



# Action en responsabilité contre les administrateurs, faillite et procédure pénale

## Ecueils pour le créancier

BENOÎT MAURON\*

*Le créancier social souhaitant actionner les dirigeants d'une société anonyme en dommages-intérêts n'est que rarement atteint suffisamment directement pour être légitimé à agir selon l'art. 754 CO ou l'art. 41 CO. Avant la faillite, ses moyens sont même pratiquement inexistant, même si la jurisprudence semble évoluer vers une plus grande tolérance, notamment en cas de gestion déloyale (art. 158 CP). La faillite ne résout pas tout, loin de là. En particulier, le créancier ne peut étrangement pas exercer d'action aquilienne déduite des infractions dans la faillite (art. 163 ss CP), alors qu'il est pourtant considéré comme directement lésé et donc autorisé à participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal. Si la réforme législative visant à lutter contre l'usage abusif de la faillite ne devrait pas mettre un terme à cette incohérence, elle pourrait inciter les tribunaux à faire évoluer leur pratique pour admettre plus largement le créancier aux débats.*

*Der Gesellschaftsgläubiger, der die Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft auf Schadenersatz verklagen will, ist selten direkt genug betroffen, um nach Art. 754 OR oder Art. 41 OR klageberechtigt zu sein. Vor dem Konkurs sind seine Mittel sogar praktisch inexistent, auch wenn sich die Rechtsprechung in Richtung einer grösseren Toleranz zu entwickeln scheint, insbesondere im Falle der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB). Der Konkurs löst bei weitem nicht alles. Insbesondere kann der Gläubiger seltsamerweise keine aquilianische Klage erheben, die aus den Konkursdelikten abgeleitet wird (Art. 163 ff. StGB), obwohl er als direkt Geschädigter gilt und daher berechtigt ist, sich als Strafkäger am Strafverfahren zu beteiligen. Sollte die Gesetzesreform zur Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses diese Inkonsistenz nicht beseitigen, könnte sie die Gerichte dazu veranlassen, ihre Praxis zu ändern und den Gläubiger in grösserem Umfang zum Verfahren zuzulassen.*

### Plan

- I. Introduction
- II. Prétentions du créancier déduites du droit des sociétés (art. 754 CO)
  - A. Patrimoines atteints
  - B. Statut de la société
    1. Avant la faillite
    2. Après la faillite
- III. Prétentions du créancier déduites de l'art. 41 CO
  - A. Avant la faillite
  - B. Après la faillite
    1. Répartition des rôles entre la masse en faillite, les administrateurs et les créanciers
    2. Spécificité pour les infractions dans la faillite (art. 163 ss CP)
- IV. Synthèse et conclusion

## I. Introduction

L'objectif de cette contribution est de mettre en exergue les principaux écueils auxquels est usuellement confronté tout créancier envisageant d'actionner les dirigeants d'une société anonyme en dommages-intérêts.

Le champ d'application de l'art. 754 CO et ses supposés avantages pour le créancier social sont en effet souvent exagérés, a fortiori hors faillite. L'alternative qu'offre l'action aquilienne de l'art. 41 CO est par ailleurs

loin d'être la panacée, notamment car le créancier n'est bien souvent lésé que par ricochet.

Les difficultés matérielles ou procédurales afférentes à ces actions méritent donc à notre avis d'être décrites de manière systématique, afin de servir de mise en garde pour le créancier social envisageant une action judiciaire.

Pour ce faire, nous décrivons les assez rares cas où l'action de l'art. 754 CO est à la disposition du créancier. Nous nous attarderons ce faisant sur les notions limitatives de dommage propre et de disposition légale du droit des sociétés visant (exclusivement) à protéger le patrimoine du créancier (II.).

Nous analyserons ensuite les défis posés dans ce contexte par l'action aquilienne, notamment lorsqu'il s'agit de l'exercer de manière adhésive en procédure pénale. Nous nous intéresserons dans ce contexte tout particulièrement aux infractions dans la faillite relevant des art. 163 ss CP (III.).

Nous tenterons enfin une synthèse du propos qui, sans verser dans le pessimisme, se veut réaliste (IV.).

## II. Prétentions du créancier déduites du droit des sociétés (art. 754 CO)

L'art. 754 al. 1 CO dispose que « [I]es membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créan-

\* BENOÎT MAURON, LL.M. (Columbia Law School, NYC), Associé, LALIVE SA, Genève.

cier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs ».

Le cercle des défendeurs potentiels à cette action englobe non seulement les administrateurs formellement élus, mais également les directeurs auxquels des tâches de gestion ont été déléguées en vertu de l'art. 716b CO<sup>1</sup>, soit usuellement à tout le moins les membres de la direction générale<sup>2</sup>, ainsi que toute personne agissant comme organe de fait<sup>3,4</sup>. Par mesure de simplification, nous les désignerons par le terme d'administrateurs, pris dans un sens générique.

Au fond, la responsabilité personnelle de l'administrateur n'est engagée qu'aux conditions cumulatives suivantes<sup>5</sup> :

- un dommage ;
- la violation d'une obligation en qualité d'administrateur ;
- un lien de causalité naturelle et adéquate entre les deux conditions précédentes ; et
- une faute, intentionnelle ou par négligence.

La condition donnant lieu aux problématiques les plus spécifiques à cette action est celle du dommage. Elle fera donc l'objet d'un examen approfondi, en premier lieu par le prisme du patrimoine atteint par la violation fautive (II.A.). Nous nous attarderons ensuite sur la difficulté propre à l'action en responsabilité contre les administrateurs, à savoir la légitimation active, qui diffère selon que l'on se place avant (II.B.1.) ou après (II.B.2.) la faillite.

## A. Patrimoines atteints

À bien lire la jurisprudence, l'action de l'art. 754 CO ne semble ouverte que lorsque le patrimoine du créancier ainsi que celui de la société elle-même sont simultanément atteints. Si celui de la société est épargné, le créancier ne dispose alors que de l'action fondée sur

l'art. 41 CO ou – dans des cas exceptionnels – sur la culpa in contrahendo<sup>6</sup>.

Le Tribunal fédéral observe en effet à cet égard que « le créancier peut être lésé à titre personnel par le comportement des organes, à l'exclusion de tout dommage causé à la société. Il subit alors un dommage direct. Autrement dit, les organes responsables ont adopté un comportement dont le créancier social (et non la société) est la victime. Dans un tel cas, le créancier lésé peut agir à titre individuel pour réclamer des dommages-intérêts au responsable. *Son action est soumise aux règles ordinaires de la responsabilité civile, en particulier aux art. 41 ss CO* »<sup>7</sup>. Notre Haute Cour a persisté, dans un arrêt subséquent : « [i]st ausschliesslich ein Schaden im Vermögen von Konkursgläubigern eingetreten, wird dieser nach dem Gesagten von der gesetzlichen Regelung, die der Konkursmasse eine Befugnis zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen einräumt, nicht erfasst. Er kann ausschliesslich und ohne Einschränkungen von den nicht befriedigten Gläubigern geltend gemacht werden. *Verschiedene Autoren stellen insoweit mit guten Gründen in Frage, ob die Klage, mit welcher ein Gläubiger einen entsprechenden Schaden individuell geltend macht, überhaupt einen Anwendungsfall des körperschaftlichen Verantwortlichkeitsrechts darstellt* »<sup>8</sup>. La Cour d'appel civile vaudoise adopte la même approche en précisant que, faute de lésion du patrimoine de la société, l'action du créancier « est régie par les règles ordinaires de la responsabilité civile [...] »<sup>9</sup>.

Ces jurisprudences s'appuient sur une large partie de la doctrine traditionnelle, qui estime effectivement que l'action du créancier relève dans ces cas exclusivement de l'art. 41 CO<sup>10</sup>. Les partisans de cette thèse préco-

<sup>1</sup> CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 754 N 11, in : Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (éd.), Code des obligations II, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (cit. CR CO II-auteur) ; JESSICA AESCHBACH FLOREZ, La liquidation forcée des groupes de sociétés, Genève/Zurich/Bâle 2012, N 123, 46.

<sup>2</sup> NICOLAS ROUILLER/MARC BAUEN/ROBERT BERNET/COLETTE LASSERE ROUILLER, La société anonyme suisse, Droit commercial, droit comptable, responsabilité, loi sur la fusion, droit boursier, droit fiscal, 3<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2022, 634.

<sup>3</sup> ATF 136 III 14 c. 2.4.

<sup>4</sup> TF, 4A\_455/2018, 9.10.2019, c. 6.1.

<sup>5</sup> TF, 4A\_40/2022, 18.10.2022, c. 5.1.1 ; 4A\_135/2021, 26.10.2021, c. 7.1 ; MADELEINE SIMONEK/KARIN MÜLLER/ANDREA OPEL/PHILIPP EGLI, Unternehmensrecht I, Gründung und Aufbau, Sanierung und Liquidation, 3<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2021, 208.

<sup>6</sup> ATF 142 III 23 c. 4.3 ; 141 III 112 c. 5.2.1 ; 132 III 564 c. 3.2.1 ; 122 III 176 c. 7a i.f. et 7b ; TF, 4A\_623/2017, 24.8.2018, c. 4 ; ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Zurich 2006, 72 ; ARTHUR GRISONI, L'action en responsabilité dirigée contre les organes dirigeants de la société - Légitimité active de l'administration de la faillite, respectivement des créanciers (art. 757 CO), Bulletin CE-DIDAC n° 86, ch. V.

<sup>7</sup> ATF 141 III 112 c. 5.2.1 (nous mettons en évidence).

<sup>8</sup> ATF 142 III 23 c. 4.3 (nous mettons en évidence).

<sup>9</sup> Cour d'appel civile VD, HC/2022/190, 16.3.2022, c. 5.1.2.1.

<sup>10</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 18 N 311-318 et 361-362 ; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 36 N 38 ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 17, in : Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (éd.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2023 (cit. BSK OR II-auteur) ; PHILIPPE SPITZ, Deliktische Eigenhaftung von Organ- und Hilfspersonen, RSJ 2003 165, 167 ; ROLF WATTER/ROLAND A. TRUFFER, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 8.3.1996, X. Corporation c. Y. (4C.317/1995, BGE

nissent néanmoins de lui appliquer les règles spéciales des art. 759 ss CO, lesquels dérogent à l'art. 50 CO s'agissant de la solidarité passive et à l'art. 60 CO concernant la prescription<sup>11</sup>. Certains auteurs considèrent au contraire que, dans ces circonstances, le créancier dont le patrimoine est exclusivement touché peut exercer l'action de l'art. 754 CO, l'art. 41 CO n'étant que l'une des normes permettant de fonder l'illicéité de l'atteinte<sup>12</sup>. Une autrice semble même d'avis qu'indépendamment des patrimoines touchés, l'action des créanciers relève de l'art. 754 CO sitôt que les administrateurs, en violant l'un de leurs devoirs, causent un dommage dans l'exercice de leurs attributions<sup>13</sup>.

Ce débat n'est pas sans incidence pratique, puisque les régimes légaux régissant ces deux actions diffèrent en partie.

Certes, en ce qui concerne de la prescription, la jurisprudence qui rendait l'art. 760 aCO applicable aux actions des créanciers contre les administrateurs fondées sur l'art. 41 CO<sup>14</sup> n'a plus de raison d'être depuis les révisions du droit de la prescription et de la société anonyme. Ces révisions cumulées, entrées en vigueur respectivement le 1<sup>er</sup> janvier 2020 et le 1<sup>er</sup> janvier 2023, prolongent en effet d'une part le délai de prescription relative de l'art. 60 al. 1 CO à trois ans, contre une année précédemment, et réduisent d'autre part celui de l'art. 760 al. 1 CO à trois ans, contre cinq ans auparavant. Ces deux dispositions ont donc aujourd'hui le même contenu matériel. Du point de vue de la prescription, il est ainsi indifférent d'appliquer l'art. 60 CO plutôt que l'art. 760 CO à l'action du créancier contre les administrateurs.

En revanche, le régime de la solidarité passive prescrit par l'art. 50 CO diffère toujours de celui de l'art. 759 CO.

Le Tribunal fédéral a en effet jugé que selon l'art. 50 CO, les débiteurs solidaires ne peuvent pas opposer au créancier un motif personnel d'atténuation des art. 43 ou 44 CO (la faute légère, la gêne, l'acte de complaisance, la différence des situations économiques, la faible rémunération), si celui-ci ne peut pas être invoqué par tous les codébiteurs solidaires<sup>15</sup>. Il s'ensuit que chaque débiteur solidaire doit, dans les rapports externes, le dédommagement maximal auquel peut prétendre le lésé. Il lui appartient ensuite de se retourner contre ses coresponsables et de plaider alors qu'il doit supporter moins que le *pari passu* dans les rapports internes (art. 50 al. 2 CO). Le régime est donc celui de la solidarité parfaite.

Lorsque l'art. 759 CO s'applique, en revanche, le Tribunal fédéral estime que dans les rapports externes, l'étendue de l'obligation de réparer est déterminée de manière individuelle. Aussi, chaque coresponsable peut faire valoir contre le créancier les facteurs d'atténuation prévus par les art. 43 al. 1 et 44 CO qui lui sont propres<sup>16</sup>. Le régime est celui de la solidarité différenciée<sup>17</sup>.

Quant à la responsabilité pour le fait d'autrui, l'art. 754 al. 2 CO permet, à certaines conditions, de tenir les administrateurs responsables pour les actes de ceux auxquels ils ont délégué une partie de leurs attributions. D'après la doctrine et contrairement au texte légal, l'administrateur répond non seulement en cas de délégation « à un autre organe », mais également à tout tiers<sup>18</sup>. Cela vaut même en cas de délégation intervenue de manière licite, sauf si l'administrateur apporte la preuve libératoire du soin dans le choix, l'instruction et la supervision du délégataire.

L'art. 55 CO prévoit également une responsabilité causale atténuée, la preuve libératoire étant essentiellement la même<sup>19</sup>. Cependant, le cercle des tiers dont l'administrateur répond sous l'angle de l'art. 55 CO est réduit par rapport à celui de l'art. 754 al. 2 CO. Dans le premier cas, il ne s'applique qu'aux personnes se trouvant dans un rapport de subordination avec l'administrateur (donc les directeurs et le personnel de la société)<sup>20</sup>, alors que, dans le second, il s'étend à n'importe quel délégataire, quel que soit son rang hiérarchique (y compris les tiers externes

122 III 166 ff.; nachfolgend «Entscheid I») und X. Corporation c. Q. (4C.342/1994, BGE 122 III 176 ff.; nachfolgend «Entscheid II»), Berufungen, AJP 1996 1573 ff., 1584.

<sup>11</sup> RITA TRIGO TRINDADE, La responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, SJ 1998 I, 14; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 10), § 36 N 16 et 146.

<sup>12</sup> NINA SAUERWEIN, Droit des sociétés / Le dommage, talon d'Achille de l'action en responsabilité des administrateurs de sociétés en faillite ?, in : Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri-Castracane (éd.), Vers les sommets du droit, Liber amicorum pour Henry Peter, Genève/Zurich/Bâle 2019, 215; plus nuancé car s'exprimant sur une jurisprudence ancienne visant à étendre à cinq ans la prescription de l'action délictuelle dirigée contre les administrateurs, CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 1), art. 754 N 71.

<sup>13</sup> ISABELLE CHABLOZ, Actionnaires dans les sociétés cotées : actions légales et gouvernance, Etude comparée : Suisse, Australie, Allemagne, Genève/Zurich/Bâle 2012, N 747, 283.

<sup>14</sup> TF, 4C.343/1999, 3.2.2000, c. 3; 4C.120/1996, 12.2.1997, c. 7; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 1), art. 754 N 71.

<sup>15</sup> ATF 113 II 323 c. 2b; 97 II 403 c. 7d; 71 II 112.

<sup>16</sup> ATF 132 III 564, c. 7; TF, 4A\_393/2023, 9.1.2024, c. 7.1; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 1), art. 759 N 14.

<sup>17</sup> TF, 4A\_393/2023, 9.1.2024, c. 7.1; CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 1), art. 759 N 11.

<sup>18</sup> CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 1), art. 754 N 34.

<sup>19</sup> CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 55 N 17-28, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Code des obligations I, Commentaire romand, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2021 (cit. CR CO I-auteur).

<sup>20</sup> CR CO I-WERRO/PERRITAZ (n. 19), art. 55 N 7.

indépendants, comme par exemple une société offrant des services fiduciaires).

Le graphique suivant résume la situation :

	Prescription (relative/absolue)	Solidarité	Responsabilité pour le fait de tiers
art. 41 CO	3 ans / 10 ans	Solidarité parfaite	Inférieurs hiérarchiques
art. 754 CO	3 ans / 10 ans	Solidarité différenciée	Tout tiers

Il appartiendra à la jurisprudence de confirmer que l'action du créancier contre les administrateurs est régie par l'art. 41 CO lorsque le patrimoine social n'est pas affecté. Elle devra encore dire si, dans ce cas, les art. 754 al. 2, 759 et 760 CO sont néanmoins applicables. Dans l'intervalle, la parole est aux plaideurs.

## B. Statut de la société

Même lorsqu'il est établi que le patrimoine de la société est également atteint, si bien que l'action de l'art. 754 CO est indiscutablement ouverte au créancier, celui-ci n'est pas au bout de ses peines. En effet, le créancier étant plus ou moins libre de l'intenter selon que l'on se trouve avant la faillite (II.B.1), ou après la faillite (II.B.2).

### 1. Avant la faillite

Avant la faillite, le créancier social ne peut intenter action contre les administrateurs selon l'art. 754 CO que s'il dispose d'une prétention propre à cet effet, à savoir lorsqu'il subit un dommage propre résultant de la violation de dispositions du droit des sociétés visant à le protéger. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral confirme que le créancier peut se prévaloir non seulement de normes du droit des sociétés visant exclusivement à le protéger, mais aussi de celles ayant également pour but de protéger la société<sup>21</sup>.

Malgré cette extension jurisprudentielle du cercle des normes susceptibles de conférer la légitimation active au créancier, de telles dispositions restent relativement exceptionnelles en droit suisse. Par exemple, l'art. 717 CO imposant à tout administrateur des devoirs généraux de diligence et de fidélité envers la société, n'est conçu que pour protéger la société elle-même, et non ses créanciers<sup>22</sup>. Parmi les rares règles auxquelles le Tribunal fédéral reconnaît un double effet protecteur (*doppelter*

*Schutzwirkung*<sup>23</sup>) figurent les dispositions sur le bilan – dont celles régissant la libération des apports en vue de la constitution du capital social (art. 633 ss CO) – et celles prescrivant le comportement que les administrateurs doivent adopter en cas de surendettement (art. 725 CO)<sup>24</sup>. Ces dispositions sont toutefois d'une utilité réduite hors faillite, puisque la violation des premières conduit généralement à la seconde.

Il est donc très peu probable qu'un créancier social puisse disposer, hors faillite, d'une prétention propre contre les administrateurs fondée sur le droit des sociétés lui permettant d'exercer l'action de l'art. 754 CO.

Par ailleurs, rappelons que le créancier n'est pas habilité à exercer, pour le compte de la société, l'action appartenant à cette dernière pour le dommage qu'un administrateur a causé à la personne morale. L'art. 756 CO réserve en effet cette faculté aux seuls actionnaires<sup>25</sup>.

Une cession contractuelle par la société au créancier selon les art. 164 ss CO est théoriquement réservée<sup>26</sup>. Elle sera toutefois rare en pratique car la cession ne peut intervenir sans l'intervention, ou à tout le moins l'aval, des administrateurs. Une cession n'est ainsi envisageable que si les administrateurs mis en cause peuvent être auparavant remplacés.

### 2. Après la faillite

La situation est différente après la faillite. Le créancier dispose alors de deux moyens d'action différents basés sur l'art. 754 CO, l'un pour son dommage propre (II.B.2.a.), l'autre pour faire valoir le dommage de la société (II.B.2.b.).

#### a. Dommage propre

Le créancier social peut toujours, comme hors faillite, faire valoir des prétentions pour son dommage propre en application de l'art. 754 CO, à la différence près qu'il ne peut alors agir que lorsque la disposition du droit des sociétés violée vise *exclusivement* à le protéger<sup>27</sup>.

En revanche, si la norme légale tend également à protéger le patrimoine social, le créancier doit céder le pas devant la prétention concurrente de la masse en faillite afin d'éviter une course à l'indemnité<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> ATF 148 III 11 c. 3.2.3.2.

<sup>22</sup> ATF 148 III 11 c. 3.2.3.2 ; 110 II 391 c. 2b.

<sup>23</sup> ATF 148 III 11 c. 3.2.3.2.

<sup>24</sup> ATF 148 III 11 c. 3.2.3.2 ; 128 III 180 c. 2c ; 127 III 374 c. 3c ; 125 III 86 c. 3b ; 122 III 176 c. 7c.

<sup>25</sup> ATF 131 III 306 c. 3.1.1 ; 132 III 731 c. 3.5.

<sup>26</sup> TF, 4A\_317/2009, 1.10.2009, c. 2.1.

<sup>27</sup> ATF 141 III 112 c. 5.2.3.

<sup>28</sup> ATF 141 III 112 c. 5.2.3 ; 132 III 564 c. 3.2.3.

Cela peut paraître tautologique, mais il est important de rappeler qu'un concours entre le créancier et la masse en faillite présuppose que tant le créancier que la société elle-même aient subi un dommage propre<sup>29</sup>. Si le patrimoine de la société n'est pas atteint, l'action de l'art. 754 CO n'est fort probablement pas ouverte au créancier (II.).

En toute hypothèse, nous n'avons pas connaissance de disposition du droit des sociétés qui viserait à protéger exclusivement le patrimoine des créanciers. La doctrine doute également que de telles normes existent<sup>30</sup> et la jurisprudence consultée ne fournit aucun indice contraire. Partant, cette action ne devrait être qu'exceptionnelle, sinon purement théorique.

#### b. Dommage de la société

Même sans avoir subi lui-même un dommage propre, le créancier peut exercer l'action de la communauté des créanciers de l'art. 754 CO, à savoir l'action dont la masse en faillite est exclusivement titulaire pour le préjudice qu'elle seule a subi. Selon l'art. 757 al. 1 CO, le créancier ne peut toutefois le faire que si l'administration de la faillite renonce auparavant à l'exercer elle-même. Cela survient généralement, mais pas nécessairement, sur la base d'une décision de cession des droits de la masse de l'art. 260 LP<sup>31</sup>.

Lorsque le créancier agit, il le fait « en son propre nom, pour son propre compte et à ses risques et périls »<sup>32</sup>, bien que la masse demeure titulaire de la prétention de droit matériel<sup>33</sup>. Le produit de l'action servira en priorité à satisfaire les créances du créancier exerçant l'action (art. 757 al. 2 CO)<sup>34</sup>. C'est pourquoi il est admis qu'il puisse conclure à la condamnation du défendeur à payer directement en ses mains<sup>35</sup>, même s'il devrait théoriquement conclure au paiement à la société faillie<sup>36</sup>.

### III. Prétentions du créancier déduites de l'art. 41 CO

Lorsque l'action de l'art. 754 CO n'est pas ouverte au créancier, il peut recourir à l'action aquilienne de l'art. 41 CO pour mettre en cause les administrateurs.

Il est constant que lorsqu'un créancier fonde ses prétentions en dommages-intérêts sur l'art. 41 CO, il doit notamment démontrer avoir été victime d'un acte illicite. En cas de dommage purement patrimonial, comme c'est le cas dans les litiges entre créanciers et administrateurs, le droit suisse exige notoirement que le comportement fautif, pour qu'il soit illicite, viole une norme de comportement (*Schutznorm*) destinée à protéger le lésé contre le type de dommage subi (illicéité de comportement, *Verhaltensunrecht*)<sup>37</sup>.

Si des normes protectrices existent dans tout l'ordre juridique<sup>38</sup>, à l'exemple du dol de l'art. 28 CO<sup>39</sup>, les plus pertinentes dans ce contexte demeurent les dispositions pénales. Celles-ci doivent alors protéger directement le patrimoine du créancier pour fonder l'illicéité civile de l'atteinte<sup>40</sup>.

Comme pour l'action relevant de l'art. 754 CO, le créancier se trouve alors dans des situations différentes selon que la société est opérationnelle (III.A.) ou qu'elle se trouve en liquidation ensuite de sa faillite (III.B.).

#### A. Avant la faillite

Hors faillite, l'une des principales dispositions pénales fondant l'illicéité de l'atteinte au patrimoine du créancier est l'art. 138 CP, qui sanctionne l'abus de confiance. Elle entre notamment en ligne de compte lorsque l'administrateur affecte des valeurs prêtées à la société par un créancier à un autre usage que celui spécifiquement convenu<sup>41</sup>.

Une autre disposition parfois pertinente dans ce contexte est l'art. 152 CP, qui réprime les faux renseignements sur des entreprises commerciales destinés au public ou à l'ensemble de ses associés<sup>42</sup>. Elle est cependant très rarement appliquée en pratique.

<sup>29</sup> ATF 142 III 23 c. 4.3.

<sup>30</sup> BSK OR II-GERICKE/WALLER (n.10), Art. 754 N 24.

<sup>31</sup> ANDREW M. GARBARSKI/LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, L'action en responsabilité dans la faillite d'une société anonyme, PCEF 50/2020 122, 129; JONAS STÄHLI, Die aktive uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG in der ZPO, Zurich 2024, N 102, 45.

<sup>32</sup> ATF 139 III 391 c. 5.1.

<sup>33</sup> ATF 139 III 391 c. 5.1.

<sup>34</sup> TF, 4A\_384/2016, 1.2.2017, c. 2.1.2; ATF 132 III 342 c. 2.1.

<sup>35</sup> ATF 139 III 391 c. 5.1; TF, 4A\_165/2021, 18.1.2022, c. 3.1.1.

<sup>36</sup> TF, 4A\_457/2014, 14.1.2015, c. 2.3.

<sup>37</sup> ATF 132 III 122 c. 4.1; 125 III 86 c. 3b, JdT 2001 I 73; 123 III 306 c. 4a; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2017, 105.

<sup>38</sup> ATF 133 III 323 c. 5.1; 116 Ia 169 c. 2c.

<sup>39</sup> TF, 4A\_285/2017, 3.4.2018, c. 6.1.

<sup>40</sup> ATF 132 III 122 c. 4.1; 125 III 86 c. 3b, JdT 2001 I 73; 123 III 306 c. 4a; WERRO (n. 37), 105.

<sup>41</sup> ATF 124 IV 9 c. 1a; TF, 6B\_827/2008, 7.1.2009, c. 1.4.

<sup>42</sup> TF, 1P.604/1999, 21.1.2000, c. 2c; CR CP II-THORMANN/REMUND, art. 152 N 1, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Que-loz (éd.), Code pénal II, Commentaire romand, Bâle 2017 (cit. CR CP II-auteur).

L'escroquerie de l'art. 164 CP entre également en ligne de compte, avec toutefois ses difficultés bien connues, singulièrement l'exigence d'établir le caractère astucieux de la tromperie.

En revanche, la gestion déloyale réprimée par l'art. 158 CP est souvent inutile pour le créancier social lorsque les administrateurs versent dans la gestion criminelle. En effet, la personne lésée par des actes de gestion déloyale est exclusivement la société lorsque l'infraction est commise par un administrateur dans ses fonctions. La raison tient à ce que le pouvoir de gestion qu'exerce l'administrateur a normalement pour objet les actifs de la société elle-même, mais non directement ceux de tiers ayant effectué en faveur de celle-ci des apports de capital ou des prêts. Aussi, le créancier n'est touché qu'indirectement et n'est donc pas lésé au sens du droit pénal<sup>43</sup>. Il en va de même si le comportement pénalement répréhensible, en tant qu'infraction contre le patrimoine, réalise aussi – lors d'un examen rétroactif – les conditions d'une infraction dans la faillite : si la société lésée tombe en faillite ou est liquidée conformément aux dispositions sur la faillite, c'est la masse en faillite qui lui succède comme lésée (art. 121 al. 2 CPP *cum art.* 197 LP)<sup>44</sup>. Lorsqu'est blanchi le produit provenant d'infractions patrimoniales ayant uniquement affecté le patrimoine social et non directement celui du créancier, comme c'est typiquement le cas de la gestion déloyale, les intérêts protégés par l'art. 305<sup>bis</sup> CP sont aussi exclusivement ceux de la société<sup>45</sup>.

Parfois mal à l'aise avec les conséquences indésirables auxquelles cette approche formaliste peut conduire, les tribunaux pénaux cantonaux y ont déjà fait quelques entorses. C'est ainsi que la Chambre pénale de recours genevoise a jugé qu'un fiduciaire était directement lésé par de supposés actes de gestion déloyale, alors même que la lésion consistait formellement en une atteinte au patrimoine d'une société détenant les valeurs sur lesquelles le fiduciaire – au demeurant administrateur formel de la société – disposait seul d'un pouvoir de disposition selon la volonté du fiduciaire<sup>46</sup>. Pour justifier cette approche, l'arrêt expose que « c'est [dans le cas d'espèce] la gestion de la société immobilière contrairement aux instructions reçues qui est visée (devoirs du fiduciaire) et non la mauvaise gestion d'un organe envers sa société (devoirs de l'admini-

nistrateur), le patrimoine touché, et donc le bien juridiquement protégé, n'étant pas celui de la société, mais de l'ayant droit économique directement »<sup>47</sup>. Il poursuit par une considération ressortissant à l'équité, observant qu'à soutenir le contraire, « on laisserait complètement démunie le fiduciaire qui confie la propriété juridique d'une société à un fiduciaire, afin qu'il la gère, face à des actions pénales commises dans la gestion de la société, dès lors que le fiduciaire, contrôlant par hypothèse la personne morale, ne prendra, naturellement, aucune mesure pour que celle-ci le poursuive lui-même »<sup>48</sup>.

Ces considérations ont trouvé un écho dans celles exprimées ensuite par le Tribunal fédéral dans un arrêt de novembre 2022. Il y envisage, sans toutefois le confirmer, que la qualité de lésé puisse échoir aux bénéficiaires d'un trust lorsque le trustee, pourtant titulaire exclusif du patrimoine du trust et donc du bien juridique protégé par l'infraction de gestion déloyale, est lui-même soupçonné d'avoir commis les infractions ayant affecté ledit patrimoine<sup>49</sup>. Plus récemment, le Tribunal fédéral a une nouvelle fois laissé entendre, dans un *obiter dictum*, qu'il serait probablement favorable à ce point de vue si la cause lui était présentée<sup>50</sup>.

Le Tribunal fédéral pourrait avoir franchi le pas s'agissant d'actionnaires d'une société lésée dans un arrêt d'avril 2022. Il y reconnaît la qualité de plaignant à l'actionnaire minoritaire d'une société entre-temps tombée en faillite pour des actes de gestion déloyale commis aux dépens exclusifs de la personne morale, sans toutefois remettre en cause sa jurisprudence antérieure faisant de la société l'unique lésée en présence d'infractions de cet ordre<sup>51</sup>.

Il est permis de douter que cette décision soit le prologue d'un véritable revirement de jurisprudence en la matière, car le cas d'espèce était vraisemblablement trop singulier pour être d'application générale. Le recourant s'était en effet vu reconnaître la qualité de partie plaignante pour d'autres infractions patrimoniales, en l'espèce l'escroquerie et le faux dans les titres, liées à un complexe de faits connexes contre les mêmes prévenus. Aussi, l'intéressé aurait de toute façon pu participer à la procédure pénale comme plaignant même si cette qualité lui avait été niée comme actionnaire pour la gestion déloyale<sup>52</sup>. Le Tribunal fédéral observe à cet égard que « die

<sup>43</sup> TF, 1B\_294/2013, 24.9.2013, c. 2.1 ; ATF 148 IV 170 c. 3.3.1.

<sup>44</sup> TF, 1B\_418/2022, 17.1.2023, c. 3.1 ; ATF 148 IV 170 c. 3.3.2.

<sup>45</sup> ATF 145 IV 351 c. 4.2 et 4.3, traduit in JdT 2020 IV 57 ; résumé in : ALAIN MACALUSO/ANDREW M. GARBARSKI/HADRIEN MONOD/Ryan GAUDERON, La pratique judiciaire du Tribunal fédéral en matière de procédure pénale en 2019, JdT 2020 IV 79, 87.

<sup>46</sup> Chambre pénale de recours Genève, ACPR/162/2014, 21.3.2014, c. 5.2.

<sup>47</sup> Chambre pénale de recours Genève, ACPR/162/2014, 21.3.2014, c. 5.2.

<sup>48</sup> Chambre pénale de recours Genève, ACPR/162/2014, 21.3.2014, c. 5.2.

<sup>49</sup> TF, 1B\_319/2022, 17.11.2022, c. 2.3.

<sup>50</sup> TF, 7B\_167/2023, 28.7.2023, c. 4.3.2.

<sup>51</sup> TF, 1B\_169/2021, 28.4.2022, c. 3.3.

<sup>52</sup> TF, 1B\_169/2021, 28.4.2022, c. 3.3.

Vorinstanz [legt] nicht dar, wie in der hängigen Strafuntersuchung sachgerecht vorzugehen wäre bzw. welchen prozessualen Sinn eine Beschränkung der Parteistellung auf rechtliche Subsumtionen macht, wenn konnexe wirtschaftsstrafrechtliche Sachverhalte zu untersuchen und dem Beschwerdeführer betreffend Betrug und Urkundenfälschung ohnehin die Parteirechte zu gewähren sind»<sup>53</sup>. Le pragmatisme l'a donc emporté sur l'application stricte du droit dans cet arrêt.

Cet arrêt pourrait tout de même amorcer une nouvelle tendance de fond. Le Tribunal fédéral y ajoute en effet, probablement sous la forme d'un obiter dictum néanmoins instructif, qu'il serait excessivement formaliste (*überspitzt formalistisch*) d'écarter le plaignant actionnaire alors que la gestion déloyale présumée a causé la faillite de la société et a, par suite, engendré la perte totale de la valeur des actions dudit plaignant<sup>54</sup>. Cette justification jette bas la distinction traditionnellement opérée par la jurisprudence entre le titulaire du bien juridique protégé, qui est lésé et donc en droit de devenir plaignant, et le simple ayant droit disposant d'intérêts indirectement attachés au bien juridique en question, qui n'est atteint que par ricochet et ne peut donc pas devenir plaignant<sup>55</sup>. Elle contredit également la jurisprudence citée précédemment, selon laquelle les lésés indirects ne disposent pas de la qualité de plaignants du simple fait que l'infraction patrimoniale réalise également, lors d'un examen rétroactif, les conditions d'une infraction dans la faillite<sup>56</sup>. Enfin, si elle permet à de simples actionnaires de revêtir la qualité de lésés dans ces circonstances, elle devrait a fortiori reconnaître également ce statut aux créanciers, dont le droit au remboursement de leur investissement prime celui des actionnaires, lesquels ont seulement une prétention sur un éventuel reliquat de liquidation « [a]près paiement des dettes » de la société (art. 745 al. 1 CO).

La jurisprudence sur le sujet semble encore être mouvante, si bien que son évolution devra être suivie avec attention<sup>57</sup>.

Si le créancier n'est pas directement lésé, l'action appartient alors exclusivement à la société. Celle-ci pourrait certes céder ce droit civil au créancier par contrat (art. 164 ss CO), auquel cas le cédant est cependant empê-

ché d'exercer l'action civile adhésive en procédure pénale (art. 121 CP e contrario)<sup>58</sup>.

## B. Après la faillite

Lorsque l'acte illicite a atteint le patrimoine de la société et a contribué à sa faillite, la question se posant principalement en pratique est de savoir qui, de la masse en faillite ou des créanciers sociaux, est légitimé à exercer l'action civile adhésive dans la procédure pénale.

La question mérite d'être traitée de manière différenciée selon que l'on regarde les infractions classiques contre le patrimoine commises au préjudice de la société (III.B.1.) ou les infractions dans la faillite (III.B.2.).

### 1. Répartition des rôles entre la masse en faillite, les administrateurs et les créanciers

En vertu de l'art. 240 LP, la masse en faillite représente la société en justice dans le cadre de son mandat légal, à savoir la préservation et la liquidation des valeurs patrimoniales appartenant à la faillie en faveur des créanciers. En procédure pénale, selon la jurisprudence constante et conformément à l'art. 121 al. 2 CPP, ce pouvoir se limite exclusivement à l'exercice de prétentions civiles adhésives (demanderesse au civil, art. 119 al. 2 let. b CPP)<sup>59</sup>. Toute intervention de la masse en rapport avec la reconnaissance de culpabilité (demanderesse au pénal, art. 119 al. 2 let. a CPP) est en revanche exclue<sup>60</sup>. Cette règle s'applique aux infractions contre le patrimoine dont la société a été victime avant sa faillite et sur la base desquelles la masse en faillite est ensuite habilitée à exercer l'action civile adhésive<sup>61</sup>.

En se fondant sur des arrêts du Tribunal fédéral rendus peu après l'entrée en vigueur du CPP<sup>62</sup>, un auteur de doctrine suggère que les administrateurs de la société pourraient, malgré la faillite, représenter la personne morale comme demanderesse au pénal<sup>63</sup>. Ce pouvoir résiduel tirerait son fondement de la seconde phrase de l'art. 740 al. 5 CO, disposant que « [l]es organes de la société ne conservent le pouvoir de la représenter que dans la me-

<sup>53</sup> TF, 1B\_169/2021, 28.4.2022, c. 3.3.

<sup>54</sup> TF, 1B\_169/2021, 28.4.2022, c. 3.3.

<sup>55</sup> ATF 147 IV 269 c. 3.1 ; 140 IV 155 c. 3.3.1 ; TF, 6B\_116/2015, 8.10.2015, c. 2.1 ; 1B\_576/2018, 26.7.2019, c. 2.3.

<sup>56</sup> TF, 1B\_418/2022, 17.1.2023, c. 3.1 ; ATF 148 IV 170 c. 3.3.2.

<sup>57</sup> Pour une analyse critique, voir TOBIAS SCHAFFNER, Nr. 12 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 28. April 2022 i.S. A. gegen B., C., D. und Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft – 1B\_169/2021, forumpoenale 2/2023 97, 99.

<sup>58</sup> TF, 1B\_537/2021, 13.1.2022, c. 2.3.1 et réf. cit.

<sup>59</sup> ATF 145 IV 351 c. 4.2 ; TF, 6B\_557/2010, 9.3.2011, c. 7.2 ; 6B\_1082/2014, 3.3.2015, c. 1.5 ; MACALUSO/GARBARSKI/MONOD/GAUDERON (n. 45), 87.

<sup>60</sup> ATF 145 IV 351 c. 4.2 ; TF, 6B\_557/2010, 9.3.2011, c. 7.2 ; 6B\_1082/2014, 3.3.2015, c. 1.5.

<sup>61</sup> ATF 145 IV 351, c. 4.2 ; TF, 1B\_418/2022, 17.1.2023, c. 3.1, 6B\_562/2021, 7.4.2022, c. 3.3.2 ; 6B\_557/2010, 9.03.2011, c. 7.2.

<sup>62</sup> TF, 6B\_1082/2014, c. 1.5 ; 6B\_557/2010, 9.3.2011, c. 7.2.

<sup>63</sup> SCHAFFNER (n. 57), 99.

sure où leur intervention est encore nécessaire ». Cette disposition a par exemple été appliquée par la juridiction d'appel pénale genevoise pour valider une plainte pénale déposée dans l'urgence par un administrateur contre un prestataire externe au nom et pour le compte d'une société anonyme en faillite<sup>64</sup>. Ce pouvoir résiduel et exceptionnel est cependant dénué d'utilité pratique lorsqu'il s'agit de dénoncer des agissements pénaux perpétrés par les administrateurs eux-mêmes.

Quant aux créanciers, ils sont évidemment privés de tout droit de participer individuellement à l'action pénale s'ils n'ont pas été directement victimes d'une infraction, faute alors d'être lésés au sens de l'art. 115 CPP.

La cession des droits de la masse selon l'art. 260 LP ne peut changer cette allocation des rôles, puisque cette institution n'a pas pour conséquence de faire passer le statut de lésé de la société faillie au créancier cessionnaire. Elle ne fait qu'autoriser ce dernier à entamer ou continuer un procès en son propre nom propre et pour son propre compte sur la base d'une forme de mandat procédural (*Prozessstandschaft*), sans qu'il devienne pour autant titulaire de la prétention<sup>65</sup>. La cession ne saurait pas non plus conférer au créancier la titularité du droit d'action civile adhésive par une application analogique de l'art. 121 CPP, la cession des droits de l'art. 260 LP ne pouvant être assimilée à une succession universelle ni à une subrogation légale<sup>66</sup>.

Cette solution jurisprudentielle est largement critiquée en doctrine<sup>67</sup>, selon nous à raison tant son résultat est insatisfaisant. Néanmoins, aussi longtemps que la jurisprudence du Tribunal fédéral demeurera inchangée, la cession de l'art. 260 LP continuera de priver la masse en faillite du droit d'exercer l'action civile adhésive, sans que ce droit n'échoie pour autant aux cessionnaires.

En conséquence, l'administration de la faillite est souverainement en droit de décider si elle souhaite ou non participer à une procédure pénale pour y faire valoir des

prétentions civiles appartenant à la société et, incidemment, recueillir des éléments probatoires soutenant lesdites prétentions. Si elle s'y refuse, ce refus est dirimant pour les créanciers, mêmes s'ils devenaient cessionnaires des droits en question. Il en découle que les créanciers cessionnaires auront pour unique ressort judiciaire la procédure civile, qu'ils devront conduire à leurs frais et sans pouvoir bénéficier des pouvoirs inquisitoires et probatoires étendus des autorités pénales.

## 2. Spécificité pour les infractions dans la faillite (art. 163 ss CP)

Les infractions dans la faillite sont quelque peu boudées en pratique, peut-être en raison de leur complexité et des ressources importantes nécessaires pour les instruire convenablement. La situation pourrait toutefois évoluer à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2025. Il est en effet prévu que la réforme législative contre l'usage abusif de la faillite entre alors en vigueur<sup>68</sup>, et avec elle notamment l'art. 11 al. 2 nLP qui imposera aux autorités de faillite de dénoncer aux autorités de poursuite pénale les éventuels délits constatés en matière de faillite<sup>69</sup>.

En cas d'infractions dans la faillite, la répartition des rôles entre l'administration de la faillite et les créanciers se complique encore par rapport à la situation hors faillite. Cette répartition complexe n'est de surcroît pas sans incidence procédurale.

En effet, les créanciers sont certes lésés directs, et donc titulaires de l'action pénale, mais ne peuvent probablement pas exercer l'action civile adhésive (III.B.2.a.). Il est douteux que la masse en faillite le puisse, bien qu'elle soit en droit d'obtenir la restitution ou l'allocation d'actifs confisqués (III.B.2.b.). Le corollaire de ce qui précède est que ni les créanciers ni la masse en faillite ne devrait être légitimé à interjeter recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral (III.B.2.c.).

### a. Les créanciers sont lésés directs, mais sont uniquement titulaires du droit d'action pénale

Dans un arrêt de 2014 publié au Recueil officiel, la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral a estimé que le bien juridique protégé par les art. 163 ss CPP était le patrimoine des créanciers du failli (*Vermögen der Gläubiger des Gemeinschuldners*). Elle a ainsi reconnu aux créanciers la

<sup>64</sup> Cour de justice Genève, Chambre pénale d'appel et de révision, AARP/245/2021, 18.8.2021, c. 2.2.

<sup>65</sup> ATF 144 III 552 c. 4.1.1 ; 140 IV 155 c. 3.4 ; 132 III 564 c. 3.2.2 ; pour une analyse critique des contours et du fonctionnement de ce mandat procédural : CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (n. 1), art. 757 N 13 ; voir également GARBARSKI/MUSKENS (n. 31), 129.

<sup>66</sup> ATF 140 IV 155 (TF, 6B\_236/2014, 1.9.2014), c. 3.4.

<sup>67</sup> SCHAFFNER (n. 57), 100 ; DAMIAN K. GRAF, Geschädigtenstellung und vertretungsweise Geltendmachung von Zivilforderungen im Strafprozess, Jusletter 3 novembre 2014 ; RETO WEILENMANN, Drittgeschädigte Personen im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Privatklage-, Aushändigungs- und Zuwendungsanspruchs, Zürich 2020, N 410-411, 181-182 ; MICHAEL HOCHSTRASSER/PJA HUNKEMÖLLER, BGer 4A\_496/2018: Anwendbarkeit der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist auf den Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, AJP 2019 1349 ss, 1350.

<sup>68</sup> Conseil fédéral, Communiqué au sujet de la lutte contre l'usage abusif de la faillite, Internet : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-98334.html> (consulté le 4.3.2024).

<sup>69</sup> Loi fédérale sur la lutte contre l'usage abusif de la faillite, FF 2022 707.

qualité de lésé dans une procédure pénale visant d'anciens administrateurs soupçonnés d'infractions dans la faillite (art. 163 ss CP), et corrélativement le droit d'intervenir comme parties plaignantes dans la procédure pénale selon l'art. 115 al. 1 CPP<sup>70</sup>.

La 1<sup>re</sup> Cour de droit civil et la 2<sup>e</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral se sont référées à cet arrêt et ont respectivement jugé, dans deux affaires postérieures, que les infractions dans la faillite ne constituent cependant pas des normes de protection destinées à protéger le patrimoine des créanciers sociaux au sens de l'art. 41 CO. Partant, faute d'illicéité, les créanciers sont privés de fondement de responsabilité civile découlant de ces dispositions pénales<sup>71</sup>. La 1<sup>re</sup> Cour de droit civil a très récemment confirmé cette jurisprudence en précisant qu'elle a également vocation à s'appliquer lorsque la prétention civile est formée par adhésion à la procédure pénale, laquelle ne modifie pas les conditions matérielles de la prétention civile<sup>72</sup>.

La motivation des Cours civiles du Tribunal fédéral à cet égard est que les art. 163 ss CP visent à garantir la protection de tous les créanciers, grâce à l'effet préventif de l'action pénale. Seul le droit de l'exécution forcée détermine en revanche l'étendue de la protection conférée à chaque créancier individuellement, au cas par cas, en leur offrant par exemple l'action révocatoire (art. 285 ss LP), l'action contraignant le débiteur ou des tiers à renseigner l'Office (art. 91, 222, 232 al. 2 let. 4 LP) ou l'action en contestation de l'état de collocation (art. 148 et 250 LP). Le Tribunal fédéral estime que ces dispositions de l'exécution forcée offrent une protection suffisante aux créanciers, que l'invocation des dispositions pénales par le biais d'une action en dommages-intérêts de l'art. 41 CO ne viendrait pas renforcer<sup>73</sup>.

Il est permis de douter du bienfondé de cette conclusion. Il suffit de songer à la brièveté des périodes suspectes prévues par les art. 286 à 288 LP, qui permet bien souvent à des libéralités, voire à des transactions dolosives, d'échapper à la révocation uniquement parce qu'elles ont eu lieu trop longtemps avant la faillite. Il faut aussi gar-

der à l'esprit que la Suisse n'est pas partie à des traités internationaux globaux garantissant la libre circulation des jugements en matière de faillite. Aussi, un jugement révocatoire suisse rendu par le juge du for de la faillite (art. 289 LP et 171 LDIP) sera difficilement exportable et restera potentiellement lettre morte si le bénéficiaire des transferts révocables se trouve à l'étranger<sup>74</sup>. L'exécution de jugements révocatoires suisses sera encore plus compromise si les biens distraits de la masse par un acte jugé révocable se trouvent dans une juridiction étrangère différente de celle où est domicilié le tiers bénéficiaire. Il faudrait en effet alors que les tribunaux du domicile du bénéficiaire acceptent de le contraindre à restituer des actifs se trouvant hors de sa juridiction, ce qui n'est pas évident. Le créancier ne rencontrerait pas nécessairement ces problèmes s'il était titulaire d'un droit d'action fondé sur l'art. 41 CO *cum art.* 163 ss CP, même s'il n'est pas certain le jugement civil en résultant puisse circuler dans l'espace Lugano en raison de l'exclusion de l'art. 1 al. 2 let. b CL<sup>75</sup>.

Quelque critiquable soit cette jurisprudence, sa conséquence devrait, en bonne logique, être que les créanciers ne peuvent intervenir que comme demandeurs à l'action pénale dans les procédures pénales portant sur des infractions dans la faillite (art. 163 ss CPP). L'exercice de l'action civile adhésive devrait en revanche leur être niée puisqu'ils ne sont pas titulaires d'une prétention civile.

Cette conséquence en théorie dirimante n'est cependant pas toujours observée en pratique.

En effet, dans de nombreux autres arrêts contemporains ou postérieurs à ceux des Cours civiles précitées, la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral a systématiquement jugé recevables les recours en matière pénale de créanciers dans des affaires impliquant des infractions dans la faillite, au motif que les créanciers faisaient valoir dans la procédure pénale des prétentions civiles adhésives selon l'art. 119 al. 2 let. b CPP<sup>76</sup>. Cette motivation est incompatible avec les jurisprudences civiles précitées, qui nient précisément l'existence de telles prétentions civiles. Il semble même que la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral soit parfois allée jusqu'à valider les prétentions

<sup>70</sup> ATF 140 IV 155 c. 3.3.2.

<sup>71</sup> ATF 141 III 527 c. 3.5 ; TF, 4A\_623/2017, 24.8.2018, c. 4.2 ; MATTHIAS P. A. MÜLLER, Fehlende Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, GesKR 2019 151.

<sup>72</sup> TF, 4A\_423/2023, 7.2.2024, c. 4.4.

<sup>73</sup> ATF 141 III 527 c. 3.5 ; critique : WALTER A. STOFFEL, Wie weiter nach der Mündigkeit im Verantwortlichkeitsrecht?, in : Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenuaux/Rolf Sethe (éd.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Genève/Zürich/Bâle 2017, 239 ss, passim.

<sup>74</sup> Voir les critiques du recourant résumées in : TF, 4A\_623/2017, 24.8.2018, c. 2.2.

<sup>75</sup> BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 94, in : Christian Oetiker/Thomas Weibel/Christiana Foutoulakis (éd.), Lugano übereinkommen, Basler Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2024 (cit. BSK Lugü-auteur).

<sup>76</sup> TF, 6B\_641/2020, 8.9.2020, c. 2.2 ; 6B\_1279/2018, 26.3.2019, c. 1.2.1 ; 6B\_1107/2017, 1.6.2018, c. 1.2 ; 6B\_1024/2016, 17.11.2017, c. 1.2 ; 6B\_551/2015, 24.2.2016, c. 1.2 ; ALEX GEIGER, in : Damian K. Graf (éd.), StGB Annotierter Kommentar, Berne 2020, Art. 163 N 21.

civiles de créanciers adossées à des infractions dans la faillite, sans discuter toutefois leur caractère de norme de protection au regard de l'art. 41 CO<sup>77</sup>.

L'incertitude règne donc quant à la faculté pour des créanciers de faire valoir en justice des prétentions civiles déduites d'infractions dans la faillite. Selon l'état actuel de la jurisprudence, la chose est impossible devant les instances civiles. La situation est plus incertaine devant les autorités pénales, quoique celles-ci ne se soient à notre connaissance pas penchées attentivement sur la question.

Une harmonisation entre les pratiques apparemment divergentes des Cours de droit civil et des Cours de droit pénal du Tribunal fédéral serait souhaitable pour assurer une certaine cohérence au système.

**b. La masse en faillite ne peut vraisemblablement pas exercer l'action civile adhésive, mais peut obtenir la restitution ou l'allocation d'actifs confisqués**

Selon la conception moderne, le bien juridique protégé par les art. 163 ss CP est principalement le patrimoine des créanciers pris individuellement<sup>78</sup> et, dans une moindre mesure et selon une conception plus traditionnelle, l'exécution forcée en tant que telle<sup>79</sup>. Il semble par ailleurs dorénavant communément admis que la masse en faillite n'est pas titulaire du bien juridique protégé<sup>80</sup>, bien que des avis divergents aient été exprimés par le passé<sup>81</sup>.

A suivre l'approche contemporaine niant à la masse la qualité de lésée, la cohérence voudrait que celle-ci ne dispose pas de prétention civile fondée sur l'art. 41 CO pour violation alléguée de ces dispositions pénales, et ne puisse ainsi pas faire valoir de prétentions civiles adhésives dans une procédure pénale.

Le Tribunal fédéral a cependant eu l'occasion de juger récemment qu'en matière d'infractions dans la faillite (art. 163 ss CP), « les valeurs patrimoniales qui auraient dû tomber dans la masse en faillite dès l'ouverture de celle-ci doivent être restituées à l'office des faillites en rétablissement de la situation légale »<sup>82</sup>. Ces valeurs doivent donc, toujours selon notre Haute Cour, principalement être restituées, au sens de l'art. 70 al. 1 in fine CP<sup>83</sup>, subsidiairement être confisquées (art. 70 al. 1 CP) puis « remises » (*ausgehändigt*)<sup>84</sup> – donc allouées (art. 73 CP) – à la masse en faillite qui en fait la demande<sup>85</sup>. Une partie de la doctrine semble partager cette approche<sup>86</sup>.

Or, la restitution et l'allocation de valeurs confisquées supposent toutes deux l'existence de prétentions civiles sous-jacentes<sup>87</sup>, un jugement statuant sur celles-ci ou une transaction (judiciaire) étant de surcroît nécessaire pour l'allocation au lésé selon l'art. 73 al. 1 CP<sup>88</sup>.

Les arrêts précités pourraient donc suggérer que la masse en faillite est titulaire de prétentions civiles dérivant d'infractions dans la faillite, bien qu'elle ne soit pas titulaire du bien juridique protégé. Il faudrait toutefois que cette conclusion logique, mais contradictoire, soit confirmée lorsque notre Haute Cour abordera frontalement cette problématique, qu'il n'a jusqu'à présent analysée que de façon très indirecte.

La coordination entre la restitution à la masse (art. 70 al. 1 in fine CP) et la cession de prétentions civiles aux créanciers (art. 260 LP) pose par ailleurs des problèmes. Ecartant le recours du tiers prétendant à de meilleurs droits sur l'actif dont la restitution pénale avait été ordonnée en

<sup>77</sup> TF, 6B\_143/2016, 4.8.2016, c. 4 ; GEIGER (n. 74), Art. 163 N 21.

<sup>78</sup> ATF 148 IV 170 c. 3.4.1 ; TF, 1B\_418/2022, 17.1.2023, c. 3.1 ; 6B\_1279/2018, 26.3.2019, c. 1.2.1 ; 6B\_507/2018, 24.9.2018, c. 2.2 ; CR CP II-JEANNERET/HARI (n. 42), art. 163/164 CP N 4 ; CR CP II-JEANNERET/HARI (n. 42), art. 165 CP N 5.

<sup>79</sup> THIERRY GODEL/ALEXANDRE FREUNDLER, De la théorie à la traque des principales infractions dans la faillite / II. Analyse juridique des principales dispositions pénales / A.-C., in : José Hurtado Pozo/Olivier Thormann (éd.), Droit pénal économique, Genève/Zurich/Bâle 2011, 163 ; CR CP II-JEANNERET/HARI (n. 42), art. 163/164 CP N 4 et réf.

<sup>80</sup> DAMIAN K. GRAF, Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Ungetreue Geschäftsbesorgung. Misswirtschaft, Zurich/St. Gall 2017, 186 ; BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 60, in : Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (éd.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Bâle 2023 (cit. BSK-StPO-auteur) ; GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2011, N 853 et 1622 ; ANDREW M. GARBARSKI, Qualité de partie plaignante du créancier cessionnaire des droits de la masse (art. 260 LP), GesKR 2014 536, nbp 31 ; CR CP II-JEANNERET/HARI (n. 42), art. 163/164 CP N 4.

<sup>81</sup> PETER HERREN, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB, Zurich 2006, 154 ; BARBARA LIPS, Möglichkeiten und Grenzen einer Zusammenarbeit von Konkursverwaltung, Staatsanwaltschaft und Gerichte, in : Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (éd.), Kon-

kurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution, Zurich 2011, 176 s.

<sup>82</sup> TF, 6B\_122/2017 et 6B\_134/2017, 8.1.2019, c. 18.3.

<sup>83</sup> TF, 6B\_122/2017 et 6B\_134/2017, 8.1.2019, c. 18.3 et 18.4.

<sup>84</sup> TF, 6B\_441/2014, 28.10.2015, c. 4.3 ; TF, 1A.38/2005, 18.5.2005, c. 3.2.

<sup>85</sup> TF, 6B\_441/2014, 28.10.2015, c. 4.3 ; 6B\_396/2014, 28.10.2015 c. 3.1 ; 1A.38/2005, 18.5.2005, c. 3.2.

<sup>86</sup> BSK StGB-HAGENSTEIN, Vor Art. 163–171<sup>bis</sup> N 56, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éd.), Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cit. BSK StGB-auteur).

<sup>87</sup> BENOÎT MAURON, La restitution pénale, in : Sandrine Giroud/Héloïse Rordorf (éd.), Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales, Bâle 2020, N 477, 146 ss et N 527, 158.

<sup>88</sup> MAURON (n. 84), N 540-541, 161.

faveur de la masse, notre Haute Cour a même précisé, dans l'un des arrêts précités, qu'il n'est pas contradictoire de prononcer la restitution alors même que les droits de la masse « en restitution du titre de propriété sur [les valeurs concernées] »<sup>89</sup> avaient préalablement été cédés à certains créanciers selon l'art. 260 LP. L'unique justification avancée par le Tribunal fédéral à cet égard est que la cession de l'art. 260 LP « n'a pas pour effet de modifier la titularité des droits de la masse »<sup>90</sup>.

Cette décision est surprenante. S'il est exact que la cession de l'art. 260 LP ne prive pas la masse cédante de la titularité du droit matériel au profit du cessionnaire, elle implique par définition un dessaisissement pur et simple par la masse du droit d'action y afférent<sup>91</sup>. Ce n'est qu'à cette condition que le cessionnaire peut corrélativement exercer seul ce droit, en son propre nom et pour son propre compte, et être désintéressé en priorité sur le résultat de l'action (art. 260 al. 2 LP)<sup>92</sup>. Si la masse demeurerait concurrentement en droit d'exercer l'action civile adhésive malgré la cession, celle-ci serait de facto privée d'effet. Cela contredirait par ailleurs la raison d'être de cette institution, à laquelle l'administration de la masse recourt lorsque « l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention » (art. 260 al. 1 LP). On ne voit donc pas quelle serait la légitimité de la masse à exercer un droit à l'exercice duquel il a préalablement été renoncé. Si la cession permettait au contraire à la masse et au cessionnaire d'exercer chacun la même action civile en dommages-intérêts devant des juridictions différentes (la masse par adhésion à la procédure pénale et le cessionnaire dans un procès civil), cela engendrerait des difficultés considérables de coordination de ces actions, avec un risque patent de surindemnisation.

Compte tenu de ce qui précède, suivre la jurisprudence du Tribunal fédéral pourrait conduire à des résultats insatisfaisants. En effet, les actifs litigieux restitués à la masse selon l'art. 70 al. 1 in fine CP tomberaient dans la masse active, qui doit être partagée au marc-le-franc entre les créanciers admis à l'état de collocation, selon leur ordre (art. 219 LP). Si les cessionnaires sont chirographaires, ils doivent céder le pas aux créanciers privilégiés des classes

antérieures<sup>93</sup>. L'inclusion des actifs litigieux dans la masse active, par l'effet de la restitution, génère ainsi un risque évident que les cessionnaires ne reçoivent rien ou qu'une partie des actifs ainsi recouverts, alors que le droit d'action exclusif attaché aux prétentions civiles de la faillie sous-jacentes au transfert litigieux des actifs entretemps restitués leur a pourtant été cédé. Ils seraient par ailleurs forclos d'agir par la voie civile pour leur découvert contre le débiteur, puisque celui-ci ne saurait être condamné à payer à double en vertu du principe général prohibant la surindemnisation<sup>94</sup>.

La situation mérite assurément d'être clarifiée et il serait souhaitable que nos tribunaux tiennent non seulement compte des aspects théoriques mais également des incidences pratiques de chaque solution pour élaborer une règle juste.

### c. Le recours en matière pénale au Tribunal fédéral pourrait être fermé aux créanciers et à la masse en faillite

De manière générale, la protection judiciaire conférée à un plaignant exerçant exclusivement l'action pénale est réduite par rapport à celle dont jouit celui qui exerce l'action civile adhésive.

Certes, au niveau cantonal, il est indifférent que le plaignant ait ou non pris des conclusions civiles adhésives pour qu'il soit légitimé à appeler d'un jugement (art. 382 al. 1 CPP)<sup>95</sup> ou à s'opposer à une ordonnance pénale (art. 354 al. 1 let. b CPP)<sup>96</sup>.

En revanche, le recours en matière pénale subséquent au Tribunal fédéral est moins largement ouvert. En vertu de l'art. 81 al. 2 let. b ch. 5 LTF, le plaignant ne sera admis à recourir devant notre instance suprême que s'il a effectivement pris des conclusions civiles adhésives, autant que cela pouvait raisonnablement être exigé de lui, la simple réserve de ses droits devant le juge du fond étant insuffisante<sup>97</sup>. En cas de recours contre une décision de non-entrée en matière ou de classement, les exigences sont moins élevées, puisque notre Haute Cour concède qu'à ce stade « la partie plaignante n'a pas nécessairement déjà pris des conclusions civiles »<sup>98</sup>. Dans ces cas de figure, cependant,

<sup>89</sup> TF, 6B\_122/2017 et 6B\_134/2017, 8.1.2019, faits, let. A.k.

<sup>90</sup> TF, 6B\_122/2017 et 6B\_134/2017, 8.1.2019, c. 18.4.1.

<sup>91</sup> ATF 140 IV 155 c. 3.4.3: « Der Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG handle als Prozessstandschafter für die Konkursmasse. Diese bleibe Rechtsträgerin des materiellen Anspruchs, könne aber bis zu einem allfälligen Widerruf der Abtretung nicht mehr darüber verfügen ».

<sup>92</sup> TF, 5A\_344/2018, 18.9.2018 aux ATF 144 III 552 c. 4.1.1 ; 140 IV 155 c. 3.4.

<sup>93</sup> SYLVAIN MARCHAND/OLIVIER HARI, Précis de droit des poursuites, 3<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2022, 197.

<sup>94</sup> ATF 131 III 12 c. 7.1 ; 71 II 86 c. 4.

<sup>95</sup> ATF 139 IV 78 c. 3.3.3.

<sup>96</sup> ATF 141 IV 231 c. 2.6, traduit in : JdT 2016 IV 115.

<sup>97</sup> ATF 137 IV 246, c. 1.3.1 ; TF, 6B\_282/2017, 14.9.2017, c. 1.1 ; YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN, Précis de procédure pénale, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018, 658 s.

<sup>98</sup> TF, 6B\_1131/2020, 18.5.2022, c. 2.1.

« il incombe [...] [néanmoins] à la partie plaignante d'expliquer dans son mémoire au Tribunal fédéral quelles prétentions civiles elle entend faire valoir contre l'intimé »<sup>99</sup>, sachant par ailleurs que « la jurisprudence entend se montrer restrictive et stricte, de sorte que le Tribunal fédéral n'entre en matière que s'il ressort de façon suffisamment précise de la motivation du recours que les conditions précitées sont réalisées, à moins que l'on puisse le déduire directement et sans ambiguïté compte tenu notamment de la nature de l'infraction alléguée »<sup>100</sup>. Enfin, la partie plaignante n'est pas habilitée à recourir en matière pénale devant le Tribunal fédéral lorsque ses prétentions civiles sont traitées dans une procédure civile parallèle<sup>101</sup> ou lorsqu'elles ont été résolues d'une autre manière<sup>102</sup>.

Ce qui précède implique que la voie du recours en matière pénale au Tribunal fédéral ne devrait pas être ouverte au créancier agissant comme plaignant dans des procédures portant exclusivement sur des infractions dans la faillite, puisqu'il ne devrait en théorie pas pouvoir y faire valoir de prétentions civiles adhésives (III.B.2.a.). Cela vaut même lorsqu'il est cessionnaire des droits de la masse. Il est par ailleurs hautement incertain que l'administration de la faillite puisse faire valoir des prétentions civiles adhésives, de sorte que la voie du Tribunal fédéral lui serait également barrée. Aussi, ni la masse en faillite ni le créancier ne dispose en théorie de la qualité pour recourir en matière pénale devant notre Haute Cour lorsque seules des infractions dans la faillite sont en jeu.

La légalité des décisions du Ministère public ne pourrait par ailleurs pas être mise en cause par les plaignants devant notre Haute Cour, ce qui exige que l'autorité de recours inférieure soit irréprochable, car elle statuerait en dernier ressort. Même avec un postulat d'inaffabilité, l'absence d'uniformisation juridique qu'entraîne la soustraction de ces affaires à la supervision de notre Haute Cour demeure globalement préjudiciable au justiciable, qui vit dans un territoire unifié au plan pénal et de l'insolvabilité.

Cette situation est regrettable et devrait être proscrite, si nécessaire par une précision jurisprudentielle ou législative.

#### IV. Synthèse et conclusion

Lorsque le patrimoine d'une société n'a pas été atteint par la gestion fautive reprochée aux administrateurs, le créancier ne dispose pas de l'action de l'art. 754 CO, même s'il a lui-même été directement touché. Cela vaut que la société soit en faillite ou non.

Lorsque le patrimoine social a été lésé, le créancier atteint directement dans son patrimoine peut, avant la faillite, exercer l'action de l'art. 754 CO contre les administrateurs à condition que ceux-ci aient violé une norme du droit des sociétés conçue également pour protéger les créanciers. Il n'y a toutefois que très peu de dispositions de cette nature dans l'ordre juridique suisse, et les rares qui existent conduisent généralement, lorsqu'elles sont violées, à la faillite. Ainsi, l'action de l'art. 754 CO sera très fréquemment inutile pour le créancier d'une société hors faillite.

Après la faillite, seules les dispositions du droit des sociétés visant à protéger exclusivement le créancier lui permettent d'exercer librement l'action de l'art. 754 CO. Ces dispositions restent à identifier, ni la doctrine ni la jurisprudence n'ayant jusqu'alors pu en désigner à notre connaissance. Si la société est également lésée, le créancier doit céder le pas devant la masse en faillite. Il peut alors exercer l'action appartenant à la communauté des créanciers pour le dommage causé à la société lorsque l'administration de la faillite y renonce, usuellement sur la base d'une cession de l'art. 260 LP (art. 757 CO).

En somme, l'usage prédominant de l'art. 754 CO par le créancier interviendra dans la faillite, sur cession de la masse. Les usages résiduels, dans la faillite ou hors faillite, seront en revanche très marginaux en pratique.

S'il est privé de l'action de l'art. 754 CO et à défaut de base contractuelle, le créancier devra se rabattre sur l'art. 41 CO, qui prévoit un régime moins favorable pour le créancier s'agissant de la responsabilité du fait des tiers, mais plus généreux s'agissant de la responsabilité solidaire des dirigeants.

Les cas où le créancier est directement lésé par un acte illicite relevant de l'art. 41 CO sont cependant relativement rares, même si la jurisprudence semble évoluer vers une plus grande mansuétude à l'égard des créanciers, notamment pour les cas relevant de la gestion déloyale.

Faute d'atteinte directe, le créancier ne subit en théorie aucun préjudice, et n'a donc pas d'action à sa disposition. La faillite de la société empêche toutefois celle-ci d'honorer intégralement ses dettes, et lèse donc le créancier. Ce dernier devra alors s'efforcer de convaincre l'administration de la masse en faillite d'exercer l'action aquilienne appartenant exclusivement à la société, afin qu'elle soit

<sup>99</sup> TF, 6B\_1131/2020, 18.5.2022, c. 2.1 ; ATF 137 IV 246 c. 1.3.1.

<sup>100</sup> TF, 6B\_641/2020, 8.9.2020, c. 2.1, citant ATF 141 IV 1 c. 1.1.

<sup>101</sup> TF, 6B\_831/2021, 26.1.2023, c. 1.1 ; 6B\_738/2022, 6.12.2022, c. 2.1.

<sup>102</sup> TF, 6B\_172/2022, 31.10.2022, c. 1.1 ; 6B\_92/2019, 21.3.2019, c. 3.

indemnisée par ses dirigeants turpides et que le créancier reçoive en bout de chaîne le dividende de liquidation afférent à sa créance. Il pourra alternativement demander la cession du droit d'action si la masse renonce à l'exercer (art. 260 LP).

Cependant, seule la masse est en droit d'exercer l'action aquilienne par voie adhésive à une procédure pénale. La cession au créancier ne lui permet pas de devenir partie plaignante, ni sur le plan pénal (art. 119 al. 2 let. a CPP) ni sur le plan civil (art. 119 al. 2 let. b CPP). C'est ainsi à l'administration de la masse, et elle seule, qu'il appartiendra en dernier ressort de choisir d'agir au pénal ou d'y renoncer. Le créancier devra donc s'employer à convaincre dans la procédure de liquidation collective pour espérer parvenir à ses fins.

En ce qui concerne les prétentions civiles rattachées à des infractions dans la faillite (art. 163 ss CP), l'incertitude règne. La jurisprudence récente estime que ces dispositions ne constituent pas des normes de protection en faveur du créancier, lequel ne peut dès lors pas saisir les instances civiles pour recouvrer le dommage y relatif sur le fondement de l'art. 41 CO. Les tribunaux pénaux autorisent néanmoins les créanciers à intervenir comme plaignants dans la procédure pénale, en théorie uniquement pour exercer l'action pénale. Il a cependant parfois été toléré qu'ils exercent également l'action civile adhésive, ce qui est pourtant conceptuellement impossible dans la mesure où ils sont dépourvus de prétention civile aquilienne de ce chef. Quant à la masse en faillite, il semble qu'elle ne puisse pas exercer l'action civile adhésive dans ce contexte, faute d'être titulaire du bien juridiquement protégé selon l'approche moderne. Plusieurs décisions lui ont néanmoins reconnu le droit d'obtenir la restitution ou à l'allocation de valeurs confisquées dans ce même contexte, ce qui sous-entend la titularité de droits civils.

La prévalence des procédures pénales des chefs d'infractions dans la faillite devrait augmenter lorsque le nouveau droit visant à lutter contre l'usage abusif de la faillite entrera en vigueur. Il se pourrait que la sévérité des autorités de poursuite pénale croisse également, et avec elle le nombre de décisions pénales sur le sujet. Il sera alors intéressant de suivre l'évolution de la jurisprudence relative aux prétentions civiles adossées aux infractions dans la faillite. Les créanciers ne pourront qu'espérer être plus largement admis aux débats, afin que ces procédures deviennent une arme supplémentaire dans leur arsenal pour soutenir des efforts légitimes de recouvrement lorsque des infractions pénales ont lésé leurs intérêts patrimoniaux.