

# FAILLITES EN CASCADE ET GESTION FAUTIVE

## Menaces pénales pour les fiduciaires\*

Les faillites en cascade, c'est-à-dire les faillites frauduleuses à répétition, désignent un phénomène récurrent depuis longtemps[1]. En raison des dommages importants qui en résultent pour l'économie[2], les ministères publics du canton de Zurich et de Suisse centrale poursuivent ce délit de façon plus virulente que par le passé et standardisent la procédure[3].

### 1. INTRODUCTION

Les «faillites en cascade» ne sont soumises à aucune norme pénale spécifique. La gestion fautive, en revanche, joue un rôle important dans ce domaine (art. 165 CP). Elle fait partie du droit pénal de la faillite (art. 163–171<sup>bis</sup> CP) et est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus. Généralement, les faits se déroulent de la manière suivante[4]:

1. Une petite SA ou une Sàrl – fréquemment dans la branche de la construction ou de la restauration – est menacée de faillite en raison d'une situation de trésorerie tendue ou de surendettement (art. 725, al. 2, CO; art. 820 CO).
2. Un *intermédiaire* entre en scène et propose de transférer l'intégralité des actions ou des parts sociales, moyennant émolument, à un nouveau propriétaire.
3. L'ancien propriétaire, qui est la plupart du temps aussi le membre unique du conseil d'administration ou le gérant de la société, est content d'éviter ainsi la procédure de faillite. Il se fait du souci pour sa solvabilité et espère éviter des actions en responsabilité (art. 754 CO; art. 827 CO), raisons pour lesquelles il paie la commission de l'intermédiaire et transfère la société au nouveau propriétaire. L'ancien membre du conseil d'administration ou l'ancien gérant est qualifié *d'organe antérieur*.
4. Le nouveau propriétaire prend la position de membre unique du conseil d'administration ou de gérant. Il est désigné comme *organe postérieur*, *organe final* ou encore comme *homme de paille* ou *fossoyeur d'entreprise*.
5. L'homme de paille transfère régulièrement le siège de l'entreprise dans un autre canton, ou tout au moins dans un nouvel arrondissement de poursuite. Étant donné que chaque ar-

rondissement de poursuite a son propre registre des poursuites, les anciennes dettes ne figurent plus dans l'extrait du registre des poursuites du nouveau lieu (art. 2, al. 1, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP]; art. 8, al. 1, LP). Bien que le nouvel extrait du registre des poursuites mentionne la date d'installation dans le nouvel arrondissement et soit uniquement valable pour la période qui suit l'installation, il donne l'impression que la société est exempte de dettes.

6. Au nouveau lieu, l'homme de paille ne s'occupe ni de l'exploitation ni des dettes, mais commande souvent du matériel (p. ex. smartphones ou ordinateurs portables) ou achète des véhicules en leasing. L'homme de paille ne rembourse aucune dette, ancienne ou nouvelle, et attend l'ouverture de la faillite, laquelle survient généralement dans l'année.

7. Dans le cadre de la faillite, l'homme de paille est certes à la disposition des autorités qui gèrent la faillite et participe par exemple à l'interrogatoire du failli (art. 222 LP; art. 37 (ordonnance sur l'administration des offices de faillite [OAOFF])). Toutefois, ses renseignements ne sont pas utiles car il ne connaît en réalité pas l'entreprise.

8. Une autre possibilité est que l'homme de paille se retire à un certain moment de sa fonction de membre unique du conseil d'administration ou de gérant; la société est alors liquidée pour carences dans l'organisation (art. 731b, al. 1, ch. 3, CO).

9. Généralement, la faillite ou la liquidation pour carences dans l'organisation est suspendue faute d'actif (art. 230 LP)[5]. Même lorsque la faillite est exécutée, les fournisseurs avec des créances de troisième classe (art. 219, al. 4, LP) repartent en général les mains vides.

### 2. FAILLITE, ACTE DE DÉFAUT DE BIENS OU CONCORDAT JUDICIAIRE

Une gestion fautive ne peut exister que si la société a fait faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé. Elle peut aussi avoir lieu en cas de concordat (art. 305 ss LP; art. 171 CP). Les juristes parlent de *condition objective de punissabilité*[6] qui doit être remplie.

La condition n'est pas remplie lors d'une liquidation en cas de carences dans l'organisation (art. 731b, al. 1, ch. 3, CO);



OLIVER KÄLIN,  
DR. IUR., LL.M., AVOCAT,  
KAELIN.LEGAL

art. 819 CO) ou en cas d'absence de domicile (art. 153b ORC) [7]. Mais le Tribunal fédéral n'a pas encore pris de décision sur la question de savoir si le droit pénal de la faillite doit quand même être appliqué dans des cas identifiables [8]. Le Tribunal fédéral a précisé que lorsqu'un tribunal ordonne la dissolution de la société ainsi que la liquidation de cette dernière en vertu de l'art. 731b, al. 1, ch. 3, CO, une procédure normale de faillite est menée [9]. Une égalité de traitement, en termes de droit pénal, de la «liquidation selon les dispositions applicables à la faillite» (art. 731b, al. 1, ch. 3, CO) et de l'ouverture de faillite (art. 165, al. 1, CP) ne semble tout au moins pas exclue.

En outre, la condition objective de punissabilité peut toutefois être remplie dans deux cas: (1) lorsque le liquidateur de la société surendettée informe le juge conformément à l'art. 743, al. 2, CO et que ce dernier déclare la faillite, ou (2) lorsque la liquidation conduit à un acte de défaut de biens [10].

### 3. AUTEUR

Seul le débiteur peut être auteur. Si le débiteur est une personne morale, le comportement décrit à l'art. 29 CP incombe aux personnes qui auraient dû agir. Il s'agit notamment des organes et de leurs membres (art. 29, let. a, CP). La question de savoir si des organes de fait peuvent éventuellement être auteurs lorsqu'ils sont hiérarchiquement supérieurs au conseil d'administration ou au gérant de la Sàrl est controversée [11].

### 4. ÉLÉMENT OBJECTIF

**4.1 Aperçu.** Les membres d'un conseil d'administration ou les gérants d'une Sàrl remplissent l'élément objectif de la gestion fautive selon l'art. 165, ch. 1, CP, lorsque,

→ notamment par *négligence coupable* dans l'exercice de leur profession ou dans l'administration des biens en lien de causalité adéquat [12] → ils *causent* ou *aggravent* le *surendettement* de la société ou → ils *causent l'insolvabilité* de la société ou *aggravent* la situation patrimoniale en étant conscients de l'insolvabilité de la société.

Par leur inactivité, le conseil d'administration ou les gérants contribuent à ce qu'à l'ouverture de la faillite, les créanciers de la société disposent d'un substrat de responsabilité moins vaste que si la faillite avait été déclarée à temps.

**4.2 Négligence coupable dans l'exercice de la profession ou dans l'administration des biens.** Le terme de «négligence coupable» laisse une certaine marge d'interprétation. Il incombe aux organes d'apprécier, compte tenu de leurs obligations de droit civil, s'il y a une négligence coupable. Un manquement économique flagrant est considéré comme une négligence coupable. En revanche, il n'y a pas de négligence coupable quand il est constaté, rétrospectivement, qu'un organe a pris une mauvaise décision [13] ou n'a pas appliqué la diligence nécessaire en termes de droit civil [14]. Le Tribunal fédéral a précisé qu'il y a un manquement grave aux obligations de droit civil, et par conséquent une négligence coupable au sens de l'art. 165 CP, lorsque le conseil d'administration néglige la présentation des

comptes ou n'informe pas le tribunal en cas de surendettement [15].

Il n'y a en revanche pas manquement aux obligations lorsque, en dépit du surendettement, la non-information du tribunal est licite. Cela est le cas en présence de déclarations de postposition dans la mesure de l'insuffisance de l'actif (art. 725, al. 2, CO) ou en cas d'assainissement de la société. Cependant, en cas d'assainissement, l'avis au tribunal peut uniquement être différé si, d'une part, il y a lieu de s'attendre à ce que l'assainissement ait une issue positive et, d'autre part, s'il existe une perspective concrète que le surendettement ne s'aggravera pas sensiblement durant la période de report [16]. Le fait que des frais fixes continuent d'être occasionnés (loyer, salaires, etc.) n'est pas un argument contre le report. La durée admissible du délai de tolérance n'est néanmoins pas claire. Le Tribunal fédéral évoque une durée de quatre à six semaines, mais aussi de 60 jours [17]. Un report plus long peut aussi être envisagé compte tenu du fait que le projet de droit de la société anonyme prévoit un délai maximum de 90 jours (art. 725b, al. 4, ch. 2, P-CO) [18]. Par conséquent, la situation devra toujours être examinée au cas par cas et en fonction de l'avancement de l'assainissement. En cas de recours au délai de tolérance, le processus de décision devra être documenté en continu; il convient donc de consigner dans des procès-verbaux non seulement les décisions des réunions de conseil d'administration et de la gérance, mais aussi les délibérations et discussions correspondantes. Par ailleurs, un plan d'assainissement doit avoir été établi et faire l'objet d'une mise à jour permanente [19].

### 5. ÉLÉMENT SUBJECTIF

**5.1 Généralités.** Le délit défini à l'art. 165 CP est un délit intentionnel qui «contient certains éléments de négligence» [20]. Le Tribunal fédéral a décidé que le caractère intentionnel était nécessaire pour l'acte de banqueroute, mais qu'une négligence grave suffisait en matière de pertes économiques [21]. La délimitation entre le dol éventuel, également qualifié d'intention, et la négligence grave est souvent difficile à effectuer [22]. En vue d'une meilleure compréhension, il convient de diviser le comportement de l'auteur en deux parties. La première partie (a) implique une action basée sur l'intention ou le dol éventuel, tandis que la deuxième (b) requiert uniquement une négligence grave.

(a) Un auteur (p.ex. le membre unique du conseil d'administration) agit de manière intentionnelle lorsqu'il poursuit l'activité de la société tout en sachant qu'aucune comptabilité n'est tenue ou que la société est insolvable ou surendettée. La présence d'une comptabilité correcte permet d'identifier la situation financière ainsi que la perte de la moitié du capital et le surendettement (art. 725, al. 1 et al. 2, CO). En l'absence de comptabilité, ou si cette dernière est manipulée, ce qui constitue un acte punissable, que la société soit en faillite ou non (art. 166 CP; art. 325 CP; art. 251 CP), la précarité de la situation financière peut être identifiée selon le nombre croissant de rappels et de poursuites. Notamment, les poursuites pour des créances de petits montants d'institutions de droit public (impôts, cotisations aux assurances sociales)

sont un signe d'alarme. Si l'auteur omet de réagir à ces signes, il *prend délibérément le risque* (dol éventuel) que la société soit ou devienne surendettée ou insolvable.

(b) Même si l'auteur ne s'est pas attendu à ce que son manque-ment entraîne ou aggrave l'insolvabilité ou le surendette-ment de la société, il suffit qu'il *aurait dû être conscient* (négligence grave) de la conséquence (ouverture de la faillite).

**5.2 Fiduciaires.** L'existence d'une négligence est évaluée non seulement en fonction des circonstances du cas mais encore suivant la situation personnelle de l'auteur (art. 12, al. 3, CP). Des critères d'évaluation de cette situation personnelle sont les capacités intellectuelles, la culture et l'expérience professionnelle [23]. Ainsi, une personne qui a été familiarisée avec le droit comptable et le droit des bilans sera plus rapidement accusée de négligence qu'un profane en la matière [24]. Les fiduciaires se trouvent donc dans une situa-tions plus exposée. Toutefois, il est attendu de tout membre du conseil d'administration ou gérant qu'il dispose de connais-sances en comptabilité et en présentation des comptes [25]. Le Tribunal fédéral a décidé à juste titre que toute personne qui accepte un mandat au sein d'un conseil d'administration tout en sachant qu'il ne dispose pas des connaissances tech-niques et juridiques nécessaires commet une négligence cou-pable, au moins en termes de dol éventuel, au sens de l'art. 165, ch. 1, CP [26]. Ceci devrait quelque peu aplanir la différence entre fiduciaires et profanes.

## 6. DÉFENSE

Dans la pratique, les membres du conseil d'administration et les gérants se défendent efficacement principalement avec deux arguments: → «nous avons cru en l'assainissement, c'est-pourquoi nous n'avons pas déposé le bilan»; → «d'après l'évaluation des actifs de la société, nous pensions que la for-tune était suffisante pour couvrir les dettes».

D'autres arguments (p. ex. le fait de prétendre ne pas avoir eu connaissance des obligations définies dans le CO) sont rare-ment efficaces.

**6.1 Argument de l'assainissement.** Pour que l'argument de l'assainissement puisse être reconnu, il est nécessaire que l'or-gane ait été informé de la situation financière de la société et ait pris des mesures d'assainissement. À cette fin, l'organe doit apporter des preuves de ses efforts concrets d'assainissement (plan d'assainissement, procès-verbaux de réunions, etc.). L'or-gane doit également présenter les résultats qui ont été obte-nus grâce aux mesures d'assainissement, expliquer pourquoi il a escompté que l'assainissement porterait ses fruits et de quelle manière il a observé le délai de tolérance (voir section 5 ci-avant). Des mesures d'assainissement professionnelles, structurées et transparentes doivent apporter un allègement. À cet effet, une comptabilité régulière est indispensable.

La date jusqu'à laquelle un organe peut croire en un assai-nissement reste une décision au cas par cas. Le Tribunal fédé-ral a uniquement décidé que des attentes démesurées envers le déroulement de l'assainissement ou de vagues espoirs de réussite de l'assainissement ne suffisent pas [27].

**6.2 Questions d'évaluation.** Il arrive qu'une société ne soit pas surendettée uniquement en raison d'évaluations erro-nées. Les actifs sont surévalués (p. ex. stocks de marchan-dises) ou leur valeur n'est pas corrigée (p. ex. créances résultant de la vente de biens et de prestations de services), ou la société établit son bilan aux valeurs de continuation alors qu'elle devrait s'appuyer sur les valeurs de liquidation confor-mément à l'art. 958a, al. 2, CO. Le conseil d'administration défend le point de vue de ne pas avoir reconnu l'évaluation qui est apparue ultérieurement comme erronée. Il soutient en outre que l'art. 725, al. 2, CO exigerait un surendette-ment aux valeurs de continuation et de liquidation. Il conteste par ces arguments le caractère intentionnel de l'acte de banque-roule et, de ce fait, l'élément subjectif.

L'élément de défense selon lequel la gestion (art. 716b CO) ou la tenue de la comptabilité a été déléguée à une tierce per-sonne peut également être porteur. L'organe défend ainsi le point de vue de ne pas avoir identifié l'erreur de comptabili-sation. La littérature soutient qu'un membre du conseil d'administration peut aussi s'entendre reprocher une gestion fautive quand il omet de poser des questions critiques ou se satisfait de documents peu pertinents [28]. Le moment auquel l'organe a eu «des raisons sérieuses» d'admettre un suren-dette-ment devient ainsi important (art. 725, al. 2, CO). Ici aussi, la situation doit être examinée au cas par cas.

La personne qui a établi la comptabilité incorrecte court ré-gulièrement le risque de se rendre (également) coupable de faux dans les titres (art. 251 CP) [29].

## 7. PUNISSABILITÉ DE L'ORGANE ANTÉRIEUR

**7.1 Généralités.** Il est généralement reproché à l'organe an-térieur de ne pas avoir agi en dépit du fait qu'il existait des raisons sérieuses d'admettre que la société était surendettée, d'avoir causé ou aggravé le surendette-ment, de ne pas avoir pris de mesures d'assainissement en dépit de la trésorerie ten-due et d'avoir transféré la société.

Pour définir le moment auquel l'organe antérieur aurait dû agir, les autorités judiciaires se basent en premier lieu sur les inscriptions dans le registre des poursuites. Selon le reproche formulé, l'organe antérieur aurait dû identifier, au plus tard lors de telle ou telle poursuite, qu'il existait des raisons sé-rieuses d'admettre que la société était surendettée ou insol-vable. Cela permet de dater le moment où il existe des «rai-sons sérieuses» d'admettre un surendette-ment.

Il arrive que l'organe antérieur détruise des documents commerciaux avant de transférer la société à l'organe posté-rieur, dans l'objectif de dissimuler la situation réelle en matière de fortune et le moment du surendette-ment [30]. Ce fait peut (en plus éventuellement de l'art. 166 ou de l'art. 325 CP) rem-plir l'élément constitutif de l'infraction de l'art. 254 CP, car l'auteur ne respecte pas son obligation légale de conserva-tion [31].

**7.2 Fiduciaires.** Il existe des risques pour les fiduciaires lorsqu'ils sont sollicités pour gérer une société en difficulté en tant qu'agents d'assainissement. Avant d'accepter un mandat d'assainissement, le fiduciaire doit évaluer la situa-tion financière et la capacité d'assainissement de la société.

Pour ce faire, il doit se poser les questions suivantes: existe-t-il une comptabilité? Est-elle actuelle et correcte? Est-il possible d'établir des comptes intermédiaires? Quelle est la liquidité de la société? Dispose-t-on de bailleurs de fonds? Est-il possible d'établir un plan d'assainissement? Comment se présente l'extrait du registre des poursuites? En l'absence d'examen scrupuleux de la situation financière ou en cas d'impossibilité d'évaluer faute d'informations, le fiduciaire doit refuser le mandat.

Une prudence particulière est de mise quand un membre du conseil d'administration d'une société requérant un assainissement demande de lui présenter des possibilités d'action, car il existe alors un risque d'instigation (art. 24 CP). Il y a instigation lorsque l'instigateur provoque le passage à l'acte de l'auteur. Pour cela, il doit certes exister un rapport causal entre le comportement instigateur et la décision de la personne qui a été incitée à passer à l'acte. Le Tribunal fédéral exige pour cela une influence psychique ou intellectuelle directe sur la volonté de l'autre personne [32]. Mais ce seuil est vite atteint. Peut être considéré comme facteur instigateur chaque acte motivant et, par conséquent, susceptible de provoquer chez l'autre personne la décision d'agir (p. ex. une simple demande, une suggestion, une invitation implicite) [33]. Un fiduciaire évoquant au membre du conseil d'administration d'une société surendettée, à l'occasion d'un entretien de conseil, la possibilité de transférer la société à un homme de paille au lieu d'informer le tribunal peut ainsi se rendre coupable d'instigation à la gestion fautive – ou remplir l'élément constitutif de l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP; le recours à un homme de paille aggrave la poursuite pénale de l'organe antérieur).

Un fiduciaire peut devenir complice (art. 25 CP) lorsqu'il aide l'organe antérieur à compromettre l'ancienne société. Exemple: dans un premier temps, une société de transfert est fondée et l'exploitation ou une partie de cette dernière est transférée à cette société de transfert à une valeur basse avant que l'homme de paille ne reprenne l'ancienne société. Autre exemple: un fiduciaire donne à un organe antérieur des conseils pour manipuler le bilan et simuler la suppression du surendettement.

## 8. PUNISSABILITÉ DE L'INTERMÉDIAIRE

L'intermédiaire externe ne peut pas réunir les éléments constitutifs de la gestion fautive, car il n'a pas de rôle de débiteur. Il peut toutefois très bien entrer en ligne de compte comme instigateur (art. 24 CP) ou complice (art. 25 CP; art. 26 CP). L'intermédiaire peut également réunir les éléments constitutifs de l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP). Dans le contexte de faillites en cascade, les fiduciaires interviennent le plus souvent comme intermédiaires [34].

## 9. PUNISSABILITÉ DE L'HOMME DE PAILLE

**9.1 Généralités.** L'homme de paille reprend la société à assainir et prend généralement la position de membre unique

du conseil d'administration ou de gérant. Il ne fait rien d'autre qu'accumuler les dettes et d'attendre la faillite. Si la société est déjà surendettée lors de sa reprise, l'homme de paille aggrave le surendettement. Le fait de contracter de nouvelles dettes peut remplir l'élément de gestion fautive et même d'escroquerie (art. 146 CP).

En règle générale, l'homme de paille ne s'occupe pas de la comptabilité, même si, en sa qualité de membre du conseil d'administration ou de gérant, il en serait responsable (art. 716a, al. 1, ch. 3, CO; art. 810, al. 2, ch. 3, CO). De ce fait, l'homme de paille viole aussi l'obligation de tenir une comptabilité (art. 166 CP). Il peut aussi être considéré comme entravant l'action pénale (art. 305 CP).

**9.2 Fiduciaires.** Il arrive dans la pratique qu'un membre du conseil d'administration ou un gérant cherche, directement ou par le biais d'un intermédiaire, une personne qui assainisse véritablement la société. Si l'assainissement réussit, la condition de gestion fautive n'est plus remplie, car la condition objective de punissabilité (la faillite) manque.

En cas de reprise d'une société éventuellement déjà surendettée en tant qu'agent d'assainissement, l'évaluation de la situation décrite au chap. 7.2 est d'autant plus importante. Si l'assainissement n'a pas encore commencé, il est alors généralement trop tard pour l'entreprendre quand le surendettement survient. Même avec 90 jours, le délai de tolérance prescrit par le Tribunal fédéral est la plupart du temps trop court.

## 10. CONCLUSION

Réalisés isolément, la vente et le transfert d'une société à assainir ou surendettée ne sont pas en soi punissables. Toutefois, les membres du conseil d'administration et le gérant d'une Sàrl peuvent réunir les éléments constitutifs de la gestion fautive s'ils restent inactifs en dépit d'une menace d'insolvabilité et de surendettement. Les fiduciaires doivent être prudents quand ils acceptent des mandats d'assainissement. Ils doivent clarifier au préalable la capacité d'assainissement de la société, dans la mesure de leurs possibilités compte tenu du peu de temps dont ils disposent normalement. La prudence est également de rigueur lorsqu'ils sont sollicités pour conseiller des organes de sociétés présentant un besoin d'assainissement, car il existe alors un risque de se voir reprocher une instigation ou une complicité à une gestion fautive ou à une entrave à l'action pénale.

Enfin, pour ce qui est du phénomène des faillites en cascade, il faut tirer la sonnette d'alarme lorsqu'une société ne tient pas de comptabilité, qu'un membre du conseil d'administration ou un gérant veut transférer une société à assainir à un tiers ou qu'une personne se propose de reprendre d'un membre du conseil d'administration ou d'un gérant, moyennant émoluments, une SA ou une Sàrl devant être assainie ou déjà surendettée. ■

**Notes:** \*L'auteur remercie Marc Jean-Richard-dit-Bressel, privat-docent, ministère public III du canton de Zurich pour les délits économiques, ainsi que Damian K. Graf, professeur, ministère public pour les délits économiques des cantons Nidwald, Obwald et Uri, pour leurs échanges d'idées lors de la rédaction du présent article. **1)** Graf D.K., Konkursreiterei, Phänomen – rechtliche Einordnung – Bekämpfung, BLSchK 2019, p. 1–7; Jean-Richard-dit-Bressel M., Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei «Wegwerfgesellschaften», dans: Ackermann, J.B., Wohlers, W. (éd.), Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalsexekution, actes de la 5<sup>e</sup> conférence de Zurich sur le droit pénal économique, Zurich 2011, p. 59–93. **2)** Konkursreiterei: Mehrere Hundert Millionen Schaden im Jahr, émission «10 vor 10», 13 avril 2016, sur les pages de la SRF, <https://www.srf.ch/news/schweiz/konkursreiterei-mehrere-hundert-millionen-schaden-im-jahr>, accès le 15. mai 2019; Neuhaus, C., Raubritter-Konkurse – Strafverfolger warnen vor Lockerung des Aktienrechts, dans: Neue Zürcher Zeitung, 8 juin 2018, <https://www.nzz.ch/schweiz/neues-aktienrecht-oeffnet-konkursreitern-tuer-und-tor-ld.1392431>, accès le 15. mai 2019; Höhener A., Nussbaumer D., Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppung – Wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, Reprax 2017, p. 19–22, p. 19. **3)** Jean-Richard-dit-Bressel, note 1, p. 89 ss (Musterstrafanzeige), p. 92 s. (Anklageschema); Graf, note 1, p. 6 s. voir notice «Wegwerfgesellschaften» («WWG») du 14 août 2015 du ministère public III du canton de Zurich pour les délits économiques, p. 1; Nussbaumer D., Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppung – wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, BLSchK 2016, p. 124–135, p. 130 s.; Höhener, Nussbaumer, note 2, p. 20 s. **4)** Voir Jean-Richard-dit-Bressel, M., consultation du 14 août 2015 du ministère public III du canton de Zurich pour les délits économiques, modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (Prévenir l'usage abu-

sif de la procédure de faillite) à l'attention du DFJP, p. 2 ss.; voir aussi Graf, note 1, p. 1 s., et Nussbaumer, note 3, p. 125 ss. **5)** Concernant l'applicabilité des dispositions relatives à la suspension de la procédure de faillite fautive d'actif à la liquidation selon l'art. 731b, al. 1, ch. 3, CO, voir Lorandi, F., Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, p. 1378–1395, p. 1392. **6)** ATF 144 IV 52, consid. 7.3; ATF 6B\_1340/2017 du 24 septembre 2018, consid. 1.2. **7)** Jean-Richard-dit-Bressel, M., Ist die Organisationsmangelliquidation eine Konkursöffnung? Dossier de travail du 7 novembre 2017, p. 1 s., avec vue d'ensemble des opinions doctrinales; Graf, note 1, p. 3, avec référence à la modification prévue du texte de loi. **8)** Voir Trechsel, s., Ogg, M., dans: Trechsel, s., Pieth, M. (éd.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> édition., Zurich 2018, art. 163 N 11, avec renvoi à une décision du tribunal cantonal de Zoug de 2011. **9)** ATF 141 III 43, consid. 2.3.1; ATF 5A\_137/2013 du 12 septembre 2013, consid. 1.2.2. **10)** Jean-Richard-dit-Bressel, note 7, p. 3. **11)** Avis affirmatif: Jean-Richard-dit-Bressel, note 1, p. 76; avis négatif: Graf, note 1, p. 4. **12)** ATF 115 IV 38, consid. 2 = Pra 1990 n° 96 p. 340 (comportement qui, suivant le cours habituel des choses et sur la base de l'expérience générale de la vie, était approprié à apporter le succès obtenu ou à favoriser sa survenance, les actes reprochés n'ayant ni mené à eux seuls au succès ni constitué la cause directe de ce succès); voir ATF 127 IV 110, consid. 5.b.bb = Pra 2002 n° 28 p. 148. Le lien de causalité naturelle est également exigé (voir BasK StGB II, Hagenstein, N., dans: Niggli M.A., Wiprächtiger, H., [éd.], Basler Kommentar, Strafrecht II, art. 137–392 CP, 4<sup>e</sup> édition, Bâle 2019, art. 165 N 61, avec références). **13)** ATF 144 IV 52, consid. 7.3; ATF 6B\_1047/2015 du 28 avril 2016, consid. 4.3. **14)** Voir Gessler, D., Insolvenzstrafrecht, dans: Ackermann, J.B., Heine, G. (éd.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Berne 2013, §16, cm 74. **15)** ATF 144 IV 52, consid. 7.3; ATF 6B\_1103/2017 du 7 août 2018, consid. 1.2.1; ATF 6B\_1047/2015 du 28 avril 2016, consid. 4.3. **16)** Voir message du 23 novembre 2016 concernant la modification [prévue] du code des obligations (droit de la société anonyme), FF 2017 p. 525. **17)** Renvois à la jurispru-

dence dans Kälin, O., Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Zurich 2016, cm 639. **18)** Projet de code des obligations (droit de la société anonyme), FF 2017 p. 662. **19)** Détails dans Kälin, O., Der Sanierungsplan nach OR und nach SchKG, PJA 2016, p. 435–441, p. 441. **20)** Message du 24 avril 1991 concernant la révision du code pénal suisse et du code pénal militaire, FF 1991 II 1037. **21)** ATF 144 IV 52, consid. 7.3 in fine; ATF 6B\_985/2016 du 27 février 2017, consid. 4.1.1.; voir à ce sujet ATF 6P.169/2006/6S.346/2006 du 29 décembre 2006, consid. 9.3. **22)** Il y a dol éventuel «lorsque l'auteur tient pour possible la survenance du résultat ou la réalisation des faits mais agit quand même, car il est prêt à accepter le résultat dans le cas de sa survenance et s'en accommode, bien qu'il le considère comme indésirable» (ATF 133 IV 222 5.3; ATF 133 IV 1, consid. 4.1, traduction réalisée dans le cadre du présent article). On parle de négligence grave lorsque l'auteur a omis d'apporter la diligence nécessaire que toute personne raisonnable aurait considéré comme appropriée dans la même situation et les mêmes circonstances (PK StGB-Trechsel, S., Jean-Richard-dit-Bressel, M., in: Trechsel, S., Pieth, M. [éd.], Schweizerisches StGB, Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> édition, Zurich 2018, art. 12 N 23, avec références). **23)** ATF 97 IV 169, consid. 2. **24)** Voir Graf, D. K., Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht, Habil., Zurich 2017, cm 996 in fine. **25)** Kälin (FN 17), cm 519 s. **26)** ATF 6B\_242/2015 du 6 octobre 2015, consid. 1.4. **27)** ARF 127 IV 110, consid. 5.a = Pra 2002 n° 28 p. 146; ATF 6B\_492/2009 du 18 janvier 2010, consid. 2.2. **28)** Gessler, note 14, §16, cm 87. **29)** Voir ATF 141 IV 369, consid. 7.1. **30)** Nussbaumer, note 3, p. 126. **31)** Voir ATF 96 IV 155, consid. I.6; voir ATF 118 IV 35, consid. b.bb; négatif: BasK StGB II, Boog M., note 12, art. 254 N 3, avec références. **32)** ATF 144 IV 265, consid. 2.3.2 = Pra 2019 n° 35 p. 393. **33)** ATF 127 IV 122, consid. 2a.b.aa. **34)** Voir Nussbaumer, note 3, p. 126; voir aussi la citation du prévenu dans le jugement de la Cour suprême de Zurich du 13 octobre 2017, n° de dossier SB170116-O, p. 11 («J'en avais assez et j'ai contacté mon fiduciaire. Il a alors dit de vendre la société B. SA»).