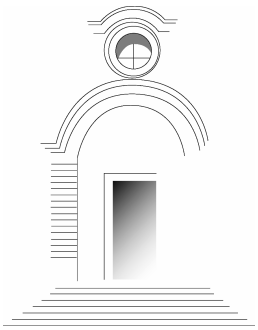
La constitution de partie civile de l'actionnaire en procédure pénale: analyse critique de la jurisprudence de la Chambre d'accusation

par

Andrew M. GARBARSKI
Docteur en droit,
avocat, BÄR & KARRER SA

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2010 II 47 ss



132e année N° 3 avril 2010

LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE DE L'ACTIONNAIRE EN PROCÉDURE PÉNALE: ANALYSE CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE DE LA CHAMBRE D'ACCUSATION

par

Andrew M. GARBARSKI*
Docteur en droit,
avocat, BÄR & KARRER SA

I. INTRODUCTION

La constitution de partie civile en procédure pénale genevoise fait l'objet d'une jurisprudence abondante.

Au cours de ces vingt dernières années, la Chambre d'accusation a notamment été régulièrement amenée à se prononcer sur des affaires impliquant des actionnaires, lesquels entendaient se constituer partie civile dans le cadre de procédures pénales ouvertes pour des infractions commises au détriment d'une société anonyme.

Ainsi qu'il sera exposé dans les développements qui suivent, il résulte des ordonnances rendues dans ce contexte par la Chambre d'accusation que cette dernière, s'inspirant du régime applicable aux actions en responsabilité en droit des sociétés, réserve un traitement différencié aux actionnaires selon qu'ils déclarent se constituer partie civile avant ou, au contraire, après le prononcé de la faillite de la société.

L'objet de la présente analyse consiste précisément à examiner si les solutions consacrées par la jurisprudence genevoise en matière de partie civile reflètent convenablement le mécanisme découlant du droit des sociétés, respectivement de vérifier dans quelle mesure la pratique de la Chambre d'accusation demeure conciliable avec la définition actuelle de la partie civile découlant de l'art. 25 CPP-GE[1].

* L'auteur tient à remercier Monsieur DARIO ZANNI, Juge d'instruction, pour ses conseils et sa relecture critique de cet article. L'auteur remercie également chaleureusement Madame JENNA MALABONGA, M Law, pour sa précieuse collaboration dans la préparation de la présente contribution.

1 Code de procédure pénale, RSG E 4 20.

Ces questions revêtent à notre sens une importance pratique non négligeable, notamment du point de vue de l'articulation des démarches judiciaires susceptibles d'être engagées par des actionnaires ayant subi un dommage. En effet, l'expérience montre que ces derniers, à tort ou à raison, ont une tendance de plus en plus marquée à faire précéder leurs actions civiles de plaintes pénales déposées contre les organes dirigeants de la société[2].

II. DÉFINITION DE LA PARTIE CIVILE

Aux termes de l'art. 12 al. 1 CPP-GE, toute personne lésée par une infraction peut porter plainte (cf. également l'art. 30 CP[3]). Par ailleurs, l'art. 25 al. 1 CPP-GE dispose que «*le plaignant et toute personne lésée par une infraction poursuivie d'office peuvent se constituer partie civile jusqu'à l'ouverture des débats*».

Selon une jurisprudence aujourd'hui bien établie et directement calquée sur la notion de lésé, telle qu'elle résulte de la pratique du Tribunal fédéral relative à l'art. 30 CP[4], la Chambre d'accusation définit le lésé, au sens de l'art. 25 CPP-GE, comme étant le ***titulaire du bien juridique directement atteint*** par l'infraction en question[5].

A noter qu'on retrouve la même définition à l'art. 115 du Code de procédure pénale (unifiée)[6], lequel est appelé à se substituer au CPP-GE en principe dès le 1er janvier 2011[7].

---

2 ANDREW M. GARBARSKI / ALAIN MACALUSO, La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif, PJA 2008, p. 833.

3 L'art. 30 al. 1 CP a la teneur suivante: *«Si une infraction n'est poursuivie que sur plainte, toute personne lésée peut porter plainte contre l'auteur»*.

4 Arrêts du Tribunal fédéral 1P.393/2004 du 26 janvier 2005, consid. 4; 1P.448/2004 du 4 octobre 2004, consid. 2.2; ATF 128 IV 81 consid. 3a, SJ 2002 I, p. 297, JdT 2004 IV 71; voir aussi GÉRARD PIQUEREZ, Traité de procédure pénale suisse, 2ème édition, Genève/Zurich/Bâle 2006, N 1026; STEFAN TRECHSEL / MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, *in* Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zurich/St-Gall 2008, art. 30 N 1; DANIEL STOLL, *in* Commentaire romand, Roth / Moreillon (édit.), Code pénal I, Bâle 2009, art. 30 N 19.

5 Voir, parmi beaucoup d'autres, OCA/35/2009 du 4 février 2009, consid. 2.2; OCA/125/2007 du 20 juin 2007, consid. 2.2; OCA/94/2007 du 16 mai 2007, consid. 2.2; voir déjà MAURICE HARARI / ROBERT ROTH / BERNHARD STRÄULI, Chronique de procédure pénale genevoise (1986-1989), SJ 1990, p. 421, ch. 2.6.

6 Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 («CPP», RS 312.0; FF 2007, p. 6616). Voir aussi le Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006, ch. 2.3.3.1, p. 1148. Voir aussi *infra* IV.

7 Selon communiqué aux médias du Département Fédéral de Justice et Police du 10 septembre 2008, http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2008/2008-09-100.html (consulté le 15 mars 2010).

Aussi, ne saurait être considéré comme un lésé, dans le sens défini ci-dessus, celui qui n'est atteint qu'indirectement, par contrecoup ou par ricochet[8]. Parmi les situations où une personne n'est touchée qu'indirectement et, partant, ne remplit pas les conditions pour se constituer partie civile selon l'art. 25 CPP-GE, la Chambre d'accusation évoque régulièrement l'exemple des cessionnaires, des personnes subrogées *ex lege* ou *ex contractu* ou encore celui des actionnaires[9].

Par ailleurs, d'après la jurisprudence et la doctrine, la détermination du titulaire du bien juridique atteint passe nécessairement par l'interprétation de l'infraction en cause[10].

Il sied de relever enfin que la pratique susmentionnée de la Chambre d'accusation, laquelle consacre une approche dite «*pénaliste*», a notamment pour conséquence d'abolir l'exigence d'un préjudice patrimonial[11], quand bien même ce dernier demeure l'un des éléments — importants — à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier la qualité de lésé d'une personne qui entend se constituer partie civile[12].

---

8 ATF 121 IV 58 consid. 2b, JdT 1997 IV 99; ATF 92 IV 1 consid. 1a, JdT 1966 IV 84; voir aussi OCA 35/2009 du 4 février 2009, consid. 2.1; OCA/198/2006 du 8 septembre 2006, consid. 2; OCA/235/96 du 27 septembre 1996, consid. 3; CR CP I-STOLL (n. 4), art. 30 N 19; Petit Commentaire, Code pénal I, Dupuis / Geller / Monnier / Moreillon / Piguet (édit.), Bâle 2008, art. 30 N 13; PIQUEREZ (n. 4), N 1026 s.

9 OCA/256/2009 du 4 novembre 2009, consid. 2.1; OCA 35/2009 du 4 février 2009, consid. 2.1; OCA/125/2007 du 20 juin 2007, consid. 2.1; OCA/198/2006 du 8 septembre 2006, consid. 2; OCA/251/00 du 15 septembre 2000, consid. 2; OCA/235/96 du 27 septembre 1996, consid. 3; voir aussi PIQUEREZ (n. 4), N 1027 et MARTINE HEYER / BRIGITTE MONTI, Procédure pénale genevoise: Chambre d'accusation, SJ 1999 II, p. 164.

10 Arrêt du Tribunal fédéral 6S.504/2005 du 28 février 2006, consid. 1.1; PC CP I (n. 8), art. 30 N 13; CR CP I-STOLL (n. 4), art. 30 N 19; CHRISTOPH RIEDO, *in* Basler Kommentar, Niggli / Wiprächtiger (édit.), Strafrecht I, 2ème édition, Bâle 2007, art. 30 N 6b; TRECHSEL / JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (n. 4), art. 30 N 2.

11 Par opposition à l'ancienne pratique de la Chambre d'accusation, dite «civiliste», selon laquelle seule pouvait se constituer partie civile la personne en mesure de rendre vraisemblable qu'elle subit un dommage actuel, direct et personnel en rapport de causalité adéquate avec l'infraction poursuivie. Voir OCA/256/2009 du 4 novembre 2009, consid. 2.2; OCA/35/2009 du 4 février 2009, consid. 2.1 et les références citées; OCA/125/2007 du 20 juin 2007, consid. 2.1. Voir aussi le Rapport de la commission chargée d'étudier les projets de code de procédure pénale et de loi constitutionnelle sur la liberté individuelle et sur l'inviolabilité du domicile, Genève 1977, p. 146 s.

12 OCA/35/2009 du 4 février 2009, consid. 2.2; OCA/125/2007 du 20 juin 2007, consid. 2.2; OCA/94/2007 du 16 mai 2007, consid. 2.2.

III. CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE DE L'ACTIONNAIRE

A. Généralités

D'après un considérant-type par lequel la Chambre d'accusation rappelle systématiquement la définition de la partie civile[13], les actionnaires ne seraient généralement touchés que par contrecoup, de telle sorte qu'ils ne sont pas habiles à se constituer partie civile lorsque les infractions poursuivies ont été commises au préjudice de la société (cf. également *supra* II).

Cela étant, contrairement à ce que suggère quelque peu lapidairement le considérant-type précité, il ne découle pas de la jurisprudence de la Chambre d'accusation que les actionnaires ne seraient *jamais* admis à se constituer partie civile au sens de l'art. 25 CPP-GE.

Une analyse attentive de la pratique genevoise enseigne, bien plus, qu'il y a lieu d'opérer une double distinction dans ce contexte, (i) selon que la société a déjà été ou non déclarée en faillite, respectivement (ii) en fonction de la nature directe ou indirecte de l'atteinte invoquée par l'actionnaire qui entend se constituer partie civile dans la procédure pénale[14].

Telle est la question que nous nous proposons d'aborder dans les lignes qui suivent.

B. Lorsque la société n'a pas été déclarée en faillite

1. Dommage direct

a. Légitimation active de l'actionnaire en droit des sociétés

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque le comportement d'un organe cause un dommage direct à un actionnaire, alors que la société ne subit elle-même aucun préjudice[15], l'actionnaire lésé peut agir à titre individuel et réclamer des dommages-intérêts au responsable[16]. Le dommage peut résulter de la violation d'un devoir

---

13 Voir les références citées sous note de bas de page 5.

14 Voir également OCA/94/2007 du 16 mai 2007, consid. 3.2.

15 Certains auteurs souhaiteraient élargir la portée de cette jurisprudence aux situations où le dommage reproché à l'organe est sans rapport avec le préjudice subi par la société. Voir notamment BERNARD CORBOZ, *in* Commentaire romand, Tercier / Amstutz (édit.), Code des obligations II, Bâle 2008, art. 754 N 61; JEAN-LUC CHENAUX, La responsabilité du conseil d'administration dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, *in* Bohnet (édit.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, N 30. Voir aussi la question soulevée par PETER R. ISLER, Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen, *in* Weber / Isler (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zurich 2008, p. 97.

16 ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, SJ 2005 I, p. 385, JdT 2006 I 56; voir aussi ATF 132 III 564 consid. 3.2.1, SJ 2007 I, p. 13; arrêt 4C.48/2005 du 13 mai 2005, consid. 2.1; PETER FORSTMOSER / THOMAS SPRECHER / GIAN ANDRI TÖNDURY, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht/Personal Liability under Swiss Corporate Law, Zurich 2005,

général de l'ordre juridique, d'une *culpa in contrahendo* ou d'une norme du droit de la société anonyme protégeant l'actionnaire, même de manière non exclusive[17]. Notre Haute Cour précise que cette action est régie par les règles ordinaires de la responsabilité civile et, à condition qu'elle repose sur un fondement juridique valable, elle n'est soumise à aucune restriction particulière[18].

b. Qualité de partie civile de l'actionnaire?

Dans l'hypothèse où l'actionnaire subit un dommage direct tel que décrit ci-dessus en raison d'une atteinte à un bien juridique dont il est le titulaire, par exemple parce qu'il est amené, par un administrateur indélicat, à souscrire des actions sur la base d'un faux bilan et/ou d'une présentation mensongère de la situation financière de la société[19], l'actionnaire lésé doit pouvoir se constituer partie civile.

C'est aussi ce que semblent indiquer, à tout le moins implicitement, certaines décisions de la Chambre d'accusation[20].

2. Dommage indirect

a. Légitimation active de l'actionnaire en droit des sociétés

L'art. 756 al. 1 CO, 1ère phrase, dispose que «*pour le dommage causé à la société, la société et chaque actionnaire ont le droit d'intenter action*». Autrement dit, la société peut ouvrir action contre l'un, plusieurs ou tous ses administrateurs du chef du dommage (direct)[21]

N 191 s.; ANDREW M. GARBARSKI, Quelques développements récents à propos de l'action en responsabilité dirigée contre les organes dirigeants de sociétés anonymes, GesKR 2006, p. 209; CLAUDIA GÖTZ STAEHELIN / SIMONE STEBLER, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 2009, p. 480; PETER WIDMER / DIETER GERICKE / STEFAN WALLER, *in* Basler Kommentar, Honsell / Vogt / Watter (édit.), Obligationenrecht II, 3ème édition, Bâle 2008, art. 754 N 16; CR CO II-CORBOZ (n. 15), art. 754 N 63.

17 CHENAUX (n. 15), N 26; CR CO II-CORBOZ (n. 15), art. 754 N 63.

18 ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, SJ 2005 I, p. 385, JdT 2006 I 56; voir aussi ATF 132 III 564 consid. 3.2.1, SJ 2007 I, p. 13 et l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.48/2005 du 13 mai 2005, consid. 2.1. Voir aussi PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4ème édition, Zurich 2009, § 18 N 243 ss.

19 BÖCKLI (n. 18), § 18 N 247; CHENAUX (n. 15), N 27; DANIEL GLASL, Fall «Biber» – unmittelbarer Aktionärsschaden in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, EC 79 (2005), p. 694; MAX HALLER, Organhaftung und Versicherung, Zurich 2008, N 24; BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 754 N 24.

20 OCA/94/2007 du 16 mai 2007, consid. 3.2: «*La question de savoir si l'actionnaire d'une société anonyme* […] *peut ou non se constituer partie civile contre les organes de celle-ci dépend de la nature du dommage direct ou indirect qu'il invoque*».

21 A l'inverse des actionnaires et des créanciers sociaux, la société ne peut subir qu'un dommage direct. Parmi beaucoup d'autres, voir PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème édition, Zurich 1987, N 187 et 190, spéc. note de bas de page 382; PATRICK UMBACH / ROLF H. WEBER, Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, *in* Weber (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zurich 2003, p. 117.

qu'ils lui ont causé[22]. L'organe de révision s'expose bien entendu lui aussi à d'éventuels procès en responsabilité hors faillite[23].

Afin de favoriser l'exercice des actions en responsabilité hors faillite à raison du préjudice subi par la société[24], le législateur a également aménagé un droit d'agir en faveur des actionnaires[25], en particulier pour le cas où le conseil d'administration renonce à le faire[26], par exemple en raison d'un conflit d'intérêts[27]. *A priori*, les actionnaires disposent en effet d'un certain intérêt à ce que le patrimoine de la société et, partant, la valeur de leurs participations soient préservés[28].

La loi précise cependant, à l'art. 756 al. 1 CO, 2ème phrase, que «*les actionnaires ne peuvent agir qu'en paiement de dommages-intérêts à la société*». Le Tribunal fédéral a récemment confirmé[29], à la suite de la doctrine majoritaire[30], que l'actionnaire ne fait pas valoir un droit propre, mais bien une créance appartenant à la société. On dit de l'actionnaire qu'il agit en «*Prozessstandschaft*», c'est-à-dire sur la base d'un mandat procédural[31]. Cette situation a notamment pour conséquence que seules les exceptions opposables à la société, par exemple

---

22 BÖCKLI (n. 18), § 18 N 223 s.; BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 756 N 3.

23 DANIEL C. PFIFFNER, Revisionsstelle und Corporate Governance, Zurich 2008, N 800; voir aussi BÖCKLI (n. 18), § 18 N 237.

24 BÖCKLI (n. 18), § 18 N 226; GÖTZ STAEHELIN / STEBLER (n. 16), p. 480.

25 ATF 131 III 640 consid. 4.1, JdT 2006 I 147.

26 ROLF WATTER / ANDREW M. GARBARSKI, La répartition des frais du procès en responsabilité (art. 756 CO), GesKR 2009, p. 149 s.; HANS CASPAR VON DER CRONE / ANTONIO CARBONARA / SILVIA HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Bâle/Genève/Munich 2006, p. 64.

27 BÖCKLI (n. 18), § 18 N 225; WATTER / GARBARSKI (n. 26), p. 149 s.

28 LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, RDS 119 (2000) II, p. 172; BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 756 N 2. Sur la problématique du risque financier encouru par l'actionnaire, voir récemment WATTER / GARBARSKI (n. 26), pp. 150 ss.

29 ATF 132 III 342 consid. 4.3, JdT 2007 I 51. Voir déjà dans ce sens ATF 131 III 306 consid. 3.1.1, SJ 2005 I, p. 385, JdT 2006 I 56. Voir aussi ATF 131 III 640 consid. 4.1, JdT 2006 I 147 et WATTER / GARBARSKI (n. 26), p. 150.

30 ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Zurich/Genève/Bâle 2006, p. 74. Du même avis, notamment ROLAND BACHMANN, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs, PJA 2003, p. 501; HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zurich 2001, p. 153; BÖCKLI (n. 18), § 18 N 226 et 237; CHENAUX (n. 15), N 34; CR CO II-CORBOZ (n. 15), art. 756 N 15; VON DER CRONE / CARBONARA / HUNZIKER (n. 26), p. 64 s.; GÖTZ STAEHELIN / STEBLER (n. 16), p. 485; ERIC SIBBERN, Einfluss der Generalversammlung auf die Geschäftsführung: Delegation vs. Konsultation, *in* Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift von der Crone, Zurich 2007, p. 245; *Contra* LUKAS HANDSCHIN, Die Verantwortlichkeitsklage des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft, *in* Aargauischer Anwaltsverband (édit.), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zurich/Bâle/Genève 2005, pp. 247 et 249.

31 ATF 132 III 342 consid. 4.3, JdT 2007 I 51; BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 756 N 13.

le vote de la décharge, peuvent être invoquées contre l'actionnaire demandeur[32].

b. Qualité de partie civile de l'actionnaire?

Dans une ordonnance rendue le 20 novembre 1996 à propos d'une société qui n'était pas en état de faillite, la Chambre d'accusation, se référant expressément à l'art. 756 al. 1 CO, a admis la constitution de partie civile de plusieurs actionnaires, au motif notamment que cette disposition «[…] *prend en considération le fait qu'il faut* [leur] *donner* […] *la faculté de procéder en cas d'inaction de la direction de la société, ce qui permet de résoudre le conflit d'intérêts qui se poserait si seule la société bénéficiait de la légitimation active* […]»[33].

L'ordonnance susvisée précise toutefois que les actionnaires en question *«[...] devront agir au profit de la société, en ce sens que les conclusions qu'ils seront appelés, le cas échéant, à prendre devant l'autorité de jugement ne pourront concerner que la société, par une demande devant l'autorité de jugement portant, par exemple, sur la réserve des droits de celle-ci»*[34].

A notre connaissance, la jurisprudence ci-dessus n'a pas été précisée ou abolie depuis lors, si bien qu'il y a lieu de considérer qu'elle est toujours applicable en l'état. La portée de cette jurisprudence a d'ailleurs été rappelée par la Chambre d'accusation quelques années plus tard, dans une ordonnance du 15 septembre 2000[35], et plus récemment encore, en marge d'une ordonnance du 16 mai 2007[36].

A noter que dans l'ordonnance précitée du 15 septembre 2000, la qualité de partie civile avait cependant été niée aux actionnaires, car la société directement lésée intervenait déjà elle-même dans la procédure pénale. Il n'était donc pas nécessaire de combler, par le jeu de l'art. 756 al. 1 CO, l'inaction évoquée par la Chambre dans le cadre de l'OCA/226/96[37].

---

32 BÖCKLI (n. 18), § 18 N 228 s.; GLANZMANN (n. 28), p. 173; BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 756 N 10; WATTER / GARBARSKI (n. 26), p. 150.

33 OCA/226/96 du 20 novembre 1996, consid. 5.

34 OCA/226/96 du 20 novembre 1996, consid. 5 *in fine*.

35 OCA/251/00 du 15 septembre 2000, consid. 3.

36 OCA/94/2007 du 16 mai 2007, consid. 6.3.

37 Cf. *supra* sous note de bas de page 33. A noter cependant qu'à teneur de l'état de fait résumé dans l'OCA/226/96 du 20 novembre 1996 (lit. A, p. 2), il semblerait que la société lésée s'était en réalité elle (aussi) constituée partie civile, par la voix de son directeur général, de telle sorte que l'on ne discerne pas quelle est l'inaction qu'il eût fallu combler en autorisant les actionnaires à se prévaloir des droits procéduraux que le CPP-GE confère à une partie civile.

A notre sens, la pratique découlant des OCA/226/96 et OCA/251/00, rappelée dernièrement dans l'OCA/94/2007, ne saurait être davantage maintenue et doit être corrigée par la Chambre d'accusation, notamment pour les raisons qui suivent.

Cette pratique remonte à une période où la jurisprudence genevoise suivait encore l'approche dite «*civiliste*» du lésé, caractérisée par le fait que l'existence d'un dommage patrimonial était une condition *sine qua non* pour se constituer partie civile[38].

Or, dans la mesure où la Chambre d'accusation, dans sa jurisprudence la plus récente, s'est expressément ralliée à la conception «*pénaliste*», dans laquelle l'exigence stricte d'un préjudice s'efface devant le critère de la titularité du bien juridique directement attaqué[39], il y a lieu d'en déduire que l'actionnaire ne peut pas (plus) se constituer partie civile hors faillite, nonobstant l'art. 756 al. 1 CO.

En effet, quand bien même cette disposition permet à un actionnaire d'intenter action contre l'auteur du dommage subi par la société[40], l'actionnaire fait uniquement valoir la créance de la société, en vertu d'un mandat procédural que lui confère la loi[41]. En d'autres termes, même dans le contexte de l'art. 756 CO, c'est toujours la société, à l'exclusion de ses actionnaires, qui est titulaire du bien juridique atteint, ce critère étant désormais seul décisif pour déterminer si une personne peut ou non être admise comme partie civile dans le cadre d'une procédure pénale.

Par ailleurs, la pratique de la Chambre d'accusation résultant des OCA/226/96 et OCA/251/00 s'inscrit même en porte-à-faux avec la conception «*civiliste*» du lésé. On rappelle qu'à teneur de celle-ci, seule pouvait se constituer partie civile la personne physique ou morale ayant subi un ***dommage actuel, direct et personnel***, en rapport de causalité adéquate avec l'infraction poursuivie[42]. A cet égard, la Chambre d'accusation rappelait régulièrement, dans le prolongement de cette définition, que «*l'exigence d'un dommage direct exclut les tiers qui ne sont qu'indirectement touchés* […] *par un acte punissable* […] *notamment* […] *les actionnaires* […]»[43].

---

38 OCA/226/96 du 20 novembre 1996, consid. 4; OCA/251/00 du 15 septembre 2000, consid. 2. Voir également *supra* sous note de bas de page 11.

39 Cf. *supra* II, notamment les références citées sous note de bas de page 5.

40 Cf. *supra* III.B.2a, spécialement sous note de bas de page 24.

41 Cf. *supra* sous notes de bas de page 29 et 31.

42 OCA/226/96 du 20 novembre 1996, consid. 4; OCA/251/00 du 15 septembre 2000, consid. 2; voir aussi OCA/35/2009 du 4 février 2009, consid. 2.1; OCA/125/2007 du 20 juin 2007, consid. 2.1. Voir également *supra* sous note de bas de page 11.

43 OCA/251/00 du 15 septembre 2000, consid. 2; voir aussi OCA/235/96 du 27 septembre 1996, consid. 3.

Or, dans la mesure où l'art. 756 al. 1 CO permet à l'actionnaire uniquement de faire valoir en justice le dommage de la société, qu'il ne subit lui-même que par ricochet[44], force est de constater que l'actionnaire ne répondait pas, déjà sous l'angle de l'approche «*civiliste*», à la définition sus-rappelée de la partie civile[45]. Le fait que le droit des sociétés (art. 756 al. 1 CO) réserve à l'actionnaire un droit d'action contre l'auteur du dommage allégué, ne saurait rien y changer, contrairement à ce que retiennent, selon nous à tort, les OCA/226/96, OCA/251/00 et OCA/94/2007.

C'est d'ailleurs aussi la raison pour laquelle la jurisprudence de la Chambre d'accusation tend à nier aux actionnaires d'une société en faillite le droit de se constituer partie civile, lorsqu'ils réclament le paiement de dommages-intérêts, conformément à l'art. 757 CO, à raison du préjudice subi directement par la société[46].

Il y sera revenu plus avant (cf. *infra* III.C.2b).

C. Lorsque la société a été déclarée en faillite

1. Dommage direct

a. Légitimation active de l'actionnaire en droit des sociétés

La mise en œuvre de l'action en responsabilité dans la faillite de la société est, pour l'essentiel, réglée par l'art. 757 CO[47].

---

44 Voir la note marginale de l'art. 756 CO et le texte de son al. 1, 1ère phrase CO. Voir aussi BÖCKLI (n. 18), § 18 N 226; FORSTMOSER / SPRECHER / TÖNDURY (n. 16), N 195; GÖTZ STAEHELIN / STEBLER (n. 16), p. 480.

45 OCA/235/96 du 27 septembre 1996, consid. 3: *«[Le recourant] se plaint ici d'un dommage qu'il aurait subi en tant qu'actionnaire de cette société, soit d'un dommage indirect au sens de la jurisprudence et de la doctrine précitées. Or, celui qui n'est pas directement touché par un acte punissable ne peut pas se constituer partie civile».*

46 OCA/35/2009 du 4 février 2009, consid. 2.5; OCA/198/2006 du 8 septembre 2006, consid. 4.4: *«En cas de dommage par ricochet du créancier, la qualité de lésé appartient à la société qui se trouve directement appauvrie par le comportement de l'organe».*

47 Voir notamment la note marginale de l'art. 757 CO. L'al. 1 de cette disposition prévoit ce qui suit: *«Dans la faillite de la société lésée, les créanciers sociaux ont aussi le droit de demander le paiement à la société de dommages-intérêts. Toutefois, les droits des actionnaires et des créanciers sociaux sont exercés en premier lieu par l'administration de la faillite».*

L'al. 2 poursuit en ces termes: *«Si l'administration de la faillite renonce à exercer ces droits, tout actionnaire ou créancier social peut le faire. Le produit sert d'abord à couvrir les créances des créanciers demandeurs, conformément aux dispositions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Les actionnaires demandeurs participent à l'excédent dans la mesure de leur participation à la société; le reste tombe dans la masse».*

Enfin, selon l'art. 757 al. 3 CO, *«Est réservée la cession de créance de la société, conformément à l'art. 260 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite».*

Comme indiqué ci-dessus[48], à teneur de la jurisprudence fédérale, lorsque le comportement d'un organe de la société cause un dommage direct à un actionnaire, alors que la société ne subit elle-même aucun préjudice, l'actionnaire lésé peut en tout temps[49] agir à titre individuel et réclamer des dommages-intérêts au responsable.

Dans un décision relativement récente du 9 novembre 2004, surnommée l'arrêt «*Biber*»[50], notre Haute Cour a par ailleurs précisé[51] sa pratique antérieure, en ce sens que les restrictions posées en 1996 dans l'arrêt «*X-Corporation*»[52] pour parer au risque d'une compétition entre les actions en responsabilité exercées par l'administration de la faillite, d'une part, et par les actionnaires notamment, d'autre part, s'appliquent uniquement (i) dans la faillite de la société[53], et (ii) dans l'hypothèse où tant la société que lesdits actionnaires ont été directement lésés[54].

On rappellera que les restrictions découlant de l'arrêt «*X-Corporation*» précité, lequel a fait couler beaucoup d'encre en doctrine[55], consistaient à délimiter le dommage direct du dommage indirect non plus en

---

48 Cf. *supra* III.B.1a, spécialement notes de bas de page 16 et 18.

49 C'est-à-dire peu importe que la société ait été mise en faillite ou non. GARBARSKI (n. 30), p. 63; ATF 132 III 564 consid. 3.2.1, SJ 2007 I, p. 13; ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, SJ 2005 I, p. 385, JdT 2006 I 56; arrêts du Tribunal fédéral 4C.316/2003 du 3 mars 2004, consid. 6.1; voir également 4C.142/2004 du 4 octobre 2004, consid. 4; 4C.188/2003 du 22 octobre 2003, consid. 3.1, SJ 2004 I, p. 542.

50 ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, SJ 2005 I, p. 385, JdT 2006 I 56; confirmé notamment *in* arrêt 4A_174/2007 du 13 septembre 2007, consid. 3; 4C.48/2005 du 13 mai 2005, consid. 2.1; ATF 132 III 564 consid. 3.2.3. Voir déjà, dans le même sens, les arrêts 4C.200/2002 du 13 novembre 2002 consid. 3 (considérant non publié aux ATF 129 III 129), SJ 2003 I, p. 293; 4C.198/2000 du 28 septembre 2000, consid. 4b.

51 *Contra:* WALTER A. STOFFEL, Mündigkeit der Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit im Aktienrecht – Abschied vom direkten Gläubigerschaden, *in* Kunz / Herren / Cottier / Matteotti (édit.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift von Büren, Bâle 2009, p. 30, note 28 *in fine*.

52 ATF 122 III 176 consid. 7b et 7c, JdT 1998 II 140. Voir à ce sujet GARBARSKI (n. 30), pp. 60 ss; DANIEL GLASL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, RSDA 77 (2005), p. 168 s.; STEFAN HARTMANN, Die Unterscheidung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Gläubigerschaden im Konkurs der Aktiengesellschaft, RSDA 78 (2006), pp. 323 ss.

53 ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, SJ 2005 I, p. 385, JdT 2006 I 56; SARAH DOBLER / HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen, RSDA 77 (2005), p. 215 s.; ISLER (n. 15), p. 96; ROLF H. WEBER, Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen, *in* Weber (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zurich 2006, p. 155.

54 BÖCKLI (n. 18), § 18 N 304; HALLER (n. 19), N 261; ISLER (n. 15), p. 96.

55 GARBARSKI (n. 30), pp. 60 ss; GLASL (n. 19), p. 693 s.; ISLER (n. 15), p. 91 s.; WEBER (n. 53), pp. 153 ss; BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 757 N 19.

fonction de la masse de biens qui a été affectée par l'atteinte, mais selon le critère du fondement juridique du devoir de réparer[56].

Dans l'arrêt «*Biber*», sans le dire expressément, le Tribunal fédéral semble revenir à la conception traditionnelle du dommage[57], mais limite la légitimation active des actionnaires en ce sens que, lorsque la société en faillite est aussi lésée, un actionnaire peut agir à titre individuel contre un organe en réparation du dommage direct qu'il a subi ***seulement*** s'il peut fonder son action sur un acte illicite (art. 41 CO), une *culpa in contrahendo* ou sur une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger les actionnaires[58]. Il pourrait notamment en aller ainsi en cas de violation du devoir d'égalité de traitement (art. 717 al. 2 CO), du droit de souscription préférentiel de l'actionnaire (art. 652b CO) ou encore de son droit au paiement d'un dividende (art. 660 CO)[59].

A noter que, dans le cas d'un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, constitué par la réalisation d'une disposition pénale, il suffit que la norme violée ait pour but de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé[60].

Au vu des principes susmentionnés, il apparaît que les développements consacrés par la Chambre d'accusation, dans certaines ordonnances récentes, à la légitimation active dans la faillite d'une société, sont clairement obsolètes et devraient être rectifiés[61]. En effet, les ordonnances en question ne tiennent pas compte des précisions (importantes)

---

56 ATF 122 III 176 consid. 7b et 7c, JdT 1998 II 140; voir également les arrêts 4C.316/2003 du 3 mars 2004, consid. 6.1; 4C.188/2003 du 22 octobre 2003, consid. 3.1, SJ 2004 I, p. 542; 4C.311/2001 du 24 janvier 2002, consid. 2a; ATF 128 III 180 consid. 2c, SJ 2002 I, p. 595; ATF 127 III 374 consid. 3b, SJ 2002 I, p. 24, JdT 2001 II 39. Voir aussi les arrêts 4C.275/2000 du 24 avril 2001, consid. 2; 4C.344/1998 du 24 novembre 2000; ATF 125 III 86, SJ 1999 I, p. 305, JdT 2001 I 73.

57 BÖCKLI (n. 18), § 18 N 301a; PETER FORSTMOSER / MARCO SPADIN, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Handelsgesellschaften und Genossenschaften) und im Wertpapierrecht / Le point sur le droit des sociétés (sociétés commerciales et sociétés coopératives) et des papiers-valeurs, RSJ 101 (2005), p. 500; VON DER CRONE / CARBONARA / HUNZIKER (n. 26), p. 13; DOBLER / VON DER CRONE (n. 53), p. 214; GLASL (n. 19), p. 693 s.; HARTMANN (n. 52), p. 326; ISLER (n. 15), p. 92 s.; WEBER (n. 53), p. 154; BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 757 N 18 et N 20; *Contra* PIERRE TERCIER / WALTER A. STOFFEL, Le droit des sociétés 2004/2005, RSDA 77 (2005), p. 313.

58 ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, SJ 2005 I, p. 385, JdT 2006 I 56; voir aussi ATF 132 III 564 consid. 3.2.3, SJ 2007 I, p. 13 et l'arrêt 4C.48/2005 du 13 mai 2005, consid. 2.1.

59 BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 754 N 24; voir également CHENAUX (n. 15), N 27; GARBARSKI (n. 30), p. 65 s. et les références citées en note de bas de page 481.

60 ATF 123 III 306 consid. 4a et la jurisprudence citée; voir aussi OCA/35/2009 du 4 février 2009, consid. 2.4.

61 OCA/35/2009 du 4 février 2009, consid. 2.4; OCA/94/2007 du 16 mai 2007, consid. 3.2 et 6.2.

apportées par notre Haute Cour dans l'arrêt «*Biber*» cité ci-dessus[62] et, partant, ne reflètent pas l'état actuel de la jurisprudence du Tribunal fédéral[63].

Les ordonnances précitées suggèrent ainsi de manière erronée que la définition du dommage basée sur le critère du fondement juridique de l'obligation de réparer serait en l'état toujours applicable dans la faillite, au demeurant sans aucune restriction. Or, tel n'est manifestement plus le cas, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus.

b. Qualité de partie civile de l'actionnaire?

L'actionnaire qui, dans la faillite de la société, dispose d'un droit d'agir en responsabilité à raison de son dommage direct[64], résultant d'une atteinte à un bien juridique dont il est personnellement le titulaire, doit pouvoir se constituer partie civile dans la procédure pénale.

La situation est donc identique à celle qui prévaut en dehors de la faillite de la société[65].

2. Dommage indirect

a. Légitimation active de l'actionnaire en droit des sociétés

Dans tous les cas où l'actionnaire ne peut pas se prévaloir d'un dommage direct dans le sens défini plus haut[66], il n'est touché que par ricochet, en raison de l'atteinte subie par la société[67].

En ce qui concerne la nature juridique de l'action en responsabilité à raison du dommage encouru par la société[68], il résulte d'une pratique inaugurée par les Juges de Mon-Repos en 1991[69] — et confirmée à

---

62 Voir les références citées en note de bas de page 50.

63 Cette jurisprudence est pourtant citée par la Chambre d'accusation, quand bien même en lien avec d'autres règles. Voir, par exemple, OCA/198/2006 du 8 septembre 2006, consid. 4.4.

64 Soit parce que la société n'a pas encouru de préjudice, soit encore parce que, quand bien même la société a aussi subi un dommage, le comportement reproché à l'organe constitue un acte illicite, une *culpa in contrahendo* ou viole une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger les actionnaires.

65 Cf. *supra* III.B.1b.

66 Cf. *supra* III.C.1a.

67 ATF 131 III 306 consid. 3.1.1, SJ 2005 I, p. 385, JdT 2006 I 56; voir aussi ATF 132 III 564 consid. 3.1.2, SJ 2007 I, p. 13.

68 Voir notamment CR CO II-CORBOZ (n. 15), art. 757 N 9 ss; BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 757 N 4 ss.

69 ATF 117 II 432 consid. 1b dd) et ee), JdT 1993 I 72 et JdT 1993 II 154.

réitérées reprises ces dernières années[70], en dépit des critiques de la doctrine[71] — que la prétention que la société pouvait faire valoir contre l'organe responsable est remplacée, à l'ouverture de la faillite, par une créance de la communauté des créanciers («*einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit*»)[72].

C'est en priorité à l'administration de la faillite qu'il appartient de faire valoir ladite créance de la communauté des créanciers (art. 757 al. 1 2ème phrase CO). Si elle y renonce[73], un actionnaire peut exercer la prétention de la communauté des créanciers et réclamer la réparation du dommage subi par la société[74]. L'actionnaire ne participe toutefois

---

70 Dernièrement, voir notamment l'arrêt (destiné à la publication) 4A_463/2009 du 7 décembre 2009, consid. 2.3; arrêt 4A_478/2008 du 16 décembre 2008, consid. 4.3.2; ATF 132 III 564 consid. 3.2.2, SJ 2007 I, p. 13; arrêts 4C.281/2004 du 9 novembre 2004, consid. 2; 4C.316/2003 du 3 mars 2004 consid. 6.1; 4C.188/2003 du 22 octobre 2003, consid. 3.1, SJ 2004 I, p. 542; 4C.192/2003 du 13 octobre 2003, consid. 3.2; 4P.305/2001 du 18 mars 2002, consid. 2b; 4C.262/2000 du 15 décembre 2000, consid. 2b; voir aussi ATF 128 III 180 consid. 2c, SJ 2002 I, p. 595; ATF 127 III 374 consid. 3a, SJ 2002 I, p. 24, JdT 2001 II 39; ATF 122 III 176 consid. 7b, JdT 1998 II 140.

71 Pour un survol, BÖCKLI (n. 18), § 18 N 289 ss; GARBARSKI (n. 30), pp. 85 ss.

72 CR CO II-CORBOZ (n. 15), art. 757 N 20; FORSTMOSER / SPRECHER / TÖNDURY (n. 16), N 205; GÖTZ STAEHELIN / STEBLER (n. 16), p. 480. A noter que le Tribunal fédéral a récemment modifié sa jurisprudence antérieure (4C.262/2000 du 15 décembre 2000, consid. 2c), en ce sens que les exceptions que le responsable recherché pouvait opposer à la société avant l'ouverture de la faillite doivent également pouvoir, à certaines conditions, être opposées à la communauté des créanciers. Il en va notamment ainsi de créances que l'administrateur avait contre la société déjà avant la faillite. Voir ATF 132 III 342 consid. 4, JdT 2007 I 51; voir aussi l'arrêt (destiné à la publication) 4A_463/2009 du 7 décembre 2009, consid. 2.5; voir aussi BÖCKLI (n. 18), § 18 N 298 ss; GARBARSKI (n. 16), pp. 208 ss; STOFFEL (n. 51), p. 34. Dans un arrêt (destiné à la publication) 4A_446/2009 du 8 décembre 2009, consid. 2.5, notre Haute Cour a considéré, en application de cette pratique, qu'une clause d'arbitrage prévue par les statuts de la société ne saurait être opposée au demandeur faisant valoir la prétention de la communauté des créanciers. Le Tribunal fédéral estime, en effet, que la communauté des créanciers n'avait aucune influence sur le contenu des statuts et, par ailleurs, il ne s'agit pas d'une exception qui est née indépendamment de la volonté de la société.

73 Dans un arrêt 4C.263/2004 du 23 mai 2005 consid. 1.2 (non publié aux ATF 132 III 222), le Tribunal fédéral a confirmé qu'une cession formelle de la prétention en responsabilité n'est pas nécessaire, mais il laisse néanmoins entendre (sans trancher ce point) qu'il serait souhaitable, du point de vue de la sécurité du droit et de la coordination des prétentions (les créanciers demandeurs formant une consorité nécessaire improprement dite, arrêt précité, consid. 1.1), qu'il y ait, à tout le moins, une communication formelle émanant de l'administration de la faillite. Voir WEBER (n. 53), p. 152. Cette question a récemment encore été effleurée par notre Haute Cour, dans un arrêt 4A_446/2009 du 8 décembre 2009, consid. 2.4.

74 L'avis exprimé par le Tribunal fédéral dans l'ATF 117 II 432 consid. 1 b ee) *in fine*, JdT 1993 I 72 et JdT 1993 II 154 (voir aussi ATF 122 III 166 consid. 3a, JdT 1998 I 130) et cité par GÖTZ STAEHELIN / STEBLER (n. 16), p. 480, selon lequel il n'y aurait plus de place pour une prétention des actionnaires dans la faillite de la société, s'inscrit en porte-à-faux avec le texte légal (art. 757 al. 2 1ère phrase CO) et semble d'ailleurs avoir été abandonné dans les arrêts plus récents, ATF 127 III 374 consid. 3b, SJ 2002 I, p. 24, JdT 2001 II 39: «[…] *liegt ein mittelbarer Schaden vor, der* […] *nach der Konkurseröffnung durch die Gläubigergesamtheit, allenfalls durch den an ihrer Stelle klagenden Gläubiger oder* ***Aktionär*** *geltend zu machen ist*» (c'est nous qui mettons en évidence). Voir aussi l'arrêt 4A_174/2007 du 13 septembre 2007, consid. 3.3; ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, SJ 2005 I, p. 385; BÖCKLI (n. 18), § 18 N 348b; CHENAUX (n. 15), N 42; CR CO II-CORBOZ (n. 15), art. 757 N 25; GARBARSKI (n. 30), p. 88; ISLER (n. 15), p. 98 s.; BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 757 N 21.

au produit de son action, proportionnellement à sa participation à la société, que dans la mesure où les créanciers demandeurs ont été préalablement désintéressés (art. 757 al. 2 3ème phrase CO)[75]. Dans ces conditions, l'action en responsabilité ne présente d'intérêt pour l'actionnaire que si les créanciers renoncent à l'exercer, notamment parce qu'ils escomptent un dividende de faillite relativement élevé[76].

b. Qualité de partie civile de l'actionnaire?

Lorsque des infractions pénales ont été commises au préjudice de la société, l'actionnaire ne subit en règle générale qu'un dommage par ricochet; dans cette hypothèse, la qualité de lésé revient en première ligne à la société qui se trouve directement appauvrie par le comportement de l'organe[77].

C'est donc à la société, représentée par l'administration de la faillite, qu'il appartient de se constituer partie civile dans la procédure pénale, car la société est seule titulaire du bien juridique protégé par les dispositions pénales auxquelles il a été contrevenu[78].

A notre sens, le fait que l'actionnaire puisse éventuellement agir en dommages-intérêts sous l'angle du droit des sociétés, en exerçant l'action de la communauté des créanciers (art. 757 al. 2 CO)[79], ne saurait rien y changer. En effet, à teneur de la pratique désormais constante de la Chambre d'accusation, celui qui entend se constituer partie civile, au sens de l'art. 25 CPP-GE, doit être le titulaire du bien juridique attaqué[80]. Or, sauf à pouvoir (également) se prévaloir d'un préjudice personnel, dans la sens défini plus haut[81], l'actionnaire ne remplit pas cette condition[82] lorsqu'il exerce l'action sociale[83].

---

75 ATF 132 III 342 consid. 2.1, JdT 2007 I 51; FORSTMOSER / SPRECHER / TÖNDURY (n. 16), N 208.

76 BÖCKLI (n. 18), § 18 N 348b; ISLER (n. 15), p. 98 s.; BSK OR II-WIDMER / GERICKE / WALLER (n. 16), art. 757 N 21.

77 ATF 132 III 564 consid. 3.2.2, SJ 2007 I, p. 13. Voir également, sous l'angle de l'art. 270 al. 1 PPF (RS 312.0, disposition abrogée par la Loi sur le Tribunal fédéral), l'arrêt du Tribunal fédéral 6S.206/2000 du 14 août 2000, consid. 2b, cité notamment par MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *in* Basler Kommentar, Niggli / Wiprächtiger (édit.), Strafrecht II, 2ème édition, Bâle 2007, art. 158 N 151.

78 Dans ce sens, OCA/35/2009 du 4 février 2009, consid. 2.5.

79 Cf. *supra* III.C.2a.

80 Cf. *supra* II et les références citées.

81 Cf. *supra* III.C.1a.

82 Pour les motifs exposés ci-dessus (cf. *supra* III.B.1b *in fine*), il en irait pas différemment en vertu de l'approche «*civiliste*» du lésé, car l'actionnaire invoque précisément un dommage qu'il ne subit que par contrecoup.

83 Invité à se déterminer sur le recours dont avait à connaître la Chambre d'accusation dans l'OCA/35/2009 du 4 février 2009, le Juge d'instruction intimé semble abonder dans le même sens, précisant que «[…] *conformément à la jurisprudence de la*

Au vu des développements qui précèdent, à moins que la Chambre d'accusation ait effectivement voulu déroger à la définition susrappelée de la partie civile[84], il est regrettable que certaines de ses ordonnances récentes suggèrent que cette qualité pourrait notamment être élargie aux actionnaires et aux créanciers, au seul motif qu'ils disposent (à titre subsidiaire) de la faculté d'agir en responsabilité en vertu de la prétention de la communauté des créanciers, à raison d'atteintes subies directement par autrui (i.e. la société)[85].

Une telle différence de traitement serait d'autant plus paradoxale que la Chambre d'accusation a encore récemment nié — selon nous à bon droit — la qualité de partie civile à un cessionnaire[86]. Or, à l'inverse de l'actionnaire qui invoque la prétention de la «*Gläubigergesamtheit*», en vertu d'un mandat procédural[87], le cessionnaire est lui-même titulaire du droit matériel qu'il invoque en justice[88] et, dans la mesure où il l'a acquise à titre onéreux, cherche à récupérer une somme d'argent dont il est personnellement appauvri, quand bien même de façon subséquente.

Par ailleurs, on relèvera que la Chambre d'accusation, dans une ordonnance du 16 mai 2007[89], a admis la qualité de partie civile d'un associé gérant d'une société à responsabilité limitée[90] radiée.

Chambre d'accusation, la qualité de partie civile de la recourante ne pouvait être admise, aux côtés de la MASSE EN FAILLITE […] *que si celle-là était en mesure de se prévaloir d'un dommage personnel, indépendant de tout préjudice à la société*» (OCA/35/2009 précitée, lit. C a)). Voir aussi OCA/94/2007 du 16 mai 2007, consid. 3.2: «*La question de savoir si l'actionnaire d'une société anonyme* […] *peut ou non se constituer partie civile contre les organes de celle-ci dépend de la nature du dommage direct ou indirect qu'il invoque*».

84 Si tel est le cas, la sécurité du droit commande que la Chambre d'accusation l'indique expressément et de façon motivée à l'occasion d'une prochaine ordonnance.

85 OCA/198/2006 du 8 septembre 2006, consid. 4.5*: «En l'occurrence, il ne fait aucun doute que le préjudice invoqué par X du fait des commissions impayées constitue un dommage indirect.* [La recourante] *n'allègue toutefois pas que l'administration de la faillite aurait renoncé à exercer l'action sociale, ni qu'elle-même aurait obtenu la cession des droits de la masse en application de l'art. 260 LP. Elle* ***ne rend ainsi pas vraisemblable qu'elle serait au bénéfice d'un droit d'action en responsabilité résultant de l'art. 757 CO****. Dans ces conditions, les exigences de l'art. 25 CPP n'apparaissent pas réunies sous cet angle-ci non plus»* (c'est nous qui mettons en évidence).

86 OCA/198/2006 du 8 septembre 2006, consid. 4.1 et 4.2.

87 Arrêts (destinés à la publication) 4A_446/2009 du 8 décembre 2009, consid. 2.4 et 4A_463/2009 du 7 décembre 2009, consid. 2.3; ATF 132 III 342 consid. 2.2, JdT 2007 I 51.

88 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.263/2004 du 23 mai 2005 consid. 1.1 (non publié aux ATF 132 III 222); DANIEL GIRISBERG, *in* Basler Kommentar, Honsell / Vogt / Wiegand (édit.), Obligationenrecht I, 4ème édition, Bâle 2007, art. 164 N 4; THOMAS PROBST, *in* Commentaire romand, Thévenoz / Werro (édit.), Code des obligations I, Genève/ Bâle/Munich 2003, art. 164 N 11.

89 OCA/94/2007 du 16 mai 2007, consid. 6.4.

90 Etant précisé qu'à teneur de l'art. 827 CO, les dispositions du droit de la société anonyme en matière de responsabilité (art. 754 ss CO) s'appliquent par analogie à la société à responsabilité limitée.

La Chambre a exposé à l'appui de ses considérants que, compte tenu du fait que la société «[…] *n'est plus en mesure d'agir, puisqu'elle a été radiée* […], *il convient d'admettre que* [l'associé gérant][91] *est dès lors susceptible de disposer d'un droit d'action direct en réparation du préjudice subi, de sorte qu'il paraît, sous l'angle de la vraisemblance et en l'état de la procédure, remplir les exigences prescrites à l'art. 12 CPP*»[92].

A notre avis, l'analyse livrée par la Chambre d'accusation dans l'ordonnance ci-dessus est erronée, car le seul fait qu'une société soit radiée ne saurait convertir le préjudice direct subi par celle-ci en dommage direct de l'associé, respectivement de l'actionnaire dans le contexte d'une société anonyme. La radiation de la société ne créé pas davantage un quelconque droit d'action directe en faveur de l'associé ou de l'actionnaire.

Bien au contraire, il découle de la jurisprudence du Tribunal fédéral que celui qui rend vraisemblable l'existence de prétentions en dommages-intérêts fondées sur les art. 754 ss CO, à raison du dommage subi par la société[93], a la possibilité de requérir la réinscription d'une société radiée du registre du commerce après clôture de la faillite[94]. Le but de la réinscription est, en effet, de permettre à un créancier, respectivement à un actionnaire, d'obtenir la cession de la prétention en dommages-intérêts que la communauté des créanciers aurait pu faire valoir contre l'organe à raison du préjudice causé à la société[95].

Autrement dit, contrairement à ce que la Chambre d'accusation semble indiquer dans l'OCA/94/2007, l'associé gérant de la société à responsabilité limitée radiée aurait dû (et pu) préalablement requérir la réinscription de cette dernière aux fins d'exercer l'action sociale conformément aux art. 827 *cum* 757 CO. Par ailleurs, en ce qui concerne plus particulièrement la qualité de partie civile de l'associé précité, celle-ci aurait de toute façon dû lui être niée, pour les motifs exposés ci-dessus, à moins que l'intéressé n'ait subi un dommage direct (ce qui ne ressort pas clairement de l'ordonnance susmentionnée)[96].

---

91 Lequel peut être assimilé à un actionnaire pour les besoins de notre examen.

92 OCA/94/2007 du 16 mai 2007, consid. 6.4.

93 Selon notre Haute Cour, dans l'hypothèse où l'actionnaire ou le créancier a été lésé directement, il dispose d'une action contre l'organe en question qu'il peut faire valoir indépendamment de la dissolution de la société et n'aurait de ce fait aucun intérêt à obtenir la réinscription de cette dernière (ATF 132 III 731 consid. 3.3, SJ 2007 I, p. 68).

94 ATF 132 III 731 consid. 3.2 et 3.3, SJ 2007 I, p. 68 et les références citées. Voir notamment les art. 938b CO et 164 ORC (Ordonnance sur le registre du commerce, RS 221.411).

95 ATF 132 III 731 consid. 3.3, SJ 2007 I, p. 68.

96 Auquel cas la réinscription de la société n'aurait présenté aucun intérêt pour lui, comme exposé ci-dessus en note de bas de page 93.

IV. SYNTHÈSE ET PERSPECTIVES D'AVENIR

La pratique de la Chambre d'accusation en matière de constitution de partie civile de l'actionnaire est directement calquée sur les règles de mise en œuvre des actions en responsabilité du droit des sociétés. Or, comme exposé dans la présente contribution, certaines ordonnances récentes de la Chambre ne sont pas conformes à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral dans ce domaine[97].

Par ailleurs, la jurisprudence de la Chambre d'accusation (OCA/225/96) qui admet la constitution de partie civile de l'actionnaire en cours de vie sociale, quand bien même seule la société a été directement atteinte, doit, à notre sens, être rectifiée.

Cette jurisprudence s'inscrit en porte-à-faux avec la définition de la partie civile (laquelle est fondée sur le critère de la titularité du bien juridique directement atteint). En effet, dans la configuration de l'art. 756 CO, l'actionnaire n'agit qu'en vertu d'un mandat procédural et fait valoir une créance en dommages-intérêts qui, matériellement, appartient à la société[98].

Les considérations ci-dessus s'appliquent *mutatis mutandis* aux décisions de la Chambre d'accusation qui, sans le dire expressément, semblent également vouloir élargir la qualité de partie civile aux actionnaires agissant, dans la faillite de la société, à raison du préjudice subi par cette dernière (art. 757 al. 2 CO)[99].

On relèvera enfin que la présente analyse de la constitution de partie civile de l'actionnaire devrait rester pertinente même après l'entrée en vigueur du CPP, prévue pour le 1er janvier 2011[100].

En effet, l'art. 115 al. 1 CPP dispose qu'«*on entend par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction*». L'al. 2 apporte une précision, en statuant que «*sont toujours considérées comme des lésés les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale*» conformément à l'art. 30 al. 1 CP; selon le Message du Conseil fédéral, est donc visé ici le titulaire du bien juridique auquel on a porté atteinte[101].

---

97 Cf. *supra* III.C.1a.

98 Pour le tout, cf. *supra* III.B.2b.

99 Cf. *supra* III.C.2b.

100 Cf. *supra* sous note de bas de page 7.

101 Message, FF 2006, ch. 2.3.3.1, p. 1148.

Quand bien même l'articulation entre les deux alinéas de l'art. 115 CPP — lequel n'a pas donné lieu à la moindre discussion lors des débats au Parlement — n'est pas limpide à première vue[102] et devra sans doute être précisée par la doctrine et la jurisprudence[103], on comprend néanmoins du Message du Conseil fédéral que la condition d'une atteinte *directe* restera de rigueur sous l'empire de la procédure unifiée[104].

Autrement dit, il y a lieu de partir du principe que, dans tous les cas où l'actionnaire se prévaut seulement d'une atteinte subie par ricochet, découlant d'un dommage causé en première ligne à la société, il n'est pas un lésé dans le sens où l'entend le CPP.

A noter enfin que le lésé, tel que défini à l'art. 115 CPP, dispose de la faculté de se constituer «*partie plaignante*» (art. 118 CPP)[105] et, en cette qualité, il peut notamment faire valoir des conclusions civiles déduites de l'infraction, par adhésion à la procédure pénale (art. 122 ss CPP)[106].

---

102 En effet, la distinction — à supposer qu'il en existe une — entre une «*personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction*» (al. 1), d'une part, et le titulaire du bien juridique atteint (al. 2), d'autre part, apparaît pour le moins ténue et difficile à opérer. Il faut ajouter à cela qu'à teneur du Message du Conseil fédéral, l'art. 115 al. 1 CPP s'inspire directement de l'art. 30 CP, lequel est à son tour étroitement lié au critère de la titularité du bien juridique atteint (art. 115 al. 2 CPP), comme en atteste la jurisprudence du Tribunal fédéral citée plus haut (cf. *supra* sous note de bas de page 4). Voir aussi KATHARINA GRAF, *in* Albertini / Fehr / Voser (édit.), Enquêtes de police, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 183, laquelle parle de «*personne qui a été touchée directement dans ses intérêts juridiquement protégés*» à l'art. 115 al. 1 CPP.

103 Le Message relève d'ailleurs expressément que *«le Conseil fédéral renonce à régler* [à l'art. 115 CPP] *des questions prêtant à doute auxquelles donne lieu la notion de lésé. En effet, il estime qu'il faut continuer de laisser à la jurisprudence et à la doctrine le soin de définir, dans les détails, la qualité de lésé»* (FF 2006, ch. 2.3.3.1, p. 1148).

104 Message, FF 2006, ch. 2.3.3.1, p. 1148. Voir aussi GRAF (n. 102), pp. 183 et 192; HANSPETER KIENER, *in* Goldschmid / Maurer / Sollberger (édit.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Berne 2008, p. 93; MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, Bâle 2009, p. 94.

105 PIETH (n. 104), p. 94.

106 Voir le Message, ch. 2.3.3.3, p. 1150; voir aussi GRAF (n. 102), p. 197; NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, Zurich/St-Gall 2009, art. 115 N 6.

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION 47

II. DÉFINITION DE LA PARTIE CIVILE 48

III. CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE DE L'ACTIONNAIRE 50
A. Généralités 50
B. Lorsque la société n'a pas été déclarée en faillite 50
1. Dommage direct 50
a. Légitimation active de l'actionnaire en droit des sociétés 50
b. Qualité de partie civile de l'actionnaire? 51
2. Dommage indirect 51
a. Légitimation active de l'actionnaire en droit des sociétés 51
b. Qualité de partie civile de l'actionnaire? 53
C. Lorsque la société a été déclarée en faillite 55
1. Dommage direct 55
a. Légitimation active de l'actionnaire en droit des sociétés 55
b. Qualité de partie civile de l'actionnaire? 58
2. Dommage indirect 58
a. Légitimation active de l'actionnaire en droit des sociétés 58
b. Qualité de partie civile de l'actionnaire? 60

IV. SYNTHÈSE ET PERSPECTIVES D'AVENIR 63

———