

Andrew M. Garbarski*

Qualité de partie plaignante du créancier cessionnaire des droits de la masse (art. 260 LP)

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_236/2014 du 1^{er} septembre 2014 (destiné à la publication au Recueil officiel des ATF)

Table des matières

- I. Etat de fait
- II. Considérants
 - 1. Question traitée par le Tribunal fédéral
 - 2. Analyse de la qualité de lésé pour chaque infraction poursuivie
 - 3. Traitement particulier du créancier cessionnaire des droits de la masse?
- III. Commentaire
 - 1. Clarification d'une question controversée
 - 2. Quid si la société lésée est radiée?
 - 3. Cautèle à l'exercice des droits procéduraux en cas de pluralité d'infractions
- IV. Résumé et portée pratique

I. Etat de fait

A. est poursuivi pour avoir transféré indûment, en sa faveur et celle de tiers, des valeurs patrimoniales de plus de Frs. 4 millions appartenant à la société B. AG. Dans ce contexte, A. aurait notamment certifié plusieurs documents (contrat d'achat, factures) et comptabilisé ceux-ci d'une manière contraire à la réalité. En outre, il est reproché à A. d'avoir fait un usage indû de deux prêts de plus de Frs. 160'000 chacun qui avaient été accordés à B. AG par la fondation de prévoyance, en vue de la mise en œuvre d'un plan social.

Dans le cadre de la procédure de faillite de B. AG, plusieurs créanciers, à savoir la fondation X., la caisse de chômage du canton de Zoug et Y. GmbH, se sont fait céder les droits de la masse au sens de l'art. 260 LP¹ contre A. Ils ont, par ailleurs, déposé plainte pénale contre lui en octobre 2006.

Le Tribunal pénal (*Strafgericht*) de Zoug a reconnu A. coupable de multiples actes de gestion déloyale et faux dans les titres et l'a condamné à une peine privative de liberté de 14 mois avec sursis, ainsi qu'au paiement d'une amende de Frs. 6'000 et de dommages-intérêts de Frs. 500'000 en faveur de l'Etat. En revanche, A. a été acquitté des autres chefs d'accusation, notamment d'autres actes de gestion

déloyale et de faux dans les titres, ainsi que des griefs d'abus de confiance, banqueroute frauduleuse, diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et gestion fautive. Le Tribunal pénal de Zoug n'est, par ailleurs, pas entré en matière sur les prétentions civiles émises par les créanciers cessionnaires.

A., de même que les créanciers cessionnaires ont interjeté recours contre le jugement de première instance auprès du Tribunal cantonal (*Obergericht*) de Zoug. A l'appui de leur recours, les créanciers cessionnaires ont, en particulier, contesté les acquittements prononcés par l'autorité de première instance et notamment requis la condamnation de A. du chef de toutes les infractions pour lesquelles il avait été renvoyé en jugement. Ils ont également conclu à l'admission de leurs prétentions civiles. Le Tribunal cantonal a toutefois refusé d'entrer en matière sur le recours des créanciers cessionnaires, en tant que celui-ci était dirigé contre l'acquiescement de A. des chefs d'abus de confiance, gestion déloyale et faux dans les titres.

Les créanciers cessionnaires ont déposé un recours en matière pénale au Tribunal fédéral contre la décision de l'instance précédente qui leur dénie la qualité pour recourir. Ils concluent notamment à ce que le Tribunal cantonal de Zoug soit invité à entrer en matière sur l'intégralité de leur recours.

II. Considérants

1. Question traitée par le Tribunal fédéral

La principale question dont le Tribunal fédéral a eu à connaître dans le cadre de cette affaire concerne la légitimation active (qualité pour recourir) des créanciers cessionnaires, lesquels invoquent une violation de l'art. 115 CPP².

D'après les recourants, l'instance précédente aurait dû admettre leur qualité pour recourir à la lumière de *toutes* les infractions reprochées à A. (cf. *infra* II.2). Ils se fondent, par ailleurs, sur leur *statut particulier* de créanciers ces-

* Avocat, docteur en droit, Bär & Karrer, Genève.

¹ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1).

² Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0).

sionnaires des droits de la masse (art. 260 LP), dont découlerait plus généralement, selon eux, le droit de participer à la procédure pénale pour y exercer de manière adhésive les prétentions civiles qui leur ont été cédées par la masse en faillite (cf. *infra* II.3).

2. Analyse de la qualité de lésé pour chaque infraction poursuivie

Le Tribunal fédéral rappelle, en premier lieu, le principe selon lequel toute partie qui dispose d'un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification d'une décision revêt la qualité pour recourir aux termes de l'art. 382 al. 1 CPP. Au rang des parties figure la partie plaignante (art. 104 al. 1 lit. b CPP); cette notion vise le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure comme demandeur au pénal ou au civil (art. 118 al. 1 CPP). L'art. 115 al. 1 CPP définit le «lésé» comme la personne dont les droits ont été directement touchés par une infraction. Est visé le *titulaire du bien juridique* protégé (ou co-protégé) par la disposition pénale violée. Le Tribunal fédéral rappelle également que, lorsque l'infraction considérée ne protège pas en première ligne des intérêts individuels, une personne peut néanmoins être considérée comme lésée si ses intérêts privés ont été effectivement touchés, de sorte que l'atteinte subie apparaît comme la conséquence directe des actes dénoncés³.

En présence d'*infractions contre le patrimoine*, c'est le titulaire du patrimoine atteint qui est considéré comme lésé au sens des dispositions susmentionnées. Lorsqu'une infraction est commise au détriment d'une société anonyme, ni ses actionnaires ni ses créanciers ne sont donc lésés directement⁴. Le Tribunal fédéral en déduit, dans le cas d'espèce, que les recourants ne sauraient être qualifiés de lésés, au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, sous l'angle des infractions d'abus de confiance et de gestion déloyale qu'il est reproché à A. d'avoir commis au préjudice de B. AG.

En ce qui concerne les *infractions dans la faillite* (art. 163 ss CP⁵), le bien juridique protégé est le patrimoine des créanciers du failli. Par conséquent, comme retenu à juste titre par l'instance précédente, le Tribunal fédéral confirme que les recourants revêtent la qualité de lésé aux termes de l'art. 115 al. 1 CPP en lien avec les infractions de banqueroute frauduleuse, diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et gestion fautive⁶.

S'agissant, enfin, du *faux dans les titres*, notre Haute Cour souligne que cette infraction protège en première ligne un bien juridique collectif, notamment la confiance particulière accordée aux titres dans la vie des affaires. Il se peut toutefois aussi que des intérêts privés soient lésés direc-

tement, notamment si l'acte a été commis dans le but de désavantager une personne déterminée⁷. Dans la mesure où, dans le cas d'espèce, le faux dans les titres reproché à A. avait été commis au détriment de la société B. AG, les créanciers cessionnaires ne pouvaient pas prétendre au statut de lésé sous l'angle de cette infraction⁸.

3. Traitement particulier du créancier cessionnaire des droits de la masse?

A l'appui de leur recours, les recourants revendiquent également le droit de participer à la procédure pénale, en leur qualité de créanciers cessionnaires des droits de la masse (art. 260 LP), afin de pouvoir y exercer, de manière adhésive, les prétentions qui leur ont été cédées contre les anciens organes de la société B. AG.

Les recourants estiment que l'opinion contraire, soutenue par l'instance précédente en se fondant sur Mazzucchelli/Postizzi⁹, ne serait pas majoritaire. Par ailleurs et surtout, les recourants invoquent une décision rendue le 5 août 2004 par le Tribunal de cassation (*Kassationsgericht*) de Zurich, sous l'empire de l'ancienne procédure pénale zurichoise. Il découle, en substance, de cette jurisprudence que le créancier cessionnaire selon l'art. 260 LP serait légitimé à exercer l'action civile adhésive à la procédure pénale, pour y faire valoir des dommages-intérêts découlant des infractions commises au détriment du failli. Le principal motif avancé est que le créancier cessionnaire entretiendrait une *relation particulière* avec la prétention (originale) du lésé. Certes, la masse en faillite reste titulaire de ladite prétention, mais sa mise en œuvre (cas échéant judiciaire) est transférée au créancier cessionnaire et la masse ne peut plus en disposer, jusqu'à une éventuelle révocation de la cession¹⁰. Selon le Tribunal de cassation de Zurich, le créancier cessionnaire serait donc placé dans une situation comparable à celle des héritiers du lésé ou de l'assurance subrogée aux droits de ce dernier (art. 72 LCA¹¹), dont la légitimation à exercer l'action civile par adhésion à la procédure pénale serait également donnée, au vu des liens particuliers qu'ils entretiennent avec le lésé, respectivement ses prétentions en dommages-intérêts¹².

Le Tribunal fédéral rejette les arguments des recourants. Notre Haute Cour rappelle en premier lieu que, quand bien même le créancier cessionnaire au sens de l'art. 260 LP agit dans la procédure judiciaire en son propre nom, pour son propre compte et à ses propres risques, il n'acquiert pas la titularité de la prétention cédée. Celle-ci reste auprès de la masse et le créancier cessionnaire ne fait qu'exercer ladite prétention en justice, à la place de la masse, sur la base

³ Pour le tout, TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.2.

⁴ TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.3.1, avec référence notamment à un arrêt TF 6B_680/2013 du 6.11.2013, consid. 3. Voir aussi TF 1B_191/2014 du 14.8.2014, consid. 3.1.

⁵ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

⁶ TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.3.2. Voir aussi BSK Strafrecht II-HAGENSTEIN, Art. 169 N 90 s.

⁷ TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.3.3.

⁸ TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.3.3.

⁹ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 26.

¹⁰ ZR 104 (2005), N. 6, 14 ss, notamment 17 (consid. 4a) et 19 s. (consid. 4c/cc).

¹¹ Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1).

¹² TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.4.3.

d'une forme de mandat procédural (*Prozessstandschaft*)¹³. Partant, si des infractions pénales ont été commises au détriment du débiteur avant l'ouverture de la faillite, il reste le lésé et la cession selon l'art. 260 LP *n'a pas pour effet de transférer cette qualité* au créancier cessionnaire. Si le failli est représenté dans la procédure pénale par l'administration de la faillite, il incombe à cette dernière d'exercer, au nom dudit failli, tous les droits qui découlent de son statut de lésé au sens de l'art. 115 al. 1 CPP¹⁴.

Dans le prolongement de ce qui précède, le Tribunal fédéral relève que les créanciers cessionnaires ne peuvent rien tirer non plus de l'art. 121 CPP. Pour rappel, cette disposition traite de la transmission de certains droits procéduraux à des personnes qui, sans être elles-mêmes lésées aux termes de l'art. 115 al. 1 CPP, ont acquis, par l'effet de la loi (décès, subrogation légale de l'assureur, etc.), des prétentions contre la personne poursuivie en lien avec l'infraction¹⁵. Selon les Juges de Mon Repos, la cession de l'art. 260 LP n'emporte pas le transfert, que ce soit par l'effet de la loi ou d'un acte juridique, de la titularité de la prétention de la masse au créancier cessionnaire. Une application de l'art. 121 CPP, même par analogie, ne serait donc pas possible¹⁶. En outre, le Tribunal fédéral ne partage pas l'avis du Tribunal de cassation de Zurich, déjà évoqué plus haut, selon lequel le créancier cessionnaire entretiendrait un lien particulier avec la prétention du lésé, au seul motif qu'il serait autorisé à la recouvrer. Cette interprétation n'est, selon le Tribunal fédéral, pas compatible avec le texte de l'art. 115 al. 1 CPP, lequel exige expressément que la personne lésée ait été touchée *directement* dans ses droits¹⁷.

III. Commentaire

1. Clarification d'une question controversée

La question de savoir si les créanciers cessionnaires des droits de la masse peuvent se constituer partie plaignante, dans une procédure pénale, est plus controversée qu'il n'y paraît à la lecture de l'arrêt 6B_236/2014.

Certains auteurs soutiennent, en effet, que c'est l'administration de la faillite, en tant que représentante de la masse (cf. art. 240 LP), qui devrait être admise comme partie à la procédure pénale¹⁸. Dans la jurisprudence cantonale, rendue notamment à Genève avant l'entrée en vigueur

du CPP, on trouve également certaines décisions qui abondent dans le même sens¹⁹. A l'instar du Tribunal de cassation de Zurich (cf. *supra* II.3), d'autres auteurs considèrent, en revanche, que cette faculté devait être reconnue personnellement aux créanciers cessionnaires des droits de la masse²⁰. D'ailleurs, même le Tribunal fédéral a indiqué, dans un arrêt du 19 juillet 2011 rendu dans une affaire soumise à l'ancienne procédure pénale tessinoise, que la décision attribuant la qualité de «partie civile», à un créancier individuel, ne lui paraissait pas arbitraire²¹.

C'est dire que l'arrêt 6B_236/2014 du 1^{er} septembre 2014 présente un intérêt pratique indéniable, puisqu'il *lève une incertitude récurrente* entourant la problématique de la qualité pour agir au pénal des créanciers cessionnaires des droits de la masse. Il est désormais établi, à teneur de cette nouvelle jurisprudence, qu'une société touchée par une infraction pénale et déclarée en faillite conserve le statut de lésé, au sens de l'art. 115 al. 1 CPP²². A ce titre et sous réserve de la nuance qui suit, la société peut notamment intervenir, respectivement demeurer partie à la procédure pénale, pour y faire valoir ses droits, en particulier si elle s'est constituée partie plaignante (art. 118 CPP)²³.

Sur ce dernier point, la terminologie utilisée par notre Haute Cour dans l'arrêt 6B_236/2014 laisse à penser que c'est le débiteur failli (*Gemeinschuldner*) qui serait, formellement, partie à la procédure pénale²⁴. A notre avis, c'est plus exactement à la *masse en faillite (Konkursmasse)* qu'il eût fallu faire référence, étant donné que c'est au travers d'elle que sont menés les procès et exercés les droits du failli, dont il perd le pouvoir de disposition à l'ouverture de la faillite²⁵ (art. 197 et 204 LP). A noter, par ailleurs,

mann/Wohlers (édit.), *Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution*, Zurich 2011, 176 s.

¹⁹ Voir Ordonnance de la Chambre d'accusation de Genève n° 205/2006 du 20.9.2006.

²⁰ LORENZ DROESE, *Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen*, Zurich 2008, 28 s. Voir également BSK *Strafrecht II*²-BRUNNER, Art. 163 N 37 s.

²¹ TF 6B_197/2011 du 19.7.2011, consid. 5.2.

²² Voir aussi déjà TF 1B_191/2014 du 14.8.2014, consid. 3.1. Voir également BSK *StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI*, Art. 115 N 33.

²³ TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.4.4. On relèvera incidemment qu'à la lumière de ce dernier élément, l'arrêt 6B_557/2010 rendu par le Tribunal fédéral le 9.3.2011 apparaît *trop restrictif*, puisqu'il y est indiqué que l'administration de la faillite serait tout au plus légitimée à faire valoir des prétentions civiles adhésives dans la procédure pénale, en vertu de l'art. 121 al. 2 CPP. Le consid. 7.3 *in fine* dispose, en effet, ce qui suit: «Die schweizerische Konkursmasse und Konkursverwaltung sind insofern nicht legitimiert. Diese sind, wie die Vorinstanz zu Recht erkennt, lediglich zur Geltendmachung von Adhäsionsansprüchen berechtigt [...]». Dem entspricht die neue Regelung von Art. 121 Abs. 2 der schweizerischen StPO [...]. C'est aussi dans ce sens que NIKLAUS SCHMID (*Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2^{ème} édition, Zurich/St. Gall 2013, N 684, note de bas de page 88) semble avoir compris cet arrêt.

²⁴ Consid. 3.4.4: «Vertritt die Konkursverwaltung den Gemeinschuldner im Strafprozess, dann handelt sie in dessen Namen [...]».

²⁵ Voir TF 6B_557/2010 du 9.3.2011, consid. 6.3.2: «Der Konkursmasse kommt im Rahmen des für die Liquidation gebildeten Sondervermögens Parteifähigkeit zu. Partei im Prozess ist somit nicht der Gemeinschuldner, dem die Verfügungsbefugnis über die Konkursmasse

¹³ TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.4.4.

¹⁴ Voir déjà en ce sens, ANDREW M. GARBARSKI, *La constitution de partie civile de l'actionnaire en procédure pénale: analyse critique de la jurisprudence de la Chambre d'accusation*, SJ 2010 II, 60.

¹⁵ Sur cette question, voir ANDREW M. GARBARSKI, *Qualité de partie plaignante et criminalité économique: quelques questions d'actualité*, RPS 130 (2012), 168 s.

¹⁶ BSK *StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI*, Art. 121 N 5; voir aussi GARBARSKI (n. 15), 184 et les références citées.

¹⁷ TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.4.5.

¹⁸ BSK *Strafrecht II*²-BRUNNER, Art. 163 N 37 s.; voir aussi BARBARA LIPS, *Möglichkeiten und Grenzen einer Zusammenarbeit von Konkursverwaltung, Staatsanwaltschaft und Gerichte*, in *Acker-*

que la masse agit en principe en justice *par l'intermédiaire de l'administration de la faillite*²⁶, laquelle est décrite dans la pratique tantôt comme le «représentant légal du failli»²⁷, tantôt comme l'«organe officiel de la masse des créanciers»²⁸.

Quant aux créanciers cessionnaires des droits de la masse (art. 260 LP), ils n'ont pas vocation à intervenir dans la procédure pénale concernant des infractions commises au détriment de la société faillie. Ils sont renvoyés à agir devant le juge civil²⁹, ce qui ne va pas sans soulever certaines interrogations sur le plan pratique notamment (cf. *infra* IV). Est évidemment réservée la situation où un créancier cessionnaire a été directement et personnellement touché par une infraction visée aux art. 163 ss CP³⁰. Mais, dans cette hypothèse, le détour de la cession au sens de l'art. 260 LP serait de toute manière superflu, puisque le créancier concerné peut se constituer partie plaignante directement³¹.

2. Quid si la société lésée est radiée?

Le Tribunal fédéral rappelle, dans l'arrêt 6B_236/2014³², qu'une personne morale ne perd la personnalité juridique et donc ne cesse d'exister qu'avec sa radiation du registre du commerce. D'ici là, une société en faillite peut rester partie, respectivement intervenir comme partie plaignante à la procédure pénale (cf. *supra* III.1).

L'arrêt précité ne dit pas ce qu'il advient si une société lésée est radiée prématurément, avant la fin de la procédure pénale. Une transmission des droits aux termes de l'art. 121 CPP ne paraît pas envisageable dans un tel cas de figure³³. En revanche, toute personne disposant d'un intérêt digne de protection devrait pouvoir requérir la *réinscription* de ladite société, conformément à l'art. 164 al. 1 ORC³⁴, notamment s'il est rendu vraisemblable qu'il existe des actifs

non encore réalisés ou distribués (lit. a) ou que la société radiée est partie à une procédure judiciaire (lit. b)³⁵.

Ainsi, lorsqu'une société, avant sa radiation, s'était déjà constituée partie plaignante dans le but de faire valoir dans la procédure pénale des conclusions civiles déduites de l'infraction (cf. art. 119 al. 2 lit. b CPP), il nous apparaît notamment qu'un créancier admis à l'état de collocation pourrait disposer d'un intérêt digne de protection à requérir la réinscription de la société au registre du commerce³⁶. Une telle requête serait motivée par le fait que si des dommages-intérêts venaient à être payés à la société faillie, respectivement à la masse (art. 197 LP) dans le contexte de ladite procédure pénale, cela pourrait conduire à une hausse du dividende de faillite distribuable aux créanciers (art. 264 LP).

3. Cautèle à l'exercice des droits procéduraux en cas de pluralité d'infractions

L'instance précédente avait admis la qualité pour recourir des créanciers cessionnaires uniquement pour une partie des infractions reprochées à A. (en l'occurrence les infractions commises dans la faillite), au motif qu'ils n'étaient lésés au sens de l'art. 115 al. 1 CPP ni par les infractions contre le patrimoine, ni par le faux dans les titres (cf. *supra* I).

Dans son arrêt du 1^{er} septembre 2014, notre Haute Cour confirme qu'une telle façon de procéder, consistant à analyser *individuellement* pour chaque infraction poursuivie si les conditions de l'art. 115 al. 1 CPP sont bien remplies, est conforme au droit fédéral³⁷.

Ainsi, dans l'hypothèse où la procédure porte sur plusieurs infractions, le fait d'être admis comme partie plaignante n'emporte pas un droit automatique à exercer les prérogatives qui découlent de ce statut pour l'ensemble des infractions visées. Encore faut-il se demander si la partie plaignante qui invoque un droit procédural (par exemple, celui de recourir, art. 382 CPP) en lien avec une ou plusieurs de ces infractions dispose d'un intérêt juridique à son exercice, ce qui suppose, en particulier, qu'elle puisse faire état de sa qualité de lésé (art. 115 al. 1 CPP) sous l'angle de chacune des infractions considérées séparément.

IV. Résumé et portée pratique

Comme déjà évoqué ci-dessus (cf. *supra* III.1), l'arrêt 6B_236/2014 marque la *fin d'une longue période d'incertitude* s'agissant du point de savoir si et à quelles conditions, un créancier cessionnaire des droits de la masse (art. 260

entzogen ist, sondern die Konkursmasse selbst» (c'est nous qui mettons en évidence); voir également TF 4A_87/2013 du 22.1.2014, consid. 1.3.2; CR LP-JEANDIN/FISCHER, art. 240 N 9 et 10.

²⁶ TF 6B_557/2010 du 9.3.2011, consid. 6.3.2; voir aussi TPF BB.2011.84 du 5.3.2013, consid. 1.3.3; BSK SchKG II-RUSSENBERGER, Art. 240 N 10. A noter que l'administration de la faillite est liée par d'éventuelles décisions ou instructions de l'assemblée des créanciers.

²⁷ CR LP-JEANDIN/FISCHER, art. 240 N 1 et 9.

²⁸ Les avis ne sont pas unanimes en ce qui concerne la position juridique qu'occupe l'administration de la faillite. Voir notamment TF 6B_557/2010 du 9.3.2011, consid. 6.3.2 et les références citées. Voir aussi TF 4A_87/2013 du 22.1.2014, consid. 1.3.

²⁹ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 26.

³⁰ TF 6B_236/2014 du 01.9.2014, consid. 3.3.2.

³¹ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 26 et 60; GARBARSKI (n. 15), 184. PETER HERREN, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB, Zurich 2006, 154, laisse entendre que la masse en faillite pourrait également être lésée par les infractions commises dans la faillite. Selon nous, cette opinion méconnaît le fait que ce sont les créanciers individuels qui sont titulaires du bien juridique protégé par ces infractions.

³² TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.4.4. Voir aussi TF 4A_87/2013 du 22.1.2014, consid. 1.3.2.

³³ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 33.

³⁴ Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (RS 221.411).

³⁵ BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Art. 115 N 33.

³⁶ Ainsi que l'a jugé le Tribunal fédéral (ATF 132 III 732, consid. 3.2 et 3.3, SJ 2007 I 68), l'intérêt à obtenir la réinscription de la société fait défaut lorsque l'actionnaire ou le créancier social a été directement touché par l'acte illicite d'un organe. Voir aussi GARBARSKI (n. 14), 62.

³⁷ TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.5.

LP) est légitimé à participer ès qualité à une procédure pénale ayant pour objet des infractions commises au détriment de la société en faillite.

Le Tribunal fédéral a clairement répondu par la négative à cette question, considérant qu'un créancier cessionnaire n'est pas lésé aux termes de l'art. 115 al. 1 CPP dans une telle hypothèse et donc n'a pas vocation à se constituer partie plaignante (art. 118 CPP). Le fait que la société soit en faillite n'y change rien. Jusqu'à sa radiation du registre du commerce, elle conserve le statut de lésé³⁸ et peut agir dans la procédure pénale, au travers de la masse, elle-même représentée par l'administration de la faillite. Ce n'est que si le créancier se plaint de la commission d'une infraction qui protège un bien juridique dont il est *personnellement titulaire* (cf. par exemple, art. 163 ss CP) qu'il peut intervenir dans l'éventuelle procédure pénale. La cession au sens de l'art. 260 LP est alors inutile.

L'analyse à laquelle se livre le Tribunal fédéral dans l'arrêt 6B_236/2014, s'agissant notamment de la portée de l'art. 260 LP et son articulation avec la notion pénale du lésé, ne prête selon nous pas le flanc à la critique. Sur le fond, cette nouvelle jurisprudence doit donc être approuvée, même si deux observations s'imposent à ce stade.

D'une part, la nature particulière, *sui generis*, de la cession de l'art. 260 LP révèle également ses limites, notamment en ce qui concerne sa cohabitation avec d'autres institutions ou branches du droit. La situation qui en résulte ne favorise pas le traitement des prétentions civiles et la réparation du préjudice dans le cadre de la procédure pénale³⁹, alors même que celle-ci porterait sur des infractions commises au détriment du failli.

De lege ferenda, la question se pose donc s'il ne serait pas opportun de revoir le système instauré par l'art. 260 LP, de sorte que, dans un contexte tel que celui décrit ci-dessus, la cession des droits de la masse soit traitée de manière analogue aux cas pour lesquels le CPP réserve déjà la possibilité à des tiers, non lésés, d'intervenir dans le procès pénal en vue d'y exercer l'action civile⁴⁰ (cf. art. 121 CPP). Vu l'interprétation particulièrement restrictive que fait le Tribunal fédéral du texte de l'art. 121 CPP⁴¹, une refonte du système de la cession des droits de la masse ne sera toutefois utile que si la disposition précitée est également révisée, respectivement élargie en parallèle.

D'autre part, sous l'angle pratique, l'arrêt 6B_236/2014 pourrait, dans certaines situations, *contribuer à une multiplication des procédures judiciaires*, ce qui ne paraît pas très heureux, notamment du point de vue d'une saine administration de la justice.

Il découle, en effet, de cet arrêt qu'un créancier qui entend exercer les prétentions qui lui ont été cédées par la masse (par exemple, des prétentions en responsabilité contre les dirigeants sociaux, selon les art. 754 ss CO⁴²) peut uniquement agir devant le juge civil⁴³, cela même si ces prétentions résultent d'infractions pénales. Or, le fait que l'administration de la faillite ait renoncé à faire valoir ces prétentions (civiles) pour le compte de la masse et que cette dernière en ait cédé la mise en œuvre à un créancier n'empêche pas que le même complexe de faits soit, par ailleurs, l'objet d'une procédure pénale parallèle. Un tel cas de figure pourrait notamment se présenter si (i) les infractions concernées se poursuivent d'office (à l'instar par exemple de la gestion déloyale, art. 158 CP, laquelle constitue souvent le pendant pénal de l'action en responsabilité), ou (ii) la société faillie lésée, agissant au travers de la masse, choisit de participer à la procédure, mais uniquement comme demandeur au pénal (art. 119 al. 2 lit. a CPP). Si les deux procédures coexistent, il est au demeurant vraisemblable que la procédure civile soit suspendue comme dépendant du pénal (art. 126 al. 1 CPC⁴⁴).

En conclusion, vu la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral, les créanciers d'une société en faillite doivent être conscients du fait que la cession des droits de la masse (art. 260 LP) ne leur confère (plus) aucun droit d'action au pénal, dans le cadre d'une éventuelle procédure portant sur des infractions commises au détriment de ladite société. Selon les circonstances du cas d'espèce, notamment si l'administration de la faillite n'entend pas, par exemple par manque de temps ou de moyens, entreprendre ou poursuivre des démarches sur le plan pénal pour le compte de la société lésée (respectivement la masse), un créancier qui entrevoit la possibilité d'accroître le dividende de faillite par ce biais, pourrait avoir intérêt à proposer à l'administration d'agir comme son représentant dans le cadre de la procédure pénale⁴⁵, sur la base d'une simple procuration⁴⁶ (art. 32 ss CO), au lieu d'opter pour la voie – en l'état sans issue – de la cession de l'art. 260 LP.

³⁸ DAMIAN K. GRAF, Geschädigtenstellung und vertretungsweise Geltendmachung von Zivilforderungen im Strafprozess, in Jusletter du 3 novembre 2014, N 17 et 20.

³⁹ Voir à ce sujet ALAIN MACALUSO, L'action civile dans le procès pénal régi par le nouveau CPP, in *Le procès en responsabilité*, Berne 2011, 175 ss.

⁴⁰ Voir aussi les *réflexions critiques* livrées par GRAF (n. 38), N 20 ss, lequel estime notamment que la différence de traitement qui découle de l'arrêt 6B_236/2014 entre, d'une part, l'administration de la faillite (autorisée à exercer l'action civile adhésive pour le compte de la société faillie) et, d'autre part, le créancier cessionnaire des droits de la masse (auquel cette prérogative est déniée), n'est pas justifiée, puisque tous deux font valoir la prétention qui matériellement appartient à la société lésée.

⁴¹ TF 1B_57/2014 du 20.10.2014 (destiné à la publication).

⁴² Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (RS 220).

⁴³ TF 6B_236/2014 du 1.9.2014, consid. 3.4.2, avec référence à BSK StPO-MAZZUCHELLI/POSTIZZI Art. 115 N 26.

⁴⁴ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272).

⁴⁵ Rien dans le texte légal (cf. notamment art. 240 LP) ne s'oppose *a priori* à une telle solution, étant rappelé que l'administration de la faillite dispose de pouvoirs relativement étendus concernant la mise en œuvre et la conduite des procédures judiciaires liées à la sauvegarde des intérêts de la masse. Voir CR LP-JEANDIN/FISCHER, art. 240 N 10. Il semble toutefois prudent de faire valider la démarche par l'assemblée des créanciers.

⁴⁶ Moyennant également règlement des autres modalités, notamment financières, liées à l'intervention du créancier, pour le compte de l'administration de la faillite.