



# 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.