

If you cannot see this email, please [click here_](#)



Luxembourg Newsflash - 21 July 2022

Misuse of corporate assets turns 30

30 years ago, with the law of 21 July 1992, Luxembourg criminal law was enhanced with a new offence targeting company directors: misuse of corporate assets (*abus de biens sociaux*).

Version française ci-dessous

30 years ago, with the law of 21 July 1992, Luxembourg criminal law was enhanced with a new offence targeting company directors: misuse of corporate assets (*abus de biens sociaux*). Until that time, the abuse of powers by company directors had been dealt with only inadequately, by means of the offence of breach of trust (*abus de confiance*) under Article 491 of the Criminal Code.

When, three decades ago, the Justice Ministry resolved to intervene on this issue, it was both to “clean up” corporate practice and to strengthen international judicial cooperation – two subjects that are now more topical than ever. The practical importance of the offence of misuse of corporate

assets is further demonstrated by a number of recent cases reported in the press. The rate of such prosecutions is generally increasing, part of a broad-based rising trend in economic criminal cases reflecting heightened public awareness of financial crime.

This anniversary is an opportunity to recall the principles governing this offence, which has not said its last word.

The offence of misuse of corporate assets encapsulates the fundamental idea that directors do not own their company's assets, and that if they accept a management or direction mandate – remunerated or not – they undertake to exercise it in good faith, in the company's interests. They must set their personal interests aside and focus on those of the company, which has a separate legal personality, and thus assets of its own. This strict separation of assets must be respected even when a director holds all of the company's shares. Indeed, they must not be permitted to mix the different assets and yet continue to enjoy the limitation on their liability. In particular, outflows of company funds must go through official channels, such as dividends and salaries.

1. The status of the perpetrator

Enshrined in Article 1500-11 of the law of 1915 on commercial companies, misuse of corporate assets is a crime of office (*délit de fonction*), meaning an offence that can only come about if the perpetrator is in a particular capacity. In this case, the person must be a company "director" (*dirigeant*).

First and foremost, this is meant to encompass formal directors and those named in the articles of association; for example, the managing members of a limited liability company or the directors of a public limited company. It does not cover persons without a formal corporate mandate, such as employee directors responsible for the company's day-to-day management.

However, the offence also extends to *de facto* directors. These are those who, although not officially mandated, are nonetheless in charge of the company. Judges will evaluate the functions actually performed at the company on a case-by-case basis: Who takes strategic decisions? Who negotiates and contracts with customers and suppliers? Who recruits staff? Who is the "boss" in the eyes of employees?

Persons who are not *de jure* or *de facto* managers cannot be perpetrators or co-perpetrators of a misuse of corporate assets. However, they can still be prosecuted for complicity. This could happen, for example, to an employee who provided assistance, a banker who knowingly agreed to execute transfers, or an accountant who advised an arrangement that they knew to be contrary to the company's interests.

2. The status of the victim

The primary purpose of the offence of misuse of corporate assets is to protect companies against the actions of their directors. But a secondary purpose is to protect the company's members or shareholders, whose shareholdings will decrease in value if the company's assets are embezzled. The company (and the shareholders, at least according to some case law) could then bring a civil action against the director to demand compensation for their losses. Third parties may also be affected, such as the company's creditors or the tax authorities, but the case law views the damage suffered by such parties as too indirect to be indemnifiable by the criminal court.

Misuse of corporate assets only pertains to commercial companies, meaning those governed by the law of 1915. There is some uncertainty about its applicability to foreign companies. In any case, it does not cover other types of organisation, such as associations or foundations.

3. The use of assets or credit (*biens or crédit*)

"Assets" (*biens*) are understood very broadly, covering any asset held by the company, tangible or intangible. Some examples include movable property, production equipment, money in cash or in bank accounts, and intellectual property rights. The director does not need to have appropriated the property for the offence to arise; merely using it is sufficient. For example, borrowing a company car to go on holiday or throwing a private party on company premises would constitute such use. The director could not be exonerated by claiming that they intended to return the property.

In principle, it will not be in a company's interests to grant loans to a director, especially if they do not bear interest at the market rate. According to several court rulings, the mere existence of an advance to the company member on current account is enough to justify a conviction.

In particular, the company's "credit" is engaged when it incurs debts or commitments under its director's signature. More broadly, credit is used whenever the solvency, reputation or credibility of the company is at stake. The Court of Appeal recently convicted a director of misuse of corporate assets within a fraudulent investment scheme. Although the money never passed through the company's hands, the defendant had put forward the company's name in order to make the investment project look serious, thereby using the company's "credit".

Article 1500-11 also covers cases involving abuses of power or voting rights. However, these convictions are rarer in practice.

4. Action contrary to the company's interests

The use made of the assets must also be contrary to the company's interests. Commercial companies are classically considered to have the objective of maximising profits. Today however, in the wake of ESG (environmental, social and governance factors) and with the advent of the social and solidarity economy, it is legitimate for profit maximisation to be counterbalanced by considerations of environmental and social impact.

An act is contrary to the company's interests if it is not likely to achieve any of these objectives. Generally, the fact of being contrary can be inferred from the fact that the director derives a personal benefit. The company's interests are affected when the company is made poorer or incurs debts. However, it is not necessary for this damage to actually occur; it is enough if the company is exposed to an abnormal risk, meaning one to which it would not have been exposed under normal management.

In some of the cases prosecuted the situation seems obvious: for example, managers withdrawing money from company accounts without being able to justify its use. A conviction was also handed down to a director who, just a fortnight after the company was created and before he even obtained the permit to operate his hairdressing salon, bought a luxury company car for 110,000 euros, although the company had only 12,500 euros in capital. Another manager had been receiving reimbursements from his company over a period of six years for private expenses like restaurants, gardening, salon treatments, clothes, shoes, household appliances, cigars, private subscriptions, shows, holidays, florists, jewellers, and so forth.

In other cases, the situation is less clear-cut. A director may see to it that their company concludes a contract with another company in which they also have a personal interest, but both companies may still benefit. If a director makes a personal purchase of a car belonging to their company, both they and the company may benefit from the transaction. At this point, the matter becomes one of assessment – in particular, of whether the contracts were concluded under arm's length conditions, without any imbalance. Some room for entrepreneurial freedom must be allowed. For example, a director who pays themselves a high rate of salary or other remuneration does not automatically commit misuse of corporate assets. However, they do if the amount is clearly excessive and inappropriate for the work performed and the company's financial situation.

Directors can be somewhat reassured by the *well-known* principle of *in dubio pro reo*: if there is doubt as to whether a transaction may have been well founded, then there are grounds for acquittal.

A particular problem arises within **corporate groups** in situations where one company will benefit from a transaction while another is impoverished, but the whole remains economically sound. The case law accepts such reasoning if a number of conditions are met: in particular there must be consideration, as well as a coherent group strategy and policy, and the transaction must not seriously jeopardise the disadvantaged company.

Another thorny issue is **sponsorship** (*mécénat*). The case law recognises this practice, but on condition that the donation is appropriate in light of the company's resources.

5. Pursuit of a benefit

The director must also have acted either for personal gain, or to favour another company or business in which they had a direct or indirect interest. The "*bad faith*" required for misuse of corporate assets generally flows from this objective of obtaining a benefit.

The criminal intent of these offences is therefore understood as the will to commit, in full knowledge of the facts, an act contrary to the company's interests in order to obtain a direct or indirect personal benefit.

Usually this is a monetary benefit or savings. That is the case, for example, where directors take remuneration they are not owed or are reimbursed for private expenses.

However, the case law accepts that it is enough for a director to have pursued a non-material interest, which substantially extends the scope of misuse of corporate assets. For example, they may also be criminally liable for causing a family member or friend to benefit: the Court of Appeal once convicted a director who had his company grant a loan to his wife, and another who had his two sons paid a salary without their having actually provided any service to the company.

6. Burden of proof

In accordance with the general principles of criminal procedure, it is the role of the public prosecutor to prove that a use of assets contrary to the company's interests has occurred. However, judges tend to relax this rule by requiring the defendant to justify the use of any funds, especially for transactions involving cash.

For example, a director who has sold company cars and received the proceeds must prove that they then credited the money to the company – otherwise, there is a presumption that they kept it for themselves. By the same token, directors who take cash from the company's accounts must show how it was used.

7. Penalties

Under the law on commercial companies, the misuse of corporate assets by natural persons is punishable by one to five years' imprisonment and/or a fine of 500 to 25,000 euros.

This offence can also be committed by legal persons, i.e. where a company is the director of a business. Such managing companies are liable to fines of 500 to 50,000 euros, and their natural person directors may be investigated in turn.

* * *

Because the offence of misuse of corporate assets targets them specifically, company directors must be particularly vigilant in their decision-making, especially where they stand to draw a personal benefit or to benefit another company in which they have an interest. Prosecution for misuse of corporate assets can be initiated by the public prosecutor *ex officio*. Furthermore, since it is also a primary money laundering offence, banks and other regulated entities are obliged to report any suspicions to the authorities; for example, if they discover unexplained transfers between companies. Finally, when a transaction goes wrong, a claim can be filed by the company itself, by the shareholders or (in the worst case) by the receiver in bankruptcy.

For certain risky transactions, therefore, it is useful to have the director's potential criminal liability risk assessed in advance. If prosecution is initiated, it is important to ensure a coherent defence from the outset, and to rely on a multidisciplinary team that is able both to provide this criminal defence and to analyse the underlying economic transactions.

If you have further questions, contact our experts **Jean-Luc Putz**, **Ari Gudmannsson** and **Michel Fischbach**.

30 ans de délit d'abus de biens sociaux

Il y a 30 ans, par une loi du 21 juillet 1992, le droit pénal luxembourgeois a été enrichi d'une nouvelle infraction visant les dirigeants de sociétés, à savoir l'abus de biens sociaux (ABS). Les abus que les dirigeants de sociétés pouvaient faire de leurs pouvoirs n'étaient jusque-là couverts que de manière insatisfaisante par le délit d'abus de confiance prévu à l'article 491 du Code pénal.

Si le Ministre de la Justice avait décidé d'intervenir il y a trois décennies, c'était d'un côté pour « moraliser » la vie des sociétés, et d'un autre côté pour renforcer la coopération judiciaire internationale – deux sujets qui sont plus que jamais d'actualité. Témoignent encore de l'importance pratique de l'ABS diverses affaires récentes relayées dans la presse. De manière générale, le nombre de poursuites pour ABS est en hausse, ce qui s'inscrit dans une tendance générale d'augmentation des affaires de criminalité économique, traduisant une sensibilité accrue du public aux délits financiers.

Cette date anniversaire est l'occasion de rappeler les principes régissant cette infraction, qui n'a pas dit son dernier mot.

L'infraction d'ABS traduit l'idée fondamentale que le dirigeant n'est pas propriétaire des biens de la société et que, s'il a accepté un mandat de gérant ou d'administrateur – rémunéré ou non – il s'engage à l'exercer en « bon père de famille », dans l'intérêt de la société. Il doit faire abstraction de ses propres intérêts et se concentrer sur ceux de la société, qui a une personnalité juridique distincte et par conséquent un patrimoine propre. Cette stricte séparation des patrimoines doit également être respectée lorsque l'intégralité des titres de capital sont réunies entre les mains du dirigeant. Ce dernier ne saurait en effet à la fois procéder à une confusion des patrimoines et profiter en même temps d'une limitation de responsabilité. En particulier, la sortie de fonds doit se faire par des voies officielles, notamment dividendes et salaires.

1. La qualité de l'auteur

Inscrit à l'article 1500-11 de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales, l'ABS est un « délit de fonction », c'est-à-dire une infraction qui requiert une qualité particulière dans le chef de son auteur. Celui-ci doit en effet être « dirigeant » de société.

Cette notion vise tout d'abord les dirigeants statutaires et officiels, par exemple les gérants d'une société à responsabilité limitée ou les administrateurs d'une société anonyme. Elle ne couvre pas les personnes qui ne revêtent pas de mandat social officiel, par exemple des directeurs-salariés chargés de la gestion quotidienne de l'entreprise.

Par contre, l'infraction s'étend également aux « dirigeants de fait ». Il s'agit de ceux qui, sans être officiellement mandatés, n'en tirent pas moins les rênes de la société. Les juges analysent au cas par cas les fonctions réellement exercées au sein de la société : qui prend les décisions stratégiques ? qui négocie et contracte avec les clients et fournisseurs ? qui recrute le personnel ? qui est le « chef » aux yeux des salariés ?

Si des personnes qui ne sont pas dirigeantes de droit ou de fait ne peuvent ainsi être ni auteurs, ni co-auteurs d'un ABS, elles peuvent malgré tout être poursuivies pour complicité. Tel serait par exemple le cas pour un salarié ayant apporté son aide, pour le banquier qui accepte en connaissance de cause d'exécuter les virements ou du comptable qui conseille un montage qu'il sait contraire aux intérêts de la société.

2. La qualité de la victime

La finalité première de l'ABS est de protéger la société contre les agissements de ses dirigeants. Sur un deuxième plan, elle protège aussi les associés ou actionnaires de la société, puisque la valeur de leur

participation diminue si le patrimoine social est spolié. La société et (du moins selon une certaine jurisprudence) les actionnaires pourront se constituer partie civile contre le dirigeant et exiger indemnisation de leur préjudice. Des tiers, par exemple des créanciers de la société ou l'administration fiscale, peuvent également être impactés, mais la jurisprudence considère que leur préjudice est trop indirect pour pouvoir être indemnisé par le tribunal correctionnel.

L'ABS ne vise que les sociétés commerciales, donc celles régies par la loi de 1915. Une certaine incertitude plane sur son applicabilité aux sociétés de droit étranger. D'autres structures en tout cas ne sont pas visées, par exemples des associations ou des fondations.

3. Un usage des biens ou du crédit

La notion de « bien » est très large et vise tout actif donc dispose la société, matériel ou immatériel. Il s'agit par exemple des biens meubles, des appareils de production, de l'argent en liquide ou sur un compte en banque, des droits de propriété intellectuelle, etc. Pour que l'infraction soit constituée, il n'est pas nécessaire que le dirigeant s'approprie le bien, mais un simple usage est suffisant. Ainsi par exemple, le fait d'utiliser un véhicule de l'entreprise pour partir en vacances ou d'organiser une fête privée dans les locaux de la société constitue un tel « usage ». L'affirmation du dirigeant qu'il avait l'intention de restituer le bien ne l'exonère pas.

Une société n'a en principe pas d'intérêt à accorder un crédit à son gérant, surtout si ce crédit n'est pas assorti de taux d'intérêts conformes au marché. D'après plusieurs décisions de justice, l'existence même d'un compte-courant d'associé débiteur suffit pour justifier une condamnation.

Le « crédit » de la société est engagé en particulier lorsque, sous la plume de son dirigeant, la société contracte des dettes ou engagements. De façon plus large, il est fait usage du crédit à chaque fois que la solvabilité, la réputation ou la crédibilité de la société sont en jeu. La Cour d'appel a récemment condamné un dirigeant pour ABS dans le cadre d'un montage d'investissement frauduleux ; l'argent n'a jamais transité entre les mains de la société, mais le dirigeant poursuivi avait mis le nom de la société en avant pour donner un caractère sérieux au projet d'investissement – le « crédit » de celle-ci était ainsi engagé.

L'article 1500-11 couvre également l'hypothèse dans laquelle il y a abus du pouvoir ou du droit de vote. En pratique, les condamnations sur cette base sont cependant moins nombreuses.

4. La contrariété à l'intérêt social

Il faut ensuite que l'usage soit contraire à l'intérêt de la société. Traditionnellement, il est considéré que l'objectif d'une société commerciale est de réaliser un maximum de bénéfice ; actuellement, dans la

mouvance de l'ESG (Environmental Social Governance) et avec le développement de l'économie dite sociale et solidaire, il est cependant légitime que la maximisation du profit soit contrebalancée par des considérations d'impact environnemental et social.

Un acte est contraire à l'intérêt social lorsqu'il n'est pas de nature à atteindre l'un de ces objectifs. Généralement, cette contrariété se déduit du fait que le gérant en tire un avantage personnel. L'intérêt social est atteint lorsque la société s'appauvrit ou contracte des dettes. Il n'est cependant pas nécessaire que ce préjudice se réalise, mais il suffit que la société soit exposée à un risque anormal, donc à un risque auquel elle n'aurait pas dû être exposée dans le cadre d'une gestion normale.

Dans certains cas poursuivis en justice, la situation paraît évidente. Il s'agit par exemple de dirigeants qui retirent des sommes d'argent des comptes de la société sans pouvoir en justifier l'affectation. Une condamnation est encore intervenue à l'égard d'un dirigeant qui a acheté, quinze jours après la constitution de sa société et n'ayant pas encore obtenu l'autorisation pour exploiter un salon de coiffure, en tant que véhicule de service une voiture de luxe au prix de 110.000 euros, alors que la société n'avait qu'un capital de 12.500 euros. Un autre gérant s'était fait rembourser durant six ans par sa société des dépenses privées, telles que des restaurants, des frais de jardinage, des frais de beauté, des vêtements, des chaussures, de l'électro-ménager, des cigares, des cotisations privées, des spectacles, des vacances, des fleuristes, des bijouteries, etc.

Dans d'autres cas, la situation est moins évidente. Si un dirigeant fait signer un contrat avec une autre société dans laquelle il est également intéressé, chacune des deux sociétés peut en tirer un avantage. Si le dirigeant achète en nom personnel une voiture appartenant à la société, tant le dirigeant que la société peuvent en profiter. Tout est dès lors une question d'appréciation, notamment si ces contrats ont été conclus à des conditions normales de marché et sans créer de déséquilibre. Une certaine marge de liberté entrepreneuriale doit être reconnue. Ainsi par exemple, le dirigeant qui se verse une rétribution ou un salaire élevé ne commet pas d'office un ABS ; il en est autrement lorsque le montant est manifestement excessif et en inadéquation avec le travail fourni et avec la situation financière de l'entreprise.

Un certain soulagement pour les dirigeants découle de l'adage bien connu « *in dubio pro reo* » : s'il subsiste un doute au sujet du bien-fondé de l'opération, il y a lieu à acquittement.

Un problème particulier se pose au sein des **groupes de sociétés**, dans des situations où l'une des sociétés peut tirer un avantage d'une opération tandis qu'une autre s'en trouve appauvrie, mais que l'ensemble soit cohérent sur le plan économique. La jurisprudence accepte un tel raisonnement si plusieurs conditions sont réunies. Il faut notamment qu'il existe une contrepartie ainsi qu'une stratégie et politique de groupe cohérente et que l'opération ne mette pas gravement en danger la société défavorisée.

D'autres questions épineuses sont celles du **mécénat** et du *sponsoring*. La jurisprudence reconnaît cette pratique, mais à condition notamment que le don soit en adéquation avec les ressources de la société.

5. La recherche d'un avantage

Le dirigeant doit ensuite avoir agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement. La « mauvaise foi » exigée pour l'ABS découle en général de cette finalité de se procurer un avantage.

L'intention délictueuse des délits d'ABS se comprend donc comme la volonté de commettre, en connaissance de cause, un acte contraire à l'intérêt de la société afin d'en retirer un avantage personnel direct ou indirect.

Généralement, il s'agit d'un avantage pécuniaire ou d'une économie. Tel est le cas par exemple si le dirigeant prélève des rémunérations qui ne lui sont pas dues ou s'il se fait rembourser des frais privés.

La jurisprudence admet cependant qu'il suffit que le dirigeant poursuive un intérêt moral, ce qui étend substantiellement le domaine d'application de l'ABS. Ainsi par exemple, sa responsabilité pénale peut aussi être engagée s'il favorise un membre de sa famille ou un ami. La Cour d'appel a par exemple condamné un dirigeant qui a fait en sorte que la société accorde un prêt à son épouse, et un autre dirigeant qui a fait verser un salaire à ses deux fils sans que ceux-ci ne fournissent de prestation effective pour la société.

6. Charge de la preuve

Conformément aux principes généraux de la procédure pénale, il appartient en principe au Ministère Public de prouver qu'il y a eu un usage des biens contraire aux intérêts de la société. Les juges tendent cependant d'assouplir cette règle en exigeant du prévenu qu'il justifie l'affectation des fonds, surtout pour des opérations impliquant de l'argent liquide.

Ainsi, par exemple, un dirigeant qui a vendu les voitures de la société et encaissé le prix de vente doit prouver qu'il a porté cet argent au crédit de la société. A défaut, il est présumé qu'il l'a conservé à des fins personnelles. Dans la même logique, le dirigeant qui a prélevé de l'argent en liquide des comptes de la société doit établir quel usage il en a fait.

7. La sanction

La loi sur les sociétés commerciales punit l'ABS commis par une personne physique d'un emprisonnement d'un à cinq ans et/ou d'une amende de 500 à 25.000 euros.

L'infraction peut aussi être commise par une personne morale, à savoir lorsqu'une société est dirigeante de l'entreprise. Dans ce cas, elle encourt une amende de 500 à 50.000 euros. Les dirigeants, personnes physiques, de cette société dirigeante risquent à leur tour d'être inquiétés.

* * *

Puisque l'ABS les vise spécifiquement, les dirigeants de sociétés doivent être particulièrement vigilants dans leurs décisions, surtout lorsqu'il peut en résulter un intérêt personnel pour eux ou pour une autre société dans laquelle ils ont un intérêt. Les poursuites pour abus de biens sociaux peuvent être entamées d'office par le Parquet. Puisque l'ABS constitue en outre une infraction primaire du blanchiment, les banques et autres entités régulées sont obligées de déclarer aux autorités tout soupçon, par exemple lorsque des transferts non expliqués entre sociétés sont constatés. Enfin, lorsqu'une opération tourne mal, la société elle-même, les actionnaires ou, dans le pire des cas, un curateur de faillite, peut déposer une plainte.

Pour certaines opérations risquées, il est donc utile de faire analyser en avance l'éventuel risque lié à la responsabilité pénale du dirigeant. Lorsque les poursuites sont engagées, il importe d'assurer une défense cohérente dès le début des poursuites et de disposer d'une équipe pluridisciplinaire qui peut assurer tant la défense en droit pénal que l'analyse des opérations économiques sous-jacentes.

Pour toutes questions, veuillez contacter nos experts **Jean-Luc Putz**, **Ari Gudmannsson** et **Michel Fischbach**.

your contacts



JEAN-LUC PUTZ

Partner
Business Crime

[Learn more_](#)



ARI GUDMANSSON

Of Counsel
Business Crime

[Learn more_](#)



MICHEL FISCHBACH

Senior Associate
Business Crime

[Learn more_](#)



Arendt & Medernach SA
Registered with the Luxembourg Bar
RCS Luxembourg B 186371

[arendt.com](https://www.arendt.com)

41A avenue JF Kennedy
L-2082 Luxembourg
T +352 40 78 78 1

This publication is intended to provide information on recent developments and does not cover every aspect of the topics with which it deals. It was not designed to provide legal or other advice and it does not substitute for the consultation with legal counsel before any actual undertakings.



I am informed that I can object to the processing of my personal data for marketing purposes at any time either by e-mail addressed to unsubscribe@arendt.com or by clicking [here](#).

[Update e-mails preferences](#) | [Forward this e-mail](#)