces deux catégories de dol sont réunies dans l'élément moral de l'infraction. Elle n'est alors constituée autant qu'existent tant la volonté de transgresser la loi pénale que celle d'atteindre le but incriminé⁸⁷.

Mais, même s'il est facilement caractérisé par le juge pénal, ce dol spécial doit impérativement être établi⁸⁸ à travers une faute intentionnelle de l'auteur de l'acte afin d'atteindre un intérêt personnel. Dans le vocabulaire juridique d'Henri Capitant la faute est définie comme l'acte ou l'omission qui constitue un manquement intentionnel ou non intentionnel, soit à une obligation contractuelle, soit à une prescription légale, soit au devoir qui incombe à l'homme de se

⁸¹ Philippe Conte et Wilfrid Jeandidier « droit pénal des sociétés commerciales », éd. JURIS_CLASSEUR.2004.p.142.n°. 278.

⁸² Über LUTZ « die Abgrenzung zwischen deü zivil-und strafrechtlichen Betrug, RSJ, 1936/37, 33, p. 67. In Jean GRAVEN « l'escroquerie en droit suisse : Der Betrug im schweizerischen strafrecht », études de droit criminel Suisse. p.13.

⁸³ C.P. ann. art.408 n°s 18 et s. ; dans le même sens, v. TCHERNOFF, traité, T.I.n°626. in. MAX LÉBOULANGER « l'abus frauduleux du mandat social en droit pénal : étude analytique et critique des modes de répression des détournements commis au préjudice des sociétés et groupements par leurs administrateurs et gérants », th. Univ. LYON. 1938. P. 186.

⁸⁴ M. LÉBOULANGER « l'abus frauduleux du mandat social en droit pénal. étude analytique et critique des modes de répression des détournements commis au préjudice des sociétés et groupements par leurs administrateurs et gérants », th. Univ. LYON. 1938. P. 186.

⁸⁵ Ph. CONTE et W. JEANDIDIER, « Droit pénal des sociétés commerciales », éd. JURIS_CLASSEUR.2004.p. 145.n°.283.

⁸⁶ A. VITU et R.MERLE, « Droit pénal spécial »,Cujas 1982, n° 216.

⁸⁷ Stéphane BERTÉ PUEL « l'intention en droit pénal »th.univ. PARIS X NANTERRE. 6 Sep 2005. P.68

⁸⁸ Cass. crim., 20 nov. 2019,n°18-82277, Gaz.Pal. 4 février. 2020, n°369k2, p.57, note E. DREYER



comporter avec diligence et loyauté dans ses rapports avec ses semblables. La faute suppose le discernement, c'est - à - dire l'aptitude de l'individu à comprendre la portée de son acte⁸⁹.

Il s'agit par conséquent, de reconnaître chez le délinquant, au moment de la commission de l'infraction, outre les agissements matériels qui lui sont reprochés, l'existence d'une faute que l'on a définie comme un état d'âme, une tournure d'esprit socialement et même moralement répréhensible⁹⁰.

L'intention criminelle est une idée dont l'essence est la volonté tendue à dessein vers un but interdit par la loi pénale⁹¹. À première vue en effet, l'appréciation de l'acte intentionnellement accompli dans le but de parvenir à la réalisation du résultat incriminé n'est d'aucune utilité pour caractériser la nature répréhensible de cet acte ; celle-ci semble découler suffisamment de la volonté délictueuse⁹². Ainsi, il est clair que la faute, même consciente, ne peut être qualifiée d'intentionnelle que si l'on relève chez son auteur la volonté de causer le dommage⁹³.

Le Doyen Carbonnier enseigne, suivant la terminologie la plus usuelle, « le délit est la faute intentionnelle, le quasi- délit est la faute non intentionnelle(..) Dans les deux cas , il y a volonté, mais, dans le premier , il y a quelque chose de plus : l'intention , la volonté tendue vers le résultat dommageable. L'intention est le rapport de la volonté au dommage »⁹⁴Et le savant auteur poursuit : « La faute intentionnelle ou délit, le responsable a eu l'intention de nuire : non seulement il a prévu et accepté les conséquences dommageables de son acte, mais il les a recherchées »⁹⁵

La recherche du dommage qui caractérise la faute intentionnelle, en droit des assurances comme en droit commun justifie l'exclusion de la garantie de l'assureur car elle supprime l'aléa qui est de l'essence de l'assurance, indépendamment de considérations de moralité et d'ordre public⁹⁶. « La faute intentionnelle de l'assuré exclut la notion de risque ; elle est donc en opposition avec la notion même de l'assurance. Elle serait inassurable quand bien même l'ordre public ne s'y opposerait pas ; la notion de risque disparaît dans cette hypothèse. Qu'est - ce qu'une faute intentionnelle ? S'agit - il d'une faute lourde ainsi que certaines décisions l'ont admis ? La réponse est négative tant en doctrine qu'en

⁸⁹ Georges BRIÈRE DE L'ISLE « la faute intentionnelle (à propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle », D-1973, chr.p.260.

⁹⁰ BOUZAT et PINATEL « Traité de droit pénal et de criminologie » 2° éd 1970.

⁹¹ M. ABDEL-RAZEK « L'élément moral de l'infraction en droit comparé », th. Univ. Panthéon- Assas. Paris II. 30 juin 1992. P. 206.

⁹² V. MALABAT « Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal ». th. Univ. MONTESQUIEU – BORDEAUX. 19 JANV 1999.

⁹³ D. Carbonnier « Droit civil : les biens et les obligations », T.2, 4^{ème} éd. Thémis.n°177. P. 604

⁹⁴ Ibid

⁹⁵ ibid

⁹⁶ M. PLANIOL, G.RIPERT, A.BESSON « Traité pratique de droit civil français : contrats civils ». T. 11. n°1295.p.609



jurisprudence. S'agit-il d'une faute volontaire ? La jurisprudence a consacré une notion beaucoup plus restrictive de la faute intentionnelle et du dol en exigeant, outre le fait volontaire, la volonté de réaliser le dommage. Dans le domaine des assurances de responsabilité, la faute intentionnelle consiste en un acte perpétré par l'assuré avec l'intention délibérée d'occasionner un préjudice à autrui, de provoquer le sinistre »⁹⁷. La théorie est donc certaine⁹⁸.

La jurisprudence se montrant très exigeante sur le caractère limité des exclusions, on peut se demander si, contrairement à ce que certains auteurs avaient admis à la lecture des travaux préparatoires, l'exclusion d'une catégorie de fautes, telle que les fautes lourdes ou volontaires, serait reconnue valable ? Nous répondrons par la négative, car, dans ces hypothèses, le caractère limité de l'exclusion fait défaut; l'esprit de la loi est tourné⁹⁹.

MM. Picard et Besson¹⁰⁰ exigent que « l'exclusion, soit nettement circonscrite, en termes clairs et précis à l'abri de toute équivoque et de toute ambiguïté. Cette condition est-elle remplie si, dans la police, l'assureur exclut telle sorte de faute, par exemple la faute lourde ?, le risque ne nous paraît pas limité au sens de l'art 12, les frontières de la garantie ne sont pas nettes, précises, exemptes d'ambiguïté; l'assuré ne sait pas exactement dans quelle mesure il est couvert. Il faut en dire autant, à notre sens, de la faute volontaire, dont l'exclusion se rencontre ou se rencontre dans certaines polices d'assurances de responsabilité »¹⁰¹.

C'est, ainsi, la rigoureuse conception de la faute intentionnelle de l'assuré, ainsi, les intermédiaires ont aussi cette éventualité via l'abus de biens sociaux de la compagnie d'assurances par l'emploi d'une faute d'intention coupable.

On admet, en outre, que le prévenu doit avoir agi « dans un but personnel », par-là, une nouvelle latitude est reconnue aux juges. Il faut reconnaître que la notion d'intérêt personnel, comme celle d'intérêt social, résiste à une définition abstraite¹⁰².

Pour établir la mauvaise foi, c'est-à-dire la conscience d'accomplir un acte simultanément contraire à l'intérêt social et conforme à l'intérêt personnel des auteurs des actes de gestion anormale, les tribunaux sont amenés à rechercher les motivations personnelles de ces derniers¹⁰³. Autrement dit, que l'acte abusif doit avoir comme objet de procurer un avantage personnel, ceci, la recherche, par

⁹⁷ Président de la Conférence des chefs de contentieux des Sociétés d'assurances Henri. MARGEAT et André - FAVRE – ROCHEX « précis de la loi sur le contrat d'assurance et commentaire sur la réglementation d'assurance automobile obligatoire » ; Préf. Michel GAUDET. 5^{ème} éd. N°124.pp. 105 et 106.

⁹⁸ V. B. DE L'ISLE, « Assurances terrestres : L'objet du contrat d'assurance », fasc. VIII bis, B 5, n° 34 et s

⁹⁹ H. MARGEAT et A. FAVRE – ROCHEX « précis de la loi sur le contrat d'assurance et commentaire sur la réglementation d'assurance automobile obligatoire » ; Préf. Michel GAUDET. 5^{ème} éd. n° 124, p. 104.

¹⁰⁰ M. Picard et A. Besson, op. cit, n° 70, p. 117

¹⁰¹ Ibid

¹⁰² H. LAUNAISS et L. ACCARIAS « Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée ». préf. R. HOUIN. Vol. 2. 1947. P.238.n°277.

¹⁰³ DOSSIER THÈMEXPRESS « Responsabilité pénale des dirigeants sociaux », 1^{er} OCT 2018. Ed. FRANCIS LEFEBVRE.n°. 129. p.51



l'administrateur, de la satisfaction de son seul intérêt personnel. Que cet intérêt soit perceptible de manière directe et immédiate ou qu'il ne puisse être décelé, étant donné la complexité des situations envisagées, que par voie de déduction ou même seulement par des présomptions, il n'en reste pas moins que c'est lui qu'il convient de placer au principe de l'acte incriminé¹⁰⁴

À cette issue, L'acte contraire aux intérêts sociaux n'est abusif et ne constitue le délit que si, au surplus, il est accompli « dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement »¹⁰⁵.

Toutefois, on ne doit pas aller jusqu'à identifier la preuve de l'intérêt personnel à celle de la mauvaise foi. Il arrive souvent que l'administrateur ou le gérant qui agit dans un but personnel ignore réellement qu'en même temps, il lèse les intérêts de la société¹⁰⁶. Cependant, l'existence d'un mobile personnel peut se déduire de l'intention de se procurer un avantage personnel direct ou indirect ou même probable d'ordre matériel ou professionnel. Le « but personnel » recherché peut être aussi tout autre qu'un profit pécuniaire.

Le mobile qui a poussé l'agent à commettre l'infraction ne doit pas être amalgamé par l'élément moral. En matière de faux en écriture, la Cour de cassation française énonce, en 2009, que « l'intention frauduleuse requise pour que le faux soit punissable est réalisée lorsque l'auteur, trahissant la confiance commune dans l'écrit, cherche à obtenir un avantage ou un profit, de quelque nature qu'il soit, qu'il n'aurait pas obtenu si la vérité et la sincérité de l'écrit avaient été respectées. L'avantage poursuivi par le faussaire ne cesse donc pas d'être illicite du seul fait que le faux a pour but l'obtention d'un remboursement¹⁰⁷.

La mauvaise foi est, vigoureusement, établie par l'article 327 c. ass, de l'intermédiaire qui exerce sa profession sans avoir l'agrément de l'autorité compétente, ainsi, même pour la souscription des contrats pour le compte de la compagnie d'assurances ou de réassurances dont elles ne sont plus investies d'une agrégation relative à la catégorie d'opérations dans laquelle entrent ces contrats

II- Les pratiques commerciales déloyales des intermédiaires d'assurance

Le droit de la consommation constitue le bastion avancé de la protection du consentement contractuel, les pratiques interdites ne le sont que pour prévenir leur effet potentiel d'altération de la volonté du consommateur¹⁰⁸. Pour pouvoir être

¹⁰⁴ M. LÉBOULANGER « L'abus frauduleux du mandat social en droit pénal : étude analytique et critique des modes de répression des détournements commis au préjudice des sociétés et groupements par leurs administrateurs et gérants », th. Univ. LYON. 1938, p. 57.

¹⁰⁵ H. LAUNAI et L. ACCARIAS « Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée ». préf. R. HOUIN. Vol. 2. 1947. P. 237 et s. 276.

¹⁰⁶ H. LAUNAI et Louis ACCARIAS « Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée », op.cit., n° 278, p. 240

¹⁰⁷ J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E. ROGER FRANCE et J-P. COLLIN « Droit pénal des affaires », 2^{ème} éd. LARCIER 2021. P. 56

¹⁰⁸ D. Fenouillet, « Pratiques commerciales déloyales », RDC 01^{er} avr 2012, n°2, p. 485



qualifiée de pratique déloyale et trompeuse, une pratique commerciale doit être susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur¹⁰⁹.

C'est là le point de départ de toute approche qui sert à définir les pratiques commerciales déloyales. *« Le droit de la consommation ne vient limiter la liberté des professionnels que dans une perspective économique : il ne s'agit pas d'éviter un vice du consentement, mais d'empêcher l'altération du « comportement économique » du consommateur moyen. Bref, le droit de la consommation se fait protecteur du marché, et de la concurrence, bien plus que de la qualité du contrat »*¹¹⁰

Plus précisément, lors de la location d'une voiture, la société locataire exige la souscription d'une assurance complémentaire en cas de non dépôt de la garantie une telle exigence ne constitue-t-elle pas un comportement déloyal ?

La jurisprudence quant à elle, a reproché à une société de location sollicitant une telle souscription préalable à la prise du véhicule, dans la mesure où les clefs ne pourraient être remises qu'à la souscription d'une assurance complémentaire. La cour casse et annule la décision au motif « qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer, comme il le lui incombait, en quoi ces documents n'étaient pas de nature à éclairer un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »¹¹¹.

Il arrive, en effet, que l'intermédiaire n'abuse pas seulement des intérêts du consommateur, mais encore de sa compagnie d'assurance. L'article 328 du code des assurances puni d'un emprisonnement de un (1) à cinq (5) ans et d'une amende égale à dix (10) fois le montant des primes perçues frauduleusement, à l'encontre de tout intermédiaire d'assurances qui, de mauvaise foi, couvre un risque sans avoir établi et transmis la proposition d'assurance à une entreprise agréée pour pratiquer les opérations d'assurances au Maroc.

Les pratiques commerciales déloyales sont prohibées, généralement, à l'encontre du consommateur, il n'est plus, donc, le cas de l'intermédiaire à l'égard de sa compagnie d'assurance puisqu'elle ne représente point un consommateur.

Il faut à tout le moins reconnaître que ces agissements pourraient être transmis selon diverses pratiques, dont la publicité(A) est la plus significative, à ce comportement originel s'ajoute un autre, l'abus de faiblesse(B), qui n'est plus inutile en tant qu'acte frauduleux en assurance

¹⁰⁹ Ibid

¹¹⁰ Ibid

¹¹¹ J. Landel, La souscription d'une assurance complémentaire lors de la location d'un véhicule relève-t-elle d'une pratique commerciale déloyale ? », RGDA juin 2019, n°06, p. 48



A- La publicité : critère de qualification inédit de la fraude en assurance

Une transposition des principes générales des pratiques commerciales déloyales a été édictée par l'article 21 de la loi 31-08 relative aux mesures de protection du consommateur, afin de le préserver des différents agissements déloyaux en prohibant des comportements de professionnelles qui portent atteinte à la partie faible qui en est, dans notre étude, l'assuré.

Or, aucune définition desdites pratiques n'a été transmise par notre législateur, tandis que son homologue français en a établi en vertu de son article L. 121-1 du code de la consommation transposant ainsi l'article 5 de la directive 2005/29 qui dispose « Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ».

a- Les opérations inhérentes aux pratiques déloyales

On se contente à l'article 21 de la loi 31-08¹¹² afin de cerner les opérations déloyales pratiquées par les intermédiaires d'assurances, cette approche est vigoureusement certaine pour tout comportement déloyal sanctionné par la loi pénale ainsi que par l'autorité de contrôle d'assurances. Il prévoit toute publicité mensongère induisant en erreur le consommateur via des allégations, d'indications ou de fausses présentations. En effet, la publicité est « tout message adressé par un professionnel au public dans le but de stimuler la demande de biens ou de services »¹¹³

Une liste plus extensive délimitant toute nature de publicité en mesure d'induire en erreur le consommateur, il s'agit de l'existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, date de péremption, prix ou tarif et conditions de vente des biens, produits ou services objets de la publicité, conditions ou résultats de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires.

De façon analogue, plus pratique, une jurisprudence française a énoncé qu'il est susceptible de constituer une "pratique commerciale déloyale" (...) la rédaction, par une entreprise d'assurance, d'un contrat collectif type unit-linked¹¹⁴ ne permettant pas au consommateur de comprendre la nature et la structuration du produit d'assurance proposé ainsi que les risques qui y sont liés.

¹¹² Relative aux mesures de protection du consommateur,

¹¹³ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, « Droit de la consommation », D. 2006, 7^e éd., n° 125.

¹¹⁴ Contrats d'assurances-vie à capital variable liés à des fonds de placement.



L'entreprise d'assurance doit être tenue responsable de cette pratique commerciale déloyale¹¹⁵.

D'ailleurs, deux exigences prévues par l'ACAPS¹¹⁶ aux entreprises et intermédiaires d'assurances pour répondre aux attentes de leurs clients, établissant un climat de loyauté et d'efficacité, il s'agit du principe d'information et de traitement, l'assureur doit promouvoir une stratégie d'information sur les offres conformes aux demandes des assurés et de tous bénéficiaires du contrat d'assurance, mais dans les limites de la réglementation en vigueur ainsi que des clauses contractuelles. Il va de soi pour l'obligation de traitement équitable des diverses demandes et réclamations entre les différents intervenants au contrat d'assurance.

En introduisant un nouveau concept juridique en droit de la consommation – la pratique commerciale déloyale – permettant d'instaurer une protection transversale du consommateur, elle devait bouleverser l'appréciation de la licéité des opérations déployées par les professionnels¹¹⁷.

Il est vrai que la loi assurantielle n'a pas prévu expressément les pratiques commerciales déloyales ou trompeuses, or, l'article 163¹¹⁸ a prohibé toute nature des pratiques commerciales publicitaires, plus particulièrement, Les titres, les prospectus, les affiches, les circulaires, les plaques, les imprimés et les autres documents destinés à être distribués au public ou publiés par une entreprise d'assurances et de réassurance, pourraient induire, le consommateur, en erreur en ce qui relève de la nature du contrôle ou de celle de l'entreprise en outre de la réalité de ses engagements.

Par ailleurs, aucune allusion, aux pratiques commerciales trompeuses, n'a été appréhendée par le code de consommation, il paraît dès lors de se concéder à d'autres législations qui ont adopté une distinction des différents types des pratiques trompeuses, dans la mesure où la loi de la protection du consommateur ne traite qu'un délit qui implique l'emploi d'une publicité fautive ou de nature à induire en erreur.

b- Les personnes concernées

On a pu se demander, à ce sujet, quelles sont les personnes révélées par la loi pourraient être qualifiées par les pratiques commerciales déloyales. Aucune indication explicite n'est prévue par l'article 21 de la loi 31-08¹¹⁹ afin d'exposer la qualité des personnes présumées.

¹¹⁵ C-M.PÉGLION-ZIKA, « Pratiques commerciales déloyales dans les contrats d'assurance dits « unit-linked », LEDC mars 2023, n°03, p.5.

¹¹⁶ ACAPS : l'Autorité de Contrôle des assurances et de la Prévoyance Sociale

¹¹⁷ D. BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation », éd. Lextenso, 1^{er} sep 2020.

¹¹⁸ Art163 c. ass modifié par l'article 135 de la loi n° 64-12 du 06 mars 2014

¹¹⁹ Dahir n° 1-11-03 du 14 rabii I 1432 (18 février 2011) portant promulgation de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur



Or, cela est implicite par l'article 2 de la même loi par référence à la définition de la notion du fournisseur qui est établie comme toute personne physique ou morale agissant dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale.

À cet effet, l'infraction de pratique commerciale déloyale est retenue à l'égard de toute personne même les personnes de droit privé délégataire de la gestion d'un service public, voire les personnes morales de droit public soumises aux obligations des fournisseurs, tout en respectant les règles et les principes du service public envisagé.

Le texte susvisé appréhende, en outre, le fournisseur, la victime qui est le consommateur, bien évidemment, la victime des pratiques commerciales déloyales, des agissements frauduleux « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ». C'est in abstracto, de manière objective, que doit s'apprécier la déloyauté¹²⁰. Cette omission empêche le consommateur de prendre toute la mesure de son engagement lors de la conclusion du contrat concerné¹²¹. Si les pratiques commerciales déloyales trompeuses par action ou par omission provoqueraient des effets sur le comportement du consommateur, ceci équivaut, automatiquement, la publicité trompeuse sanctionnée en tant que pratiques commerciales déloyales.

Est également interdite toute publicité de nature à induire en erreur, sous quelque forme que ce soit, lorsque cela porte sur un ou plusieurs des éléments ci-après: existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, date de péremption, prix ou tarif et conditions de vente des biens, produits ou services objets de la publicité, conditions ou résultats de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires, ainsi le fait de disposer de matériels nécessaires à cet effet : faux imprimés, propositions, polices, notes de couverture, attestations d'assurances ou d'appareils permettant de les confectionner, constitue un commencement d'exécution non équivoque et est puni des mêmes peines.

B- Les pratiques commerciales trompeuses via l'abus de faiblesse

a- Le contexte de l'abus de faiblesse

Le code pénal marocain n'établit point l'abus de faiblesse comme infraction désignée parmi ses titres, tandis que la loi répressive française en dépit de son article 223-15-2 entrevoit des sanctions pénales d'un abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse que soit à l'encontre des mineurs ou à toute personne vulnérable vue son âge, sa maladie, son infirmité, son déficience physique ou psychique ou à son état de grossesse est apparente ou connue de son

¹²⁰ D. BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation », éd. Lextenso, 1^{er} sep 2020.

¹²¹ C-M.PÉGLION-ZIKA., « Pratiques commerciales déloyales dans les contrats d'assurance dits « unit-linked », op.cit, n°03, p.5.



auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.

Toutefois, la loi renforçant la protection du consommateur estime en vertu de son article 59 « qu'est réputé nul par la force de la loi tout engagement né d'un abus de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur, lequel se réserve le droit de se faire rembourser les sommes payées et d'être dédommagé sur les préjudices subis »¹²².

Par conséquent, ledit article n'a même pas opéré une définition de l'abus de faiblesse et de l'ignorance, C'est en fait, Au sein du chapitre 9 du code pénal la Section 3 on traite l'abus de confiance et autres appropriations illégitimes, l'article 552 vise un emprisonnement de Quiconque qui abuserait des besoins, des passions ou de manque d'expérience d'un mineur de vingt et un ans ou de tout autre incapable ou interdit, pour lui faire souscrire à son préjudice, des obligations, décharges ou autres actes engageant son patrimoine.

En principe l'abus de faiblesse est réprimé mais strictement pour la victime mineure ainsi que les incapables ou les interdits, en parallèle cette disposition était envisagée dans l'ancien code pénal français de 1810. Or, si l'on recherche dans leur nouveau code pénal de 1994, il apparaît que le champ de délit de l'abus de faiblesse a été bien étendu, en outre, à toute personne vulnérable¹²³

Par ailleurs, le ministère de l'industrie, de commerce, d'investissement et de l'économie numérique, a, d'ores et déjà, établi une définition du délit, dans la mesure où il s'agit d'une pratique commerciale consistant à solliciter le consommateur afin de lui faire souscrire un contrat ou un engagement, au comptant ou à crédit, sous quelque forme que ce soit (souvent lors d'un démarchage à domicile), en abusant de sa situation de faiblesse ou d'ignorance. Le vendeur, ou commerçant, profite alors de cette vulnérabilité pour vendre un bien ou un service¹²⁴.

Bien apparent, que la définition adoptée par le ministère est bien celle donnée par la loi répressive française.

b- Les conditions d'existence d'un abus de faiblesse en assurance

Une cohésion entre les différentes conceptions et données repérées paraît arriver à une élaboration des conditions pourraient qualifier le délit d'abus de faiblesse en assurance.

¹²² Art 59 loi 31-08 relative aux mesures de protection de consommateur

¹²³ C. AMBROISE-CASTÉROT., « Droit pénal spécial », 06 sept 2022, Lextenso. Mémentos.n°5

¹²⁴ Ministère de l'Industrie, du Commerce, de l'Investissement et de l'Economie numérique, Direction de la Qualité et de la Surveillance du marché, Division de la protection des consommateurs Juillet 2016



Nombreux sont donc les indices qui donnent à penser que ce délit conçoit les mineurs, les personnes en état de sujétion psychologique ou physique ainsi que les personnes vulnérables, Cet état de vulnérabilité peut résulter de l'âge, de la maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique, ou de l'état de grossesse de la victime. Le grand âge et son cortège de troubles est un champ classique d'application de l'infraction¹²⁵.

Mais un tel abus rétorque, sans doute, le patrimoine de la victime en dépit de l'article 552 du code pénal. Une question s'impose alors, la qualification de l'infraction varie-t-elle selon l'atteinte de l'intermédiaire ou de l'assureur au patrimoine de la victime ?

Il en résulte d'une espèce que l'abus de faiblesse consiste à amener une personne vulnérable à « consentir un acte ou une abstention qui lui sont gravement préjudiciables sans qu'il y ait lieu de tenir compte, pour caractériser le délit, de l'importance de son patrimoine »¹²⁶.

Elle rompt ainsi fermement avec une décision, plus ancienne, qui avait pu décider que le caractère préjudiciable de l'acte obtenu au moyen d'un abus de faiblesse doit être apprécié « au regard du patrimoine » de la victime¹²⁷.

Cependant, il est à noter que la qualification du délit est admise chaque fois qu'on est devant un déséquilibre de l'acte juridique consenti par une personne vulnérable¹²⁸.

Mais en dehors de l'hypothèse d'une atteinte abusive au patrimoine de la victime, dans le cadre des abus de faiblesse du droit de la consommation, des prévenus ont pu être relaxés dès lors que la personne vulnérable, bien qu'ayant conclu un contrat déséquilibré, se disait fermement satisfaite de ses achats¹²⁹. De la même façon que la sanction devrait pouvoir intervenir dès l'instant que l'engagement, même non lésionnaire, est inadapté aux besoins du cocontractant¹³⁰, *reciproquement, la répression mérite d'être paralysée lorsque l'acte obtenu, quoique déséquilibré, est conclu librement, sans exploitation de la faiblesse d'autrui*¹³¹

Il semble, en effet, que ledit délit exige un abus n'est point exempt d'une intention frauduleuse en exploitant l'état de faiblesse ou d'ignorance d'une

¹²⁵ C. AMBROISE-CASTÉROT., « Droit pénal spécial », op.cit.,n°5

¹²⁶ Cass. crim., 20 janv. 2021, « Le préjudice constitutif d'abus de faiblesse doit être apprécié objectivement, sans égard à la consistance du patrimoine de la victime », R. OLLARD., RDC juin 2021, n°02, p.83

¹²⁷ Cass.crim., 8fév.2012,n°11-81162, DP 2012, comm. 65, obs. M. VÉRON.

¹²⁸ « Le préjudice constitutif d'abus de faiblesse doit être apprécié objectivement, sans égard à la consistance du patrimoine de la victime », R. OLLARD., RDC juin 2021, n°02, p.83

¹²⁹ Ibid

¹³⁰ CA Montpellier, 8 mars 2001 : Contrats, conc. consom. 2002, comm. 65, obs. G. Raymond.

¹³¹ R. OLLARD, « Le préjudice constitutif d'abus de faiblesse doit être apprécié objectivement, sans égard à la consistance du patrimoine de la victime », Op.cit, n°02, p.83



victime. Il s'agit donc d'abuser, c'est essentiellement avoir utilisé, instrumentaliser afin de répondre aux intérêts de l'auteur de l'infraction¹³².

C'est ainsi, qu'un intermédiaire d'assurance abuse pour son propre intérêt de l'état de faiblesse de son assuré de 80 ans, afin de lui soutirer des fonds en assurance vie.

On voit par-là, que la loi prévoit, notamment, deux conditions pour que le délit soit consommé, alors, un comportement n'aurait plus répréhensible qu'avec une conception objective ainsi qu'une autre subjective. La première, à cet égard, conçoit un agissement lié à un acte à titre onéreux conclu avec la personne abusée exempt de son consentement, la deuxième perçoit, en effet, que la victime de l'abus soit en situation de fragilité, c'est, principalement, *qu'elle n'était pas en mesure d'apprécier la portée de ses engagements ou de déceler les ruses ou artifices déployés, soit elle a été soumise à une contrainte*¹³³. C'est là que se trouve la véritable ligne de démarcation.

Néanmoins, de strictes précisions devraient être retenues pour qualifier les conditions d'existence du délit, par conséquent, l'infraction a été refusée pour une personne atteinte de la maladie *d'Alzheimer* qui n'en était qu'à ses débuts et dont les troubles passagers de la mémoire n'ont pu être décelés par l'artisan¹³⁴.

En l'espèce, en outre, la cour de cassation a rejeté un pourvoi dont l'accusée souscrit une assurance vie à la victime. Or, faisant modifier le testament à son profit, La cour estimait qu'il n'y a point une justification que la victime ne disposait pas de toutes ses facultés intellectuelles au moment des faits litigieux. On peut donc dire, d'une manière absolue que la jurisprudence pourrait établir des exigences complémentaires en dépit desquelles l'infraction pourrait- elle qualifiée¹³⁵.

¹³² C. AMBROISE-CASTÉROT., « Droit pénal spécial », op.cit.,n°5

¹³³ D. BAZIN-BEUST, « droit de la consommation »,éd. Lextenso, 1^{er} sep 2020.

¹³⁴ 8 nov. 2001 : JurisData n° 2001-161114

¹³⁵ « Une stricte appréciation des conditions du délit d'abus de faiblesse par la jurisprudence », R. LEMAITRE, Gaz. Pal. 20 avril 2021, n°15