Le Tribunal fédéral tranche une controverse : la dissolution judiciaire d'une société (art. 731b al. 1bis ch. 3 CO) ne réalise pas la condition objective de punissabilité requise lors d'une infraction dans la faillite (art. 163 ss CP)

Arrêt TF 6B_562/2021 (d) du 7 avril 2022* (ATF 148 IV 170)

Par Hadrien Monod, le 3 mai 2022

> En tant qu'il prévoit de mettre fin à l'existence d'une société dont seules les carences organisationnelles ont provoqué sa dissolution et sa liquidation subséquente, l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO ne constitue pas un motif matériel d'ouverture de faillite. En effet, la disposition vise essentiellement à régler une situation non conforme au droit des sociétés. Son application se désintéresse ainsi des questions d'endettement et de solvabilité. Ce faisant, la disposition ne vaut pas un prononcé de faillite rendu par un juge des faillites et ne réalise pas la condition objective de punissabilité requise pour appliquer les art. 163 ss CP.

I. En fait

En mai 2019, plusieurs sociétés ont déposé plainte pénale contre D et se sont constituées parties plaignantes. Sommairement, ces sociétés ont dénoncé D aux motifs qu'il aurait réalisé plusieurs infractions contre le patrimoine en lien avec son statut d'administrateur au sein de la société H SA, notamment des faux et une faillite frauduleuse (art. 163 CP). La procédure à l'encontre de D est finalement classée en octobre 2020. Quelques mois plus tard, la cour cantonale de Saint-Gall refuse d'entrer en matière sur le recours formé par les sociétés plaignantes. Celles-ci contestent cette décision auprès du Tribunal fédéral.

II. En droit

En premier lieu, le Tribunal fédéral examine si les sociétés plaignantes sont véritablement lésées. Elles font valoir qu'en tant qu'actionnaire (pour l'une d'entre elles) et créancières (pour les autres), elles ont subi un préjudice patrimonial en raison des agissements de D, seul administrateur de la société H SA chargée d'exécuter divers projets immobiliers. En particulier, elles affirment avoir subi un préjudice direct après l'ouverture de la faillite de H SA, bien que celle-ci ait été prononcée en raison d'un défaut d'organisation au sens de l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO (c. 2).

La cour cantonale avait nié la qualité de lésé aux sociétés en question. En substance, la cour cantonale a estimé que s'il fallait admettre des infractions commises contre le patrimoine par D, seul le patrimoine de la société H SA entrait en ligne de compte en tant que victime directe des agissements de son unique administrateur. En outre, s'agissant de la faillite

frauduleuse (art. 163 CP), la disposition suppose la réalisation d'une condition objective de punissabilité : une faillite ou un acte de défaut de biens selon la LP. Cette condition faisant défaut en l'espèce, puisque la faillite prononcée à l'encontre de H SA l'a été par le biais de l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO, aucune infraction selon l'art. 163 CP ne peut être constatée. A défaut d'infraction réalisée, les sociétés n'ont donc pas été lésées dans leur intérêts privés (c. 3.1).

Selon le Tribunal fédéral, le raisonnement de la cour cantonale est correct. En cas d'infractions contre le patrimoine au détriment d'une SA, ni les actionnaires, ni les créanciers de celle-ci ne sont directement lésés (c. 3.3.1). En revanche, en cas de faillite frauduleuse, ce n'est plus le patrimoine de la société qui est directement lésé, mais bien celui des créanciers du failli (c. 3.3.2). Dès lors, c'est à juste titre que la cour cantonale a nié la qualité de lésé aux sociétés plaignantes s'agissant des infractions contre le patrimoine (art. 138 et 158 CP). Par conséquent, seules les sociétés créancières de H SA – à l'exclusion de la société actionnaire – peuvent prétendre être lésées au sens de l'art. 115 al. 1 CPP (c. 3.4.1 et 3.4.2).

En deuxième lieu, les juges fédéraux examinent si le prononcé d'une faillite en raison d'une carence organisationnelle selon l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO remplit la condition objective de punissabilité prévue aux art. 163 à 167 CP. Ils précisent d'ailleurs que la question n'a jamais été tranchée explicitement (c. 3.4.1 à 3.4.3). Selon une majorité de la doctrine, l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO, ne constitue pas une réelle « faillite » au sens de la LP. En effet, le prononcé d'une faillite selon cette disposition ne correspond pas à l'ouverture d'une faillite « ordinaire ». En cas de défaut d'organisation, l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO impose une dissolution judiciaire, suivie d'une liquidation par les règles de la LP, mais la disposition ne s'intéresse ni au surendettement, ni à l'insolvabilité. Quant à eux, les art. 163 à 167 CP visent précisément des cas d'insolvabilité (*contra* : URS MEIER, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, Konkursverschleppung und Gläubigerbevorzugung, Thèse, Zurich 2015, 78 s). (c. 3.4.3.)

L'analyse porte ensuite sur la volonté du législateur au moment de l'élaboration de l'art 731b al. 1bis ch. 3 CO. Le Tribunal fédéral relève que lors de la révision partielle du CO, le législateur a renoncé à élargir les motifs d'ouverture d'une faillite selon la LP (TF 5A_235/2007 du 14.11.2007, c. 4.1). L'exécution de la liquidation, quand bien même celle-ci s'effectue selon les règles de la LP, suit le prononcé judiciaire concernant la dissolution d'une société et ne repose ainsi pas sur une véritable faillite rendue par un juge de la faillite (ATF 141 III 43, c. 2.3.2). S'appuyant ensuite sur la doctrine, les juges fédéraux relèvent que l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO ne représente pas un motif d'ouverture de faillite au sens de la LP. Le renvoi aux dispositions de la LP n'est pertinent que pour régler les modalités de la procédure de liquidation. Il s'ensuit qu'une société peut être liquidée, selon les modalités techniques de la LP, même sans avoir fait l'objet de poursuite ou en l'absence de surendettement, d'insolvabilité ou de cessation de paiement selon la LP. Dans ces hypothèses, la dissolution de la société se fonde exclusivement sur une décision judiciaire faisant apparaître une violation du droit des sociétés. L'application des règles de la LP pour régler le sort d'une société dont les carences organisationnelles ont provoqué sa dissolution selon l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO ne se justifie que pour des raisons de sécurité juridique et de

protection des créanciers. Le Tribunal fédéral expose à ce titre que le législateur voulait d'abord priver ces sociétés défaillantes de leur droit à l'existence et que leur dissolution judiciaire était simplement un moyen d'y parvenir. Partant, l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO ne crée pas de nouveau motif de faillite (c. 3.4.4).

Finalement, notre Haute Cour apporte plusieurs précisions, notamment sur l'art. 731b al. 4 CP, les biens juridiques protégés par les art. 163 à 167 CP, et leur condition objective de punissabilité. Entré en vigueur le 1er janvier 2021 (RO 2020 957 ; FF 2015 3255), l'art. 731b al. 4 CP prévoit que les liquidateurs des sociétés défaillantes doivent avertir le tribunal si les actifs ne couvrent plus les dettes afin que ce dernier prononce une faillite. Il semble donc que les liquidateurs, qui constateront un surendettement, pourront prévenir l'autorité compétente afin qu'une faillite soit prononcée, permettant ainsi la réalisation de la condition objective de punissabilité des art. 163 à 167 CP (voir également : FF 2019 4977, 4993) (c. 3.4.5).

Ensuite, le Tribunal fédéral rappelle que les art. 163 ss CP protègent le droit à l'exécution forcée et les créanciers du débiteur concerné. La faillite de celui-ci constitue ainsi une condition objective de punissabilité indépendamment de l'intention du débiteur. En cela, l'ouverture d'une faillite concrétise véritablement le risque d'atteinte au patrimoine encouru par les créanciers (c. 3.4.6). En ce sens, une faillite bancaire ordonnée par la FINMA (art. 33 LB) réalise la condition objective de punissabilité des art. 163 ss CP (voir : ATF 144 IV 52, c. 7.5). Une telle faillite bancaire est la conséquence d'un surendettement qu'aucun assainissement ne semble pouvoir pallier ; en cela, les conditions sont très proches d'une faillite engagée par les créanciers selon la LP (c. 3.4.7).

Notre Haute Cour relève enfin que, la dissolution judiciaire d'une société en raison d'un défaut d'organisation et sa liquidation selon la LP (art. 731b al. 1bis ch. 3 CO) constituent une *ultima ratio*. En outre, la liquidation se rattache à une décision prononcée selon le droit des sociétés et ne correspond ainsi pas à un motif matériel de faillite. Le législateur voulait simplement que ces sociétés défaillantes soient dépourvues de leur existence indépendamment de leur (éventuelle) insolvabilité. Pour toutes ces raisons, l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO ne réalise pas la condition objective de punissabilité nécessaire à l'ouverture d'une faillite selon les art. art. 163 ss CP (3.4.8).

Au vu de ce qui précède, le recours est donc rejeté (c. 4).

Proposition de citation : Hadrien Monod, Le Tribunal fédéral tranche une controverse : la dissolution judiciaire d'une société (art. 731b al. 1bis ch. 3 CO) ne réalise pas la condition objective de punissabilité requise lors d'une infraction dans la faillite (art. 163 ss CP), in : https://www.crimen.ch/102/ du 3 mai 2022