

**LE LÉSÉ ET LA PARTIE PLAIGNANTE DANS
LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DU
TRIBUNAL FÉDÉRAL**

par

Andrew M. GARBARSKI

Docteur en droit
Avocat, Bär & Karrer SA
Chargé de cours à l'Université de Lausanne

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2017 II 125 ss



LE LÉSÉ ET LA PARTIE PLAIGNANTE DANS LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

par

Andrew M. GARBARSKI

Docteur en droit

Avocat, Bär & Karrer SA

Chargé de cours à l'Université de Lausanne

I. INTRODUCTION

La présente contribution s'inscrit dans le prolongement et constitue fondamentalement une mise à jour d'un précédent article, dont la *Semaine Judiciaire* nous avait déjà fait l'honneur d'une publication il y a quelques années¹. En effet, au vu de l'abondante jurisprudence parue dans l'intervalle en lien avec les notions de «lésé» et de «partie plaignante», telles que consacrées aux art. 115 ss CPP², il nous a paru utile de faire un **nouveau point de situation**. Le but des lignes qui suivent est ainsi de mettre en exergue les développements intervenus entretemps dans la pratique, notamment s'agissant des réponses apportées à des questions jusqu'ici débattues (parfois âprement) en doctrine.

De la qualité de lésé dépend en principe la faculté de prendre part à la procédure pénale comme «partie plaignante» (art. 118 CPP), notamment aux fins d'y soutenir l'accusation et/ou pour y exercer des prétentions civiles adhésives, déduites de l'infraction pénale (art. 119 CPP). La partie plaignante tire des prérogatives étendues de son statut de partie à la procédure pénale (cf. art. 104 al. 1 lit. b CPP). Pour ne citer que quelques exemples: droit d'accéder au dossier, droit de requérir des preuves et de participer à leur administration, droit de soutenir l'accusation et/ou de prendre des conclusions civiles adhésives au procès pénal, droit de recourir contre les décisions rendues par les autorités, etc. Pour cette raison notamment, les notions de lésé et de

¹ GARBARSKI, SJ 2013.

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

partie plaignante revêtent une **importance pratique indéniable** et il arrive d'ailleurs souvent qu'elles soient à l'origine d'incidents soulevés par la défense, que ce soit au stade de la procédure préliminaire ou à l'ouverture des débats devant l'autorité de jugement.

Comme c'était déjà le cas de l'article paru en juin 2013, dont le contenu reste dans une très large mesure d'actualité, les considérations qui suivent n'ont aucune prétention à l'exhaustivité. Ne serait-ce qu'en raison d'impératifs de place, des choix ont dû être opérés, parfois arbitrairement, quant aux décisions présentées. En outre, nous continuerons à nous intéresser en priorité à la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral³, tant il est vrai que ses arrêts jouent un rôle fondamental pour tout praticien du droit, qu'il soit magistrat ou avocat, dans l'interprétation et l'application des dispositions du CPP.

II. APERÇU DE QUELQUES JURISPRUDENCES D'ACTUALITÉ

A. Qui peut prétendre à la qualité de lésé?

1. Généralités

Pour rappel, la notion de lésé est définie à l'art. 115 al. 1 CPP. Il s'agit de «*toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction*». Selon la jurisprudence constante, seul peut en principe se prévaloir d'une telle atteinte directe le **titulaire du bien juridique protégé** (ou, à tout le moins, coprotégé) par la disposition pénale qui a été enfreinte⁴, peu importe à cet égard que l'infraction ait été consommée ou qu'elle soit restée au stade de la tentative⁵. La détermination du bien juridique protégé nécessite parfois que le juge se livre à une analyse détaillée de la disposition légale concernée⁶. Pour être directement touché, le lésé doit, par ailleurs, subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet⁷.

Comme mentionné en préambule, la notion de lésé est étroitement liée à celle de partie plaignante (art. 118 al. 1 CPP). Ce n'est en effet

³ Etat au 1^{er} juin 2017.

⁴ Parmi beaucoup d'autres, ATF 140 IV 155, consid. 3.2, JdT 2015 IV 107; TF 6B_549/2013 du 24 février 2014, consid. 2.1 (f), SJ 2014 I p. 372.

⁵ ATF 138 IV 258, consid. 2.3. Voir aussi BSK StPO-MAZZUCHELLI / POSTIZZI, Art. 115 N 29 ss.

⁶ Voir par exemple ATF 141 IV 1, consid. 3.2 (f), concernant l'art. 180 CP (menaces). Voir aussi ATF 143 IV 77, consid. 2.4, concernant l'art. 261^{bis} al. 4 CP (discrimination raciale).

⁷ TF 1B_190/2016 du 1^{er} septembre 2016, consid. 2.1; TF 6B_549/2013 du 24 février 2014, consid. 2.1 (f), SJ 2014 I p. 372.

que dans quelques situations isolées que le CPP élargit la qualité de partie plaignante et certains attributs procéduraux qui en découlent à des personnes qui n'ont pas été directement touchées par l'infraction (art. 116 al. 2 *cum* 117 al. 3 CPP [proches de la victime dite «LAVI»]; art. 121 CPP [successeurs et subrogés légaux]).

2. *Lorsque l'infraction est commise en lien avec une personne morale, un fonds de placement ou encore un trust*

Lorsqu'une infraction contre le patrimoine est commise ou tentée au détriment d'une **personne morale**, il découle du critère de la titularité du bien juridique mentionné ci-dessus que seule celle-ci subit une atteinte et peut prétendre à la qualité de lésé, à l'exclusion notamment de ses actionnaires, des ayants droit économiques ou des créanciers sociaux⁸. Il en va de même de l'assuré en cas d'infraction dirigée contre l'assurance⁹.

Le fait que la société concernée ait été **déclarée en faillite** n'y change rien. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que, dans une telle hypothèse, les créanciers cessionnaires des droits de la masse (selon l'art. 260 LP¹⁰) n'avaient pas vocation à se constituer partie plaignante, le statut de lésé demeurant rattaché à la société en faillite¹¹. Sous réserve de sa radiation, c'est donc bien cette dernière qui seule peut intervenir, respectivement demeurer partie à la procédure pénale pour y faire valoir ses droits, ce qui généralement se concrétise par l'intermédiaire de l'administration de la faillite¹².

En outre, aux termes d'un arrêt rendu le 16 juin 2015, confirmant l'approche qui avait été suivie par l'*Obergericht* de Zurich dans la décision querrellée¹³, notre Haute Cour a appliqué *mutatis mutandis* à un **fonds de placement offshore** (en l'espèce incorporé aux Iles Vierges Britanniques) la jurisprudence constante, évoquée ci-dessus en

⁸ TF 1B_372/2016 du 17 janvier 2017, consid. 3.1 (f); TF 1B_191/2014 du 14 août 2014, consid. 3.1 (f). Voir aussi TF 6B_680/2013 du 6 novembre 2013, consid. 3 (f). La situation des actionnaires ou associés d'une personne morale se distingue ainsi de celle des associés d'une société simple (art. 530 ss CO), laquelle est une communauté dénuée de la personnalité morale. Voir ATF 141 IV 380, consid. 2.3.2 et 2.3.3, JdT 2016 IV 178.

⁹ TF 1B_294/2013 du 24 septembre 2013, consid. 2 (f).

¹⁰ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1).

¹¹ ATF 141 IV 155, consid. 3.4, JdT 2015 IV 107.

¹² ATF 141 IV 155, consid. 3.4.4, JdT 2015 IV 107. Voir aussi GARBARSKI, GesKR 2014, pp. 536 ss.

¹³ Décision de l'*Obergericht* de Zurich du 5 décembre 2014, rendue dans la cause UH140159-O/U/BEE.

relation avec les sociétés, déniaient ainsi la qualité de lésé, respectivement de partie plaignante à un investisseur, détenteur de parts dudit fonds, eu égard notamment à la personnalité juridique distincte dont dispose ce dernier¹⁴. Passé relativement inaperçu dans la doctrine¹⁵, l'arrêt précité a trouvé un écho dans la pratique des tribunaux, comme le démontre le jugement rendu le 11 décembre 2015 par le Tribunal de police de Genève¹⁶, à l'appui duquel le plaignant, investisseur dans un fonds de placement dit «Madoff», a été déchu de sa qualité de partie, en lien avec l'infraction de gestion déloyale aggravée (art. 158 ch. 1 al. 3 CP) qui était reprochée au dirigeant de la société gestionnaire dudit fonds.

Dans le prolongement de ce qui précède, se pose également le point de savoir qui est lésé et donc peut prétendre à la qualité de partie plaignante, lorsque les infractions portent sur des biens rattachés à un **trust**. Cette — délicate — question n'a pas encore reçu de réponse claire dans la pratique des tribunaux. On rappelle que le trust n'est pas une entité juridique. Selon une définition courante, le trust vise, en réalité, un rapport juridique dans lequel le constituant (le «*settlor*») confie des biens patrimoniaux au «*trustee*», afin que ce dernier les gère dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, selon les termes de l'acte de trust¹⁷. Les biens du trust sont réputés être propriété du trustee, quand bien même ils constituent une masse distincte et ne font pas partie de sa fortune personnelle, dans le but de garantir les droits des bénéficiaires¹⁸. Le trust est ainsi dénué de la personnalité juridique¹⁹ et, partant, n'a pas la qualité pour ester en justice²⁰. Pour ce motif, la jurisprudence considère généralement que les bénéficiaires d'un trust ne sont pas légitimés à recourir contre le séquestre d'avoirs bancaires détenus par le trustee²¹. A la lumière de

¹⁴ TF 1B_29/2015 du 16 juin 2015, consid. 2.3.2.

¹⁵ Voir néanmoins MOREILLON / PAREIN-REYMOND, art. 115 N 9.

¹⁶ Jugement du Tribunal de police n° JTDP/912/2015 du 11 décembre 2015 (notamment le consid. 4), accessible *online* à l'adresse suivante: <http://justice.geneve.ch/tdb/Decis/TP/jtp.tdb?F=JTDP/912/2015&HL=Madoff> (consulté le 1^{er} juin 2017).

¹⁷ TF 1B_21/2010 du 25 mars 2010, consid. 2.2 (f). Voir aussi PANNATIER KESSLER, p. 16.

¹⁸ TF 1B_21/2010 du 25 mars 2010, consid. 2.2 (f); TF 5A_436/2011 du 12 avril 2012, consid. 9.3.1 (f). Voir aussi, tout récemment, en matière fiscale, TF 2C_996/2015 du 7 mars 2017 (destiné à la publication), consid. 4.1 et 4.2 (f); voir également PANNATIER KESSLER, p. 18 et l'art. 2 al. 2 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2007 (RS 0.221.371).

¹⁹ Voir notamment MAYER, p. 300.

²⁰ TPF RR.2010.200 du 20 janvier 2011, consid. 3.1.

²¹ TF 1B_21/2010 du 25 mars 2010, consid. 2.2 et 2.3 (f).

ces considérations, c'est *a priori* le trustee qui devrait en première ligne être considéré lésé aux termes de l'art. 115 CPP, en cas d'infraction portant sur les biens qui lui ont été confiés en trust, à tout le moins lorsque ladite infraction est le fait d'un tiers. Cela étant, dans l'éventualité où le trustee devait lui-même être impliqué dans la commission de l'infraction, se pose selon nous la question de l'élargissement du cercle des lésés aux bénéficiaires du trust. Tel pourrait notamment être le cas si la violation, par le trustee, du devoir strict de fidélité et de loyauté auquel il est tenu à l'égard des bénéficiaires²² devait relever de la gestion déloyale (art. 158 CP), voire de l'abus de confiance (art. 138 CP). Cette approche encore peu balisée trouve en tous cas un appui dans certaines décisions judiciaires récentes²³.

3. *Lorsque l'infraction protège un intérêt collectif*

On rappelle qu'en présence d'une infraction qui protège au premier plan un intérêt collectif ou, exprimé autrement, qui ne protège pas en première ligne un bien juridique individuel, les particuliers ne sont considérés comme lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte que l'atteinte subie apparaît comme la **conséquence directe** de l'acte dénoncé²⁴. Il suffit ainsi, en règle générale, que le bien juridique individuel dont le lésé invoque l'atteinte soit protégé secondairement ou accessoirement, même si la norme protège en première ligne des intérêts collectifs²⁵.

Ainsi, le Tribunal fédéral a notamment jugé que la **rix** (art. 133 CP) protégeait non seulement un intérêt public (i.e. éviter des altercations impliquant au moins trois personnes), mais aussi, accessoirement, l'intégrité corporelle de ses participants²⁶. S'agissant d'une infraction de mise en danger abstraite, la personne n'est toutefois considérée lésée que si elle établit avoir été, à tout le moins, mise en danger concrètement par les actes incriminés²⁷.

²² PANNATIER KESSLER, pp. 36 ss.

²³ Arrêt ACPR/534/2014 de la Cour de justice de Genève, Chambre pénale de recours, du 14 novembre 2014, notamment consid. 5. Le recours dirigé contre cet arrêt a été rejeté par le Tribunal fédéral (TF 1B_380/2014 du 1^{er} avril 2015). Voir aussi, dans le même sens, ACPR/162/2014 du 21 mars 2014, consid. 5.

²⁴ ATF 140 IV 155, consid. 3.2, JdT 2015 IV 107. Une atteinte indirecte ne suffit donc pas.

²⁵ TF 6B_243/2015 du 12 juin 2015, consid. 2 (f), SJ 2016 I p. 125. Voir aussi TF 6B_761/2016 du 16 mai 2017, consid. 3.3 et 3.4.1, dans lequel le Tribunal fédéral retient que ni l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP) ni la gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP) ne protègent des biens juridiques individuels.

²⁶ ATF 141 IV 454, consid. 2.3.2.

²⁷ ATF 141 IV 454, consid. 2.3.2.

En matière de **faux témoignage** (art. 307 CP) aussi, quand bien même cette infraction protège en première ligne un intérêt collectif (à savoir l'administration de la justice), le Tribunal fédéral considère qu'une partie à la procédure peut être directement touchée dans ses intérêts personnels, si bien qu'elle doit pouvoir se prévaloir de la disposition précitée pour fonder sa qualité de lésé²⁸. L'atteinte subie ne découle d'ailleurs pas uniquement de la décision judiciaire au fond qui pourrait être rendue sur la base de l'état de fait affecté par la preuve viciée, mais également et surtout de l'incidence que le faux témoignage est susceptible d'avoir, déjà au stade de la procédure préliminaire, sur les droits qu'une partie à la procédure peut y exercer, notamment en matière d'administration des preuves²⁹.

Le Tribunal fédéral semble d'ailleurs adopter une approche analogue s'agissant de la **dénonciation calomnieuse** (art. 303 CP), dont il n'exclut pas qu'elle puisse atteindre le dénoncé dans ses droits, notamment l'honneur et la liberté, déjà au début de la procédure pénale engagée contre lui, même si la réalisation de cette infraction suppose, en principe, que l'innocence de la personne concernée soit établie judiciairement³⁰.

L'**abus d'autorité** (art. 312 CP) figure également au rang des infractions dont le champ de protection s'étend à des biens juridiques individuels, en l'occurrence l'intérêt des citoyens à ne pas être exposés à l'exercice incontrôlé ou arbitraire de la puissance publique³¹.

De même, selon la jurisprudence récente, la **violation du secret de fonction** (art. 320 CP) protège non seulement à titre principal l'intérêt de la collectivité au fonctionnement harmonieux de l'administration et de la justice, mais également, accessoirement, l'intérêt des particuliers au maintien de la confidentialité lorsque sont en cause des faits qui relèvent de leur sphère privée. En cas de révélation non autorisée de tels faits, la personne concernée est lésée et peut se constituer partie plaignante dans la procédure pénale³².

Aux termes d'un arrêt de principe du 3 janvier 2017³³, les Juges de Mon-Repos ont pour la première fois été amenés à examiner si le membre d'un groupe de personnes pouvait être considéré comme étant personnellement et directement lésé par l'infraction de **discrimination raciale** (art. 261^{bis} al. 4 1^{ère} phrase CP), lorsque les propos de l'auteur

28 TF 6B_243/2015 du 12 juin 2015, consid. 2.1 (f), SJ 2016 I p. 125.

29 TF 6B_243/2015 du 12 juin 2015, consid. 2.1 et 2.4.1 (f), SJ 2016 I p. 125.

30 TF 6B_243/2015 du 12 juin 2015, consid. 2.4.2 (f), SJ 2016 I p. 125.

31 TF 6B_761/2016 du 16 mai 2017, consid. 3.4.2 et les références citées.

32 ATF 142 IV 65, consid. 5.1, JdT 2016 IV p. 362; voir aussi TF 6B_761/2016 du 16 mai 2017, consid. 3.4.3.

33 ATF 143 IV 77, consid. 2.

ne sont pas dirigés contre le membre en question³⁴ mais qu'ils visent le groupe pris dans son ensemble, par exemple «les catholiques», «les musulmans», etc. Cette question controversée a été traitée en commun par trois Cours du Tribunal fédéral, selon la procédure prévue à l'art. 23 al. 2 et 3 LTF³⁵. Prenant le contrepied de la doctrine très largement majoritaire, il y a été apporté une réponse négative, compte tenu notamment de la *ratio legis* de l'art. 261^{bis} al. 4 1^{ère} phrase CP, de l'analogie avec les infractions contre l'honneur (art. 173 ss CP), de la jurisprudence développée en lien avec l'art. 261^{bis} al. 4 2^{ème} phrase CP et des difficultés pratiques insurmontables qu'entraînerait pour la justice pénale l'admission à la procédure de membres individuels de groupes de personnes, susceptibles selon les hypothèses d'en compter théoriquement plusieurs millions.

4. Lorsque l'infraction est commise au sein d'une banque

Nous avons déjà eu l'occasion, dans le cadre de précédentes publications³⁶, d'aborder la question de la qualité de lésé, respectivement celle de partie plaignante lorsque l'infraction dénoncée porte sur le compte détenu par un client au sein d'une banque.

Le sujet est récurrent dans les dossiers de criminalité en col blanc. Il a d'ailleurs récemment donné lieu à plusieurs jurisprudences qui ont le mérite de clarifier une pratique qui, au cours de ces dernières années, s'était illustrée par son caractère parfois hétéroclite, source d'incertitudes pour les justiciables³⁷.

Ainsi que nous l'avions mentionné précédemment³⁸, dans un arrêt du 10 avril 2012³⁹ traitant d'une affaire d'abus de confiance (art. 138 CP), mais sans faire référence aux dispositions du CPP, le Tribunal fédéral avait indiqué qu'en présence de malversations, visant le compte d'un client, commises par le collaborateur d'une banque, c'est en première ligne cette dernière qui doit être considérée lésée. En bref, l'argent déposé sur un compte bancaire devient la propriété de la banque par mélange. C'est en outre elle qui supporte le risque d'une prestation non autorisée, puisqu'elle reste en principe contractuellement tenue

³⁴ Auquel cas la qualité de lésé du membre concerné serait donnée, voir ATF 128 I 218, consid. 1.5, SJ 2002 I p. 563.

³⁵ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110).

³⁶ GARBARSKI, SJ 2013, p. 128 s. Voir aussi GARBARSKI, RPS 2012, pp. 186 ss.

³⁷ Voir à ce sujet GARBARSKI, RPS 2012, pp. 187 ss. Voir aussi BSK StPO-MAZZUCHELLI / POSTIZZI, Art. 115 N 57.

³⁸ GARBARSKI, SJ 2013, p. 129. Voir également GARBARSKI, RPS 2012, pp. 188 ss.

³⁹ TF 6B_199/2011 du 10 avril 2012, consid. 5.3.5.2 et 5.3.5.3.

d'honorer la créance en exécution dont dispose le client à son endroit⁴⁰. Ce n'est que dans l'hypothèse où la banque refuse, même temporairement, de recréditer à son client le montant débité de manière indue, que le patrimoine dudit client (i.e. sa créance à l'égard de la banque) subit une atteinte pénalement relevante qui lui confère (aussi) la qualité de lésé⁴¹.

Notre Haute Cour admettait ainsi implicitement qu'il puisse se présenter des situations dans lesquelles aussi bien la banque que son client sont lésés par l'infraction et, partant, doivent être **tous deux admis** à participer à la procédure comme parties plaignantes⁴².

L'approche qui se dégage de cette jurisprudence est selon nous bien fondée⁴³. Elle a depuis lors été confirmée à plusieurs reprises à l'aune des art. 115 ss CPP, non seulement par le Tribunal fédéral⁴⁴, mais aussi par les juridictions de recours cantonales, notamment à Genève⁴⁵ et dans le canton de Vaud⁴⁶.

Sans pour autant devoir être niée, la qualité de lésé de la banque est *a priori* moins évidente lorsque les malversations n'ont pas été commises par un *intra-neus* dont elle répond, mais qu'elles sont **le fait d'un tiers** (par exemple, un gérant de fortune indépendant) au bénéfice d'un pouvoir de disposition sur les avoirs en compte du client, en lien avec lesquels la banque ne joue, par hypothèse, qu'un rôle de dépositaire. Dans une telle constellation, laquelle à notre connaissance n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence fédérale, il faudrait à notre sens notamment examiner si la banque ou ses collaborateurs ont été amenés à intervenir dans l'opération litigieuse à leur insu et de façon préjudiciable, par exemple sur la base d'une tromperie astucieuse de

⁴⁰ Voir TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016, consid. 2.2 (f) et les références citées.

⁴¹ TF 6B_199/2011 du 10 avril 2012, consid. 5.3.5.3. Voir aussi l'arrêt ACPR/280/2017 de la Cour de justice de Genève, Chambre pénale de recours, du 2 mai 2017, consid. 3.2 *a contrario*, rendu dans la procédure P/22907/2014.

⁴² GARBARSKI, SJ 2013, p. 129.

⁴³ Voir aussi BSK StPO-MAZZUCHELLI / POSTIZZI, Art. 115 N 57.

⁴⁴ TF 1B_190/2016 du 1^{er} septembre 2016, consid. 2.2 et 2.3 (f). Voir aussi TF 6B_568/2013 du 13 novembre 2013, consid. 4.2 et 4.3 (concernant l'existence de prétentions civiles adhésives du client lésé). Voir également TF 1B_438/2016 du 14 mars 2017, consid. 2.2.1 (f).

⁴⁵ Arrêt ACPR/280/2017 de la Cour de justice de Genève, Chambre pénale de recours, du 2 mai 2017, consid. 3.1, rendu dans la procédure P/22907/2014. Voir aussi l'arrêt ACPR/355/2016 du 13 juin 2016, notamment consid. 2, rendu dans la procédure P/24473/2015. L'arrêt ACPR/521/2015 du 25 septembre 2015 rendu par la même autorité et qui reconnaît la qualité de lésé uniquement à la banque, alors que la créance du client envers elle semblait contestée par cette dernière, nous paraît trop restrictif au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

⁴⁶ Arrêt du Tribunal cantonal vaudois, Chambre des recours pénale, du 9 février 2015, notamment consid. 2, rendu dans la cause PE11.021403-YGL.

l'auteur (art. 146 CP) ou de documents falsifiés⁴⁷ (art. 251 CP). Dans l'affirmative, la banque pourrait être lésée.

En outre, le point de savoir si la banque peut valablement se prévaloir d'une clause de transfert de risque contenue dans ses conditions générales⁴⁸ pourrait aussi constituer un critère d'appréciation pertinent, parmi d'autres, pour statuer sur sa qualité de lésé dans le scénario décrit ci-dessus.

B. Qui sont les «proches de la victime» selon l'art. 116 al. 2 CPP?

Les art. 116 et 117 CPP traitent de la victime dite «LAVI»⁴⁹ et de son statut dans la procédure pénale. A certaines conditions, notamment s'ils se constituent partie plaignante et font valoir des conclusions civiles adhésives propres⁵⁰, les proches de la victime peuvent aussi intervenir à la procédure et y exercer les droits d'une partie⁵¹ (cf. art. 117 al. 3 cum art. 122 al. 2 CPP). Selon l'art. 116 al. 2 CPP, on entend par «proches de la victime» son conjoint, ses enfants, ses père et mère et «*les autres personnes ayant avec elle des liens analogues*».

Cette énumération correspond à celle posée à l'art. 1 al. 2 LAVI. Il en découle que le conjoint, les enfants, le père et la mère ont, de par la loi, la qualité de proches de la victime, indépendamment des liens affectifs qui les unissent à elle. En revanche, en ce qui concerne les «autres personnes», il leur appartient d'alléguer et de rendre vraisemblable l'intensité du lien concrètement entretenu avec la victime, lequel doit apparaître analogue au premier cercle de personnes mentionnées à l'art. 116 al. 2 CPP⁵². La jurisprudence a précisé à cet égard que ces «autres personnes» ne doivent pas nécessairement être apparentées à la victime⁵³ et ne font pas obligatoirement vie commune avec elle. Entrent ainsi en ligne de compte, par exemple le concubin, le partenaire enregistré, les neveux et nièces qui auraient été élevés par leur oncle ou tante, respectivement les petits-enfants qui auraient été élevés par leurs grands-parents en raison du décès de leurs parents, etc.

⁴⁷ Voir notamment en ce sens l'arrêt ACPR/265/2016 de la Cour de justice de Genève, Chambre pénale de recours, du 4 mai 2016, notamment consid. 2.2 et 2.3.

⁴⁸ Voir à ce sujet ATF 132 III 449, consid. 2 (f), SJ 2006 I p. 377.

⁴⁹ Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5).

⁵⁰ ATF 139 IV 89, consid. 2.2 (f), SJ 2013 I p. 557.

⁵¹ GARBARSKI, SJ 2013, p. 134 s.

⁵² TF 1B_594/2012 du 7 juin 2013, consid. 4.2.

⁵³ TF 1B_594/2012 du 7 juin 2013, consid. 3.4.2.

Déterminer si une personne est proche de la victime au sens de la disposition précitée s'examine de cas en cas, compte tenu de l'ensemble des circonstances d'espèce⁵⁴. Comme l'illustre la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la pratique en la matière est très restrictive. Notre Haute Cour rappelle d'ailleurs souvent que la loi n'inclut même pas les frères et sœurs au rang des personnes qui revêtent d'office la qualité de proche de la victime, ce qui démontrerait d'autant plus que seule une relation **particulièrement intense** est, en définitive, de nature à justifier ce statut procédural⁵⁵.

C. Qui est lésé et quels droits de procédure peuvent être exercés en cas d'infraction commise dans un contexte successoral?

Ces questions ont été examinées par le Tribunal fédéral dans deux arrêts de principe récents, rendus à quelques mois d'intervalle⁵⁶.

Le premier arrêt⁵⁷ traite de la situation dans laquelle une infraction a été commise **après le décès** d'une personne. On rappelle à cet égard que les héritiers (légaux et institués) forment ce que l'on appelle une communauté héréditaire. Celle-ci est une communauté dite en main commune, ce qui signifie que les biens successoraux sont la propriété commune des membres qui la composent (cf. art. 652 CC⁵⁸). La communauté héréditaire est dénuée de la personnalité juridique. Le Tribunal fédéral en déduit que les héritiers individuels sont les titulaires du bien juridique protégé et partant sont lésés, aux termes de l'art. 115 al. 1 CPP, en cas d'infraction perpétrée par un cohéritier ou par un tiers au détriment de ladite communauté⁵⁹. La solution retenue s'aligne ainsi sur celle qui prévaut en matière de droit de porter plainte (art. 30 al. 1 CP), lequel constitue un droit strictement personnel qui appartient également à tout héritier directement lésé⁶⁰.

⁵⁴ TF 1B_137/2015 du 1^{er} septembre 2015, consid. 2.1 (f), SJ 2016 I p. 145.

⁵⁵ TF 6B_81/2016 du 2 juin 2016, consid. 2.1 (concernant la relation neveu-tante); TF 1B_594/2012 du 7 juin 2013, consid. 3.4.3 (concernant la relation entre les membres d'une fratrie).

⁵⁶ Les deux arrêts concernent des procédures zurichoises, dans lesquelles les héritiers s'étaient vus dénier par l'*Obergericht* la qualité pour recourir contre une ordonnance de non-entrée en matière du ministère public.

⁵⁷ ATF 141 IV 380, JdT 2016 IV 178.

⁵⁸ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

⁵⁹ ATF 141 IV 380, consid. 2.3.2 et 2.3.3, JdT 2016 IV 178. Voir déjà TF 1B_348/2012 du 3 octobre 2012, consid. 1.2.6.

⁶⁰ ATF 141 IV 380, consid. 2.3.4, avec référence à l'ATF 117 IV 437. Ce dernier arrêt a été rendu en lien avec une société simple (art. 530 CO), mais le Tribunal fédéral le déclare applicable *mutatis mutandis* à la communauté héréditaire.

Il découle de ce qui précède que chaque héritier individuel, lésé par une infraction commise à l'encontre de la communauté héréditaire, est légitimé à se constituer partie plaignante comme demandeur au pénal⁶¹ (art. 118 al. 1 et 119 al. 2 lit. a CPP). En revanche, en ce qui concerne la qualité pour agir comme demandeur au civil (art. 119 al. 2 lit. b CPP), aux fins d'exercice par adhésion à la procédure pénale d'éventuelles prétentions civiles de la communauté héréditaire déduites de l'infraction, elle requiert une démarche conjointe de tous les héritiers qui composent la communauté, sauf le(s) potentiel(s) défendeur(s) à l'action⁶².

Le second arrêt rendu récemment par le Tribunal fédéral⁶³ concerne l'hypothèse où l'infraction a été commise **avant le décès** du lésé. Si et dans la mesure où ce dernier n'aurait pas renoncé à ses droits de procédure de son vivant, se pose alors la question de l'étendue de leur transmission à d'éventuels «proches» en application de l'art. 121 al. 1 CPP⁶⁴. Se ralliant à l'opinion de la doctrine dominante, le Tribunal fédéral préconise une interprétation large de la disposition précitée et considère qu'aussi bien l'action civile que l'action pénale passent aux «proches» du lésé⁶⁵ et peuvent être exercées cumulativement ou alternativement⁶⁶. L'action pénale peut être mise en œuvre par tout proche individuellement, sous réserve de l'ordre de succession. En revanche, le concours de tous les autres membres de la communauté héréditaire (non défendeur(s) à l'action) est requis pour agir en qualité de demandeur au civil⁶⁷, vu qu'ils forment une consorité nécessaire⁶⁸.

61 ATF 141 IV 380, consid. 2.3.5.

62 ATF 141 IV 380, consid. 2.3.6. Voir aussi TF 6B_309/2015 du 19 novembre 2015, consid. 3.3 et 3.4.

63 ATF 142 IV 82.

64 La référence faite aux proches à l'art. 121 al. 1 CPP démontre d'ailleurs que les héritiers ne sont pas placés sur pied d'égalité, selon que l'infraction a été commise du vivant d'une personne ou après son décès.

65 Selon la définition qui en est donnée à l'art. 110 al. 1 CP.

66 ATF 142 IV 82, consid. 3.2.

67 ATF 142 IV 82, consid. 3.3 et 3.4. Quand bien même la terminologie utilisée par notre Haute Cour manque parfois de précision et pourrait laisser à penser que tous les héritiers (y compris donc les non-proches) peuvent se constituer partie plaignante sur le plan pénal (cf. consid. 3.3.2 *in fine*: «Aus diesen Gründen erscheint es gerechtfertigt, dass sich gestützt auf Art. 121 Abs. 1 StPO jeder Erbe einzeln als Privatkläger im Strafpunkt konstituieren können muss»), cette faculté est bien réservée aux seuls proches. Voir aussi ATF 140 IV 162, consid. 4.9.3: «Diese vom Gesetzgeber (mit Art. 121 Abs. 1 StPO) angestrebte Privilegierung der engsten Angehörigen (eines verstorbenen Geschädigten) als rechtsnachfolgende Privatkläger im Straf- und Zivilpunkt rechtfertigt sich sachlich aufgrund der verwandtschaftlichen bzw. lebenspartnerschaftlichen affektiven Nähe und Solidarität der betroffenen natürlichen Personen untereinander».

68 Cf. *supra* sous note de bas de page 62.

A noter que l'ATF 142 IV 82 n'aborde pas la délicate question du «hiatus entre légitimation procédurale et légitimation matérielle»⁶⁹ que crée l'art. 121 al. 1 CPP en lien avec l'action civile adhésive. Ce hiatus résulte du fait que le texte de la disposition légale ne mentionne que les proches, alors que la communauté héréditaire est composée de tous les héritiers, proches ou non-proches, légaux ou institués⁷⁰. Plusieurs pistes ont été proposées dans la doctrine en vue de résoudre la difficulté qui apparaît lorsque la communauté héréditaire n'est pas confinée à des proches, mais à ce jour le Tribunal fédéral n'a fait que mentionner le problème, sans y apporter de réponse⁷¹.

Une autre question qui demeure indécise en l'état, dans le domaine successoral, est celle de savoir si l'**exécuteur testamentaire** peut se constituer partie plaignante⁷². Pour rappel, l'exécuteur testamentaire a notamment le pouvoir d'agir en son propre nom comme demandeur ou défendeur, en lieu et place de la communauté héréditaire, dans les procédures judiciaires qui concernent la succession⁷³. Cela étant, il ne fait pas valoir son propre droit matériel⁷⁴. En outre, à l'inverse des héritiers, l'exécuteur testamentaire n'est pas personnellement touché lorsque l'infraction a été commise au détriment de la communauté héréditaire. C'est donc *a priori* uniquement à l'aune de l'art. 121 CPP que la qualité de partie plaignante pourrait lui être éventuellement reconnue, mais au vu de l'interprétation très restrictive qui est faite de cette disposition par la jurisprudence⁷⁵, la situation est tout sauf évidente.

D. La société absorbante peut-elle participer à une procédure pénale en cas d'infraction commise préalablement à une fusion, au détriment de la société absorbée?

Courant 2014, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer à deux reprises sur la qualité de partie plaignante en cas d'infraction commise au détriment d'une société qui, à la suite par exemple d'une fusion ou autre opération analogue, voit tous ses actifs et passifs transférés à une autre société, avant d'être dissoute respectivement radiée. La question

⁶⁹ Jugement n° 2012/511 du Tribunal cantonal vaudois, Chambre des recours pénale, du 11 juin 2012, consid. 1b, reproduit partiellement *in* JdT 2012 III p. 188.

⁷⁰ GARBARSKI, SJ 2013, p. 133 s. Voir aussi BSK StPO-MAZZUCHELLI / POSTIZZI, Art. 121 N 12.

⁷¹ ATF 140 IV 162, consid. 4.9.2.

⁷² Question expressément laissée ouverte: TF 1B_348/2012 du 3 octobre 2012, consid. 1.2.6-1.2.8. Voir aussi ATF 142 IV 82, consid. 3.4.

⁷³ ATF 116 II 131, consid. 3a et 3b (f).

⁷⁴ ATF 116 II 131, consid. 3a (f).

⁷⁵ ATF 140 IV 162.

qui se pose est de savoir si la société absorbante ou reprenante peut se prévaloir de l'art. 121 CPP, intitulé «Transmission des droits», dont le but, en bref, est d'étendre dans certaines situations le statut de partie plaignante à des tiers qui ne sont pas eux-mêmes lésés aux termes de l'art. 115 al. 1 CPP⁷⁶.

Le premier des deux arrêts rendus par le Tribunal fédéral⁷⁷ concernait un partenariat de droit écossais («*Limited Partnership Agreement*»), au sein duquel le «*general partner*» avait succédé à l'autre société partie à cette structure lorsque cette dernière fut dissoute. Le second arrêt⁷⁸ traite d'une fusion à proprement parler intervenue entre deux sociétés suisses.

Les décisions précitées confirment, en substance, que l'art. 121 al. 1 CPP est confiné aux personnes physiques et, partant, n'a pas vocation à s'appliquer à des personnes morales, eu égard notamment à la terminologie employée par le législateur. Son texte dispose, en effet, que «*Si le lésé **décède** sans avoir renoncé à ses droits de procédure, ceux-ci passent à ses **proches** au sens de l'art. 110, al. 1, CP, dans l'ordre de succession*»⁷⁹.

En ce qui concerne l'art. 121 al. 2 CPP, le Tribunal fédéral reconnaît qu'il s'applique indifféremment aux personnes physiques et morales, étant souligné cependant que cette disposition ne vise que les cas de subrogation légale⁸⁰, à l'exclusion de toute cession volontaire au sens des art. 164 ss CO. Dès lors qu'une fusion repose à l'origine toujours sur un contrat conclu entre les parties concernées, le Tribunal fédéral en déduit qu'il s'agit d'un acte volontaire qui sort du champ d'application de l'art. 121 al. 2 CPP, même si l'art. 22 al. 1 LFus⁸¹ prévoit que l'ensemble des actifs et passifs de la société transférante sont transférés «de par la loi» à la société reprenante, dès l'inscription de la fusion au registre du commerce⁸².

⁷⁶ Message CPP, p. 1151; BSK StPO-MAZZUCHELLI / POSTIZZI, Art. 121 N 1.

⁷⁷ TF 6B_549/2013 du 24 février 2014 (f), SJ 2014 I p. 372.

⁷⁸ ATF 140 IV 162. D'aucuns avaient pensé que l'arrêt du 24 février 2014, dont la motivation était relativement concise, constituait une «erreur de parcours» qui resterait isolé. Dans l'ATF 140 précité, le Tribunal fédéral en confirme les considérants, au terme d'un examen beaucoup plus approfondi.

⁷⁹ C'est nous qui mettons en évidence. ATF 140 IV 162, consid. 4.7.1; TF 6B_549/2013 du 24 février 2014, consid. 3.2.2 (f), SJ 2014 I p. 372.

⁸⁰ L'art. 121 al. 2 CPP se lit comme suit: «*La personne qui est subrogée de par la loi aux droits du lésé n'est habilitée qu'à introduire une action civile et ne peut se prévaloir que des droits de procédure qui se rapportent directement aux conclusions civiles*». Pour une illustration, en application de l'art. 56a de la législation fédérale en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, ATF 139 IV 310, consid. 1.1 et 1.2.

⁸¹ Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion (RS 221.301).

⁸² ATF 140 IV 162, consid. 4.9.5; TF 6B_549/2013 du 24 février 2014, consid. 3.2.2 (f), SJ 2014 I p. 372. Voir aussi, récemment, TF 6B_259/2016 du 21 mars 2017, consid. 2 (f).

Cette jurisprudence du Tribunal fédéral n'emporte pas la conviction⁸³ et appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, l'approche très restrictive suivie par notre Haute Cour ne répond, à notre connaissance, à aucun besoin qui se serait fait sentir dans la pratique. Au contraire, elle peut selon les situations conduire à des résultats aberrants voire choquants, ne serait-ce que si l'on songe au cas où la voie de la fusion a été empruntée pour sauver de la faillite une société ayant subi un important préjudice du fait d'infractions pénales.

Sur le fond, il faut mentionner qu'il existe d'autres cas de subrogation légale aux termes de l'art. 121 al. 2 CPP, qui sont pourtant issus d'une relation contractuelle sous-jacente. Il en va notamment ainsi de la subrogation en faveur de l'assurance (art. 72 LCA⁸⁴), laquelle suppose un contrat d'assurance conclu entre l'assurance et l'assuré, soit un acte volontaire des parties. Le Tribunal fédéral n'explique pas pourquoi l'art. 72 LCA tombe sous le coup de l'art. 121 al. 2 CPP⁸⁵, mais pas la fusion. La comparaison avec l'art. 72 LCA a d'ailleurs fait dire à la Cour d'appel de Berne qu'il lui paraissait douteux que le cas de fusion ne puisse entrer dans le champ d'application de l'art. 121 al. 2 CPP au seul motif de son fondement contractuel⁸⁶. Un autre exemple qui démontre que le critère de l'origine contractuelle de la subrogation légale ne devrait pas être décisif est celui du pacte successoral, au travers duquel sont institués des héritiers qui ne sont pas des proches au sens de l'art. 110 CP. Tout laisse à penser, en effet, que ces héritiers institués devraient être admis à faire valoir dans la procédure pénale la créance du *de cuius* déduite de l'infraction pénale, en particulier s'ils forment une consorité nécessaire en raison d'une hoirie composée avec des héritiers légaux. Dans une telle situation aussi, il est indéniable que la transmission des droits et obligations du *de cuius* aux héritiers institués découle d'un contrat, à savoir le pacte successoral, qui constitue un acte volontaire⁸⁷.

Par ailleurs, les travaux préparatoires n'indiquent pas que l'art. 121 al. 2 CPP ne devrait pas être appliqué lorsque la subrogation revêt un arrière-plan contractuel. Au contraire, le Message du Conseil fédéral

⁸³ BSK StPO-MAZZUCHELLI / POSTIZZI, Art. 121 N 16, en particulier note de bas de page 23; StPO Kommentar-LIEBER, Art. 121 N 9. Voir aussi DOLGE, p. 54.

⁸⁴ Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)

⁸⁵ ATF 140 IV 162, consid. 4.9.4.

⁸⁶ Cour d'appel du canton de Berne, BK 2013 208, consid. 7.1. L'application de l'art. 121 al. 2 CPP a cependant été laissée ouverte, dès lors que l'intention de l'entité reprenante n'était que d'agir en tant que demanderesse au pénal, ce que l'art. 121 al. 2 CPP n'autorise pas. Voir aussi Cour d'appel du canton de Berne, BK 2015 1, consid. 3.4.

⁸⁷ STEINAUER, N 607.

dispose que l'actuel art. 121 al. 2 CPP «*règle les effets de la subrogation, autrement dit du transfert de par la loi de droits déterminés à des personnes qui ne sont pas elles-mêmes des lésés*»⁸⁸. Dès lors que cette formulation est plutôt large, on peut s'étonner que le Tribunal fédéral ait opté pour une interprétation si étroite de l'art. 121 CPP, attribuant à cette disposition un caractère détaillé et exhaustif⁸⁹ quant au statut de partie plaignante suite à une succession.

Troisièmement, dans une approche littérale, le texte de l'art. 22 LFus est clair: tous les droits et obligations de la société transférante passent à la société reprenante «de par la loi», dès l'inscription de la fusion au registre du commerce. La signature du contrat de fusion n'est pas pertinente à cet égard. En outre, la succession au sens de l'art. 22 LFus est réputée universelle⁹⁰: elle englobe tout l'actif et tout le passif de l'entité transférante⁹¹. Ceci inclut notamment les prétentions civiles découlant d'une infraction pénale commise à l'encontre de l'entité transférante avant l'inscription de la fusion au registre du commerce⁹². Même des actifs ou passifs par hypothèse ignorés des parties à l'opération de fusion passent à l'entité absorbante⁹³.

A l'aune de ces éléments, il est difficile de comprendre pour quels motifs les prétentions précitées passent à l'entité reprenante, mais pas la capacité procédurale de les exercer dans le cadre d'une procédure pénale⁹⁴. Une telle dichotomie n'est pas heureuse, ni cohérente avec la *ratio legis* de l'action civile adhésive, dont le but est précisément de faciliter l'exercice des prétentions civiles par adhésion au procès pénal. La saisine parallèle des juridictions civiles nous semble inutilement compliquée et ne fait qu'augmenter le risque de décisions contradictoires⁹⁵.

En tout état de cause, le raisonnement conduit et les conclusions tirées par le Tribunal fédéral en lien avec la LFus n'ont, selon nous, pas vocation à s'appliquer sans réserve aux fusions et autres opérations analogues soumises à une législation étrangère. Dès lors que l'art. 121 CPP règle uniquement les effets de la transmission de droits du

88 Message CPP, p. 1151.

89 ATF 140 IV 162, consid. 4.9.6.

90 Message LFus, p. 4012.

91 BSK FusG-TSCHÄNI / GABERTHÜEL / ERNI, Art. 22 N 6 ss.

92 Voir aussi l'art. 83 al. 4 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272). BSK ZPO-GRABER / FREI, Art. 83 N 39 ss.

93 BSK FusG-TSCHÄNI / GABERTHÜEL / ERNI, Art. 22 N 7. Voir aussi le Message LFus, p. 4075.

94 BSK StPO-MAZZUCHELLI / POSTIZZI, Art. 121 N 16, en particulier note de bas de page 23; StPO Kommentar-LIEBER, Art. 121 N 9.

95 BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 8.

point de vue de la procédure pénale⁹⁶, c'est à l'aune de la législation étrangère topique que doivent être examinés les règles et modalités spécifiques régissant l'opération concernée ainsi que son caractère volontaire ou *ex lege*.

E. Le prévenu peut-il recourir immédiatement contre la décision qui reconnaît et/ou confirme la qualité de partie plaignante en cours de procédure?

Comme déjà évoqué en introduction (cf. *supra* I), il arrive que le ministère public, voire parfois la direction de la procédure de l'autorité de jugement, soient amenés à statuer de manière incidente sur la qualité de partie plaignante de celui qui allègue être lésé par l'infraction poursuivie, notamment en cas de contestation de la part du prévenu.

Dans l'hypothèse où la décision querellée reconnaît, respectivement confirme la qualité de partie plaignante, se pose pour le prévenu la question d'un éventuel recours immédiat. Au niveau cantonal, il faut distinguer selon l'autorité ayant rendu la décision. Lorsqu'elle émane du **ministère public**, la recevabilité du recours suppose notamment un intérêt juridiquement protégé du recourant à l'annulation ou à la modification de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP). De jurisprudence constante, la Cour de justice genevoise voit un tel intérêt dans le fait que la situation du prévenu est susceptible d'être péjorée par la présence d'une partie plaignante, autorisée à faire valoir ses droits procéduraux et à prendre des conclusions, tant civiles que pénales contre lui⁹⁷. La pratique de la Cour suprême du canton de Berne va dans le même sens⁹⁸. Cette juridiction considère notamment que le prévenu dispose d'un intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 382 CPP pour recourir contre l'admission d'une partie plaignante, dans la mesure où il allègue que la participation active de celle-ci pourrait influencer le sort de la cause. En outre, l'admission, à l'issue de la phase de jugement, d'un appel sur la question du statut de partie plaignante aboutirait à une cassation du jugement au fond et, par conséquent, entraînerait

⁹⁶ BSK StPO-MAZZUCHELLI / POSTIZZI, Art. 121 N 2.

⁹⁷ Arrêt ACPR/355/2016 de la Cour de justice de Genève, Chambre pénale de recours, du 13 juin 2016, notamment consid. 1.2.1 et 1.2.2 (et les nombreuses références citées), rendu dans la procédure P/24473/2015.

⁹⁸ Décision BK 2014 325 de la Cour suprême de Berne, Chambre de recours pénale, du 17 février 2015, avec référence à une décision BK 13/73 du 30 avril 2013 rendue par la même instance. A noter toutefois que la décision précitée du 17 février 2015 a été rendue par la direction de la procédure de l'autorité de jugement et, comme indiqué ci-après, il n'est pas certain que la démonstration d'un intérêt juridiquement protégé aux termes de l'art. 382 al. 1 CPP soit suffisante dans cette hypothèse.

un allongement considérable de la procédure qui la rendrait particulièrement longue et coûteuse.

Lorsque le statut de partie plaignante est contesté peu de temps après son admission (généralement, au début d'une procédure), il paraît d'ailleurs légitime pour le prévenu de vouloir solliciter le prononcé de **mesures provisionnelles** à l'appui de son recours, visant à enjoindre l'intimé de restituer, jusqu'à droit connu sur le recours, les pièces du dossier dont il aurait déjà pu lever copie. La Cour de justice genevoise a récemment accepté de rendre une ordonnance en ce sens⁹⁹. Il faut reconnaître, en effet, que l'accès au dossier d'une procédure pénale accordé à l'intimé dont la qualité de partie est contestée ne va pas sans poser de problème, en particulier lorsque le dossier comporte des informations sensibles dont la divulgation à des tiers est susceptible d'occasionner un préjudice difficilement réparable aux personnes concernées¹⁰⁰ (prévenu, autre partie plaignante, etc.).

Dans le cas où la qualité de partie plaignante est confirmée par la direction de la procédure de l'**autorité de jugement**, que ce soit avant l'ouverture des débats ou pendant ceux-ci, il ne suffit plus pour le prévenu recourant de se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé selon l'art. 382 al. 1 CPP. Conformément au mécanisme découlant des art. 65 al. 1 et 393 al. 1 let. b CPP, la recevabilité de son recours suppose qu'il puisse démontrer en quoi la décision rendue est susceptible de lui causer un préjudice irréparable¹⁰¹.

Or, si l'on fait le parallèle avec la pratique suivie en relation avec l'art. 93 al. 1 let. a LTF, disposition qui traite de la recevabilité du recours au **Tribunal fédéral** contre une décision incidente et qui fait aussi appel à la notion du préjudice irréparable, il n'est pas certain que les inconvénients, aussi nombreux soient-ils, découlant du maintien d'une partie plaignante à la procédure, *a fortiori* au stade de l'audience de jugement, permettent de fonder un tel préjudice. En effet, de jurisprudence constante, notre Haute Cour est de l'avis — discutable à certains égards¹⁰² — qu'une décision qui reconnaît au prétendu lésé la qualité de partie plaignante dans une procédure pénale, «*ne cause en règle générale au prévenu aucun préjudice irréparable qu'une décision*

⁹⁹ Ordonnance de la Cour de justice de Genève, Chambre pénale de recours, du 10 mars 2016, rendu dans la procédure P/24473/2015.

¹⁰⁰ Voir déjà sur ces questions GARBARSKI, SJ 2013, pp. 138 ss.

¹⁰¹ Voir dans ce sens, par exemple, la décision 2013.72 du Tribunal cantonal neuchâtelois, Autorité de recours en matière pénale, du 10 septembre 2013, publiée in RJN 2013, p. 370. Voir également TF 1B_569/2011 du 23 décembre 2011, consid. 2 (f), ainsi que BSK StPO-GUIDON, Art. 393 N 13.

¹⁰² GARBARSKI, SJ 2013, pp. 137 ss.

*finale ne ferait pas disparaître entièrement»*¹⁰³, étant rappelé que ce préjudice doit être de nature juridique¹⁰⁴.

F. La (prétendue) partie plaignante peut-elle recourir immédiatement contre la décision de refus ou d'exclusion rendue en cours de procédure?

Il est constant que la décision du **ministère public** qui, lors de la procédure préliminaire, rejette une constitution de partie plaignante ou dénie cette qualité au prétendu lésé est sujette à recours immédiat au niveau cantonal, dès lors que ses effets ne sont pas aptes à être ultérieurement réparés. L'intérêt juridiquement protégé au recours, au sens de l'art. 382 al. 1 CPP, est donc en principe donné¹⁰⁵.

Lorsque la qualité de partie plaignante est déniée par la direction de la procédure de l'**autorité de jugement**, au cours des débats, on rappelle qu'un recours immédiat à l'autorité cantonale supérieure selon l'art. 393 al. 1 lit. b CPP a été créé par la voie prétorienne, vu que les effets d'une telle décision ne sont pas non plus susceptibles d'être corrigés par la suite¹⁰⁶.

Enfin, la décision de l'instance cantonale supérieure qui par hypothèse dénierait au prétendu lésé la qualité de partie plaignante peut être, dans la foulée, portée au **Tribunal fédéral** par la voie du recours en matière pénale. En effet, selon la jurisprudence, pour la partie concernée, qui se trouve définitivement écartée de la procédure, une telle décision présente les traits d'une décision finale au sens de l'art. 90 LTF¹⁰⁷. On rappelle également dans ce contexte que la décision qui déclare irrecevable un recours cantonal, au motif du défaut de qualité de partie plaignante du recourant, équivaut à un déni de justice formel qui ouvre la voie du recours au Tribunal fédéral indépendamment de sa qualité pour recourir sur le fond¹⁰⁸ (cf. *infra* II.K).

¹⁰³ TF 1B_380/2014 du 1^{er} avril 2015, consid. 3.1 et les références citées (f).

¹⁰⁴ TF 1B_347/2009 du 25 janvier 2010, consid. 2 (f).

¹⁰⁵ TF 1B_438/2016 du 14 mars 2017, consid. 2.2 (f).

¹⁰⁶ ATF 138 IV 193 consid. 4.3 et 4.4 (f). Voir aussi TF 1B_634/2011 du 13 janvier 2012, consid. 2 (f) et BSK StPO-GUIDON, Art. 393 N 13. A notre sens, cette solution doit s'appliquer *mutatis mutandis* lorsque la décision d'exclusion est rendue avant l'ouverture des débats.

¹⁰⁷ ATF 143 IV 77, consid. 1; TF 1B_137/2015 du 1^{er} septembre 2015, consid. 1 (f), SJ 2016 I p. 145; TF 6B_680/2013 du 6 novembre 2013, consid. 1 (f).

¹⁰⁸ TF 6B_680/2013 du 6 novembre 2013, consid. 1 (f). Voir aussi récemment TF 6B_761/2016 du 16 mai 2017, consid. 2.1.

G. La partie plaignante dispose-t-elle d'un intérêt juridique au recours si son exclusion ne porte que sur certaines des infractions poursuivies?

Dans le prolongement des développements qui précèdent (cf. *supra* II.F), la question se pose également de savoir si une personne peut se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé pratique et actuel à recourir (art. 382 al. 1 CPP) contre une décision qui lui dénie la qualité de partie plaignante uniquement pour certaines des infractions poursuivies, sans donc l'évincer totalement de la procédure. Le Tribunal fédéral y a récemment répondu par l'affirmative¹⁰⁹, dans une affaire genevoise où une banque avait vu son recours contre la décision du ministère public déclaré irrecevable par la Cour de justice. Celle-ci s'était notamment fondée sur le principe dit de l'indivisibilité de l'admission d'une partie plaignante à la procédure pénale pour conclure à l'absence d'intérêt juridique¹¹⁰.

A moins que l'infraction pour laquelle la qualité de partie plaignante est déniée découle des mêmes faits ou qu'elle s'inscrit dans un rapport de subsidiarité par rapport aux autres infractions, le Tribunal fédéral voit en particulier l'intérêt juridiquement protégé au recours dans la limitation immédiate qu'une décision d'exclusion entraîne sur les droits procéduraux, déjà au stade de l'instruction. En effet, la partie plaignante ne saurait exercer ces droits, notamment celui de participer activement à l'administration des preuves, qu'en lien avec les faits relatifs aux infractions dont elle est lésée¹¹¹.

H. La maxime de disposition est-elle applicable à l'action civile adhésive?

Il découle de l'art. 123 al. 1 CPP que la partie plaignante qui exerce l'action civile par adhésion au procès pénal doit chiffrer et motiver ses conclusions civiles par écrit. La question se pose de savoir si la maxime de disposition, consacrée en procédure civile par l'art. 58 al. 1 CPC, est également applicable en procédure pénale. En bref, cette maxime signifie que le juge ne peut accorder à une partie ni plus, ni autre chose que ce qu'elle a demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la

¹⁰⁹ TF 1B_438/2016 du 14 mars 2017 (f).

¹¹⁰ Arrêt ACPR/664/2016 de la Cour de justice de Genève, Chambre pénale de recours, du 17 octobre 2016, notamment consid. 2.

¹¹¹ TF 1B_438/2016 du 14 mars 2017, consid. 2.4 (f). A noter qu'à la suite de l'arrêt de renvoi précité, la Cour de justice de Genève a admis le recours interjeté par la banque. Voir ACPR/280/2017 du 2 mai 2017.

partie adverse. Selon la jurisprudence rendue sous l'angle du CPC¹¹², le juge serait même lié par le fondement juridique précisé par la partie demanderesse dans ses conclusions (dommages-intérêts, tort moral, etc.).

Bien que la question n'ait à notre connaissance pas encore été clairement tranchée, le Tribunal fédéral s'est montré favorable dans plusieurs arrêts récents¹¹³ à ce que la maxime de disposition soit également applicable par analogie en procédure pénale, dans le contexte de l'action civile adhésive, afin notamment que le prévenu puisse se déterminer conformément à l'art. 124 al. 2 CPP (c'est-à-dire au plus tard lors des débats de première instance et sous une forme adéquate¹¹⁴) sur les conclusions civiles écrites prises par la partie plaignante.

I. La partie plaignante peut-elle être tenue d'indemniser le prévenu en cas de recours contre l'ordonnance de classement?

On rappelle que, selon la jurisprudence¹¹⁵, la partie plaignante peut devoir assumer les frais de défense du prévenu devant l'instance d'appel, lorsqu'il est acquitté totalement ou partiellement à la suite d'un appel interjeté par la seule partie plaignante.

Le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion de préciser que cette jurisprudence appelait une interprétation restrictive et qu'elle ne se justifiait que lorsque s'était déroulée une procédure complète devant un «tribunal» aux termes de l'art. 13 CPP, dont la décision est ensuite attaquée exclusivement par la partie plaignante. Selon notre Haute Cour, contrairement à la solution retenue sans développement particulier dans un arrêt du 26 juin 2014¹¹⁶, la jurisprudence susmentionnée ne saurait ainsi être transposée au cas de figure où la partie plaignante se voit déboutée de son recours dirigé contre une ordonnance de classement du ministère public (art. 319 CPP)¹¹⁷.

¹¹² TF 4A_397/2016 du 30 novembre 2016, consid. 2.1; TF 4A_307/2011 du 16 décembre 2011, consid. 2.4 et 2.5.

¹¹³ TF 4D_62/2014 du 19 janvier 2015, consid. 5 (f): «*Par analogie, cette maxime semble applicable aussi à l'action civile adhésive [...]*». Plus affirmatif: TF 6B_193/2014 du 21 juillet 2014, consid. 2.2 (f), SJ 2015 I p. 298: «*[...] le procès civil dans le procès pénal demeure soumis à la maxime des débats et à la maxime de disposition [...]*».

¹¹⁴ Le Tribunal fédéral a récemment jugé à cet égard que, contrairement à ce qui est garanti à la partie plaignante par l'art. 123 al. 2 CPP, l'art. 124 CPP ne prévoit pas en faveur du prévenu un droit à se déterminer par écrit. Voir TF 6B_259/2016 du 21 mars 2017, consid. 4.3.2 (f).

¹¹⁵ ATF 139 IV 45 (f), SJ 2013 I p. 300. Voir à ce sujet GARBARSKI, SJ 2013, pp. 151 ss.

¹¹⁶ TF 6B_1125/2013 du 26 juin 2014, consid. 4.3.

¹¹⁷ ATF 141 IV 476, consid. 1.1 et 1.2 (f), SJ 2016 I p. 20.

J. La partie plaignante renvoyée à agir devant le juge civil peut-elle prétendre à une indemnité dans la procédure pénale?

Aux termes de l'art. 433 al. 1 lit. a CPP, la partie plaignante peut demander au prévenu une juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure, si elle obtient gain de cause. L'art. 433 CPP est également applicable à la procédure d'appel (cf. art. 416 CPP)¹¹⁸. La notion de «juste indemnité» laisse un large pouvoir d'appréciation au juge; elle couvre les dépenses et les frais nécessaires pour faire valoir le point de vue de la partie plaignante dans la procédure pénale, soit en premier lieu ses frais d'avocat¹¹⁹.

L'art. 433 al. 2 CPP précise que la partie plaignante doit adresser ses prétentions, chiffrées et justifiées, à l'autorité pénale compétente, à défaut de quoi cette dernière n'entre pas en matière sur la demande. La maxime d'instruction ne s'applique donc pas. Les prétentions de la partie plaignante doivent être soumises au juge avant la clôture des débats, de manière à ce qu'il puisse les traiter dans son jugement conformément à l'art. 81 al. 4 lit. b CPP¹²⁰. Selon le Tribunal fédéral, la péremption prévue par l'art. 433 al. 2 CPP ne s'applique toutefois que si la partie plaignante a été rendue attentive par l'autorité pénale à son droit d'obtenir, le cas échéant, une indemnité, comme à son devoir de chiffrer et documenter celles-ci¹²¹.

La partie plaignante obtient gain de cause aux termes de l'art. 433 al. 1 CPP lorsque le prévenu est condamné et/ou si les prétentions civiles sont admises¹²². Lorsque le prévenu est condamné par voie d'ordonnance pénale et qu'il n'a pas reconnu les prétentions civiles de la partie plaignante, celle-ci est renvoyée à agir par la voie civile (art. 353 al. 2 CPP). Dans une telle hypothèse, la partie plaignante est considérée avoir obtenu gain de cause comme demandeur au pénal, de sorte qu'elle doit être indemnisée dans la procédure pénale uniquement pour les frais de défense encourus en relation avec le volet pénal¹²³. S'agissant des dépenses occasionnées par l'aspect civil de sa démarche et même si la délimitation peut s'avérer délicate, la partie

¹¹⁸ TF 1B_475/2011 du 11 janvier 2012, consid. 2.1 (f).

¹¹⁹ TF 6B_965/2013 du 3 décembre 2013, consid. 3.1.1 (f), SJ 2014 I p. 228.

¹²⁰ TF 6B_965/2013 du 3 décembre 2013, consid. 3.3 (f), SJ 2014 I p. 228.

¹²¹ TF 6B_1000/2015 du 28 septembre 2015, consid. 3 (f) et les références citées.

¹²² TF 6B_965/2013 du 3 décembre 2013, consid. 3.1.1 (f), SJ 2014 I p. 228.

¹²³ ATF 139 IV 102, consid. 4.3 et 4.4. Voir aussi TF 6B_753/2013 du 17 février 2014, consid. 4.2 (f).

plaignante doit les faire valoir devant le juge civil, avec ses prétentions sur le fond¹²⁴.

K. Quelles sont les exigences de motivation applicables au recours en matière pénale de la partie plaignante devant le Tribunal fédéral?

Selon l'art. 81 al. 1 lit. a et b. ch. 5 LTF, la partie plaignante qui a participé à la procédure de dernière instance cantonale est habilitée à recourir au Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière pénale, «*si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles*». Sont visées les prétentions fondées sur le droit civil, qui sont habituellement exercées devant les tribunaux civils, notamment les dommages-intérêts (art. 41 CO) et le tort moral (art. 49 CO).

Conformément à l'art. 42 al. 1 LTF, il incombe au recourant d'alléguer les faits qu'il considère comme propres à fonder sa qualité pour recourir. Sauf à se plaindre d'une violation de ses droits de partie équivalant à un déni de justice formel¹²⁵, la partie plaignante doit donc expliquer dans son mémoire de recours quelles prétentions civiles elle entend faire valoir contre l'intimé, y compris dans l'hypothèse où elle n'aurait pas encore déclaré des conclusions civiles dans la procédure pénale¹²⁶. La jurisprudence se montre restrictive, car il n'appartient pas à la partie plaignante de se substituer au ministère public, ni d'assouvir une soif de vengeance. Aussi, le Tribunal fédéral n'entre en matière que s'il ressort de façon suffisamment précise de la motivation du recours que les conditions précitées sont réalisées, à moins que l'on puisse le déduire directement et sans ambiguïté, compte tenu notamment de l'infraction alléguée¹²⁷.

Il découle de ce qui précède que si la partie plaignante invoque des infractions distinctes à l'appui de son recours au Tribunal fédéral, elle doit mentionner, par rapport à chacune d'elles, en quoi consiste le dommage qu'elle entend faire valoir contre le(s) prévenu(s) par voie d'adhésion au procès pénal. Si cette exigence de motivation n'est remplie que pour certaines des infractions en cause, le recours est irrecevable

¹²⁴ ATF 139 IV 102, consid. 4.4.

¹²⁵ ATF 141 IV 1, consid. 1.1 (f) et les références citées. Le recourant ne saurait toutefois faire valoir par ce biais, même indirectement, des moyens qui ne peuvent être séparés du fond.

¹²⁶ Cela arrive d'ailleurs souvent en cas de recours dirigé contre une ordonnance de non-entrée en matière (art. 310 CPP) ou contre une ordonnance de classement (art. 319 CPP) rendue par le ministère public.

¹²⁷ Pour le tout, ATF 141 IV 1, consid. 1.1 (f) et la jurisprudence citée.

pour les autres¹²⁸, étant également précisé que, selon la jurisprudence, ni les frais judiciaires, ni les frais d'avocat ne constituent des conclusions civiles valables, car ces postes ne sont qu'une conséquence indirecte d'une infraction¹²⁹.

III. CONCLUSION

Ainsi que l'illustre la présente contribution et conformément au vœu exprimé à l'époque par le Conseil fédéral à l'appui du Message relatif au CPP¹³⁰, le Tribunal fédéral a eu l'occasion, ces dernières années, de continuer à façonner les contours des notions de lésé et de partie plaignante et à préciser la portée des droits procéduraux qui s'y attachent. Il faut s'en réjouir, tant il est vrai que les clarifications apportées au gré des arrêts rendus contribuent à la sécurité et à la prévisibilité du droit, peu importe d'ailleurs que l'on soit ou non d'accord avec la solution adoptée. Le réservoir des questions controversées n'est pas encore épuisé pour autant, loin s'en faut. En effet, les Juges de Mon-Repos restent tributaires non seulement des problèmes juridiques abordés dans les recours qui leurs sont soumis, mais également plus largement du degré de créativité des plaideurs et des orientations de la pratique à l'échelle cantonale. Nous continuerons ainsi à suivre avec intérêt l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans ce domaine en perpétuelle évolution.

¹²⁸ TF 6B_1365/2016 du 4 avril 2017, consid. 4.1 (f), ainsi que TF 6B_432/2015 du 1^{er} février 2016, consid. 1.2 (f), avec dans les deux cas renvoi à un arrêt TF 6B_914/2013 du 27 février 2014, consid. 1.2 (f). On peut s'étonner que ce dernier arrêt soit régulièrement cité en référence pour étayer ce point, dès lors que la conformité du recours à l'art. 42 LTF y a été laissée ouverte (quoique jugée douteuse). En outre, le Tribunal fédéral y mentionne la recevabilité du recours en général, sans indiquer qu'elle s'examinerait individuellement pour chaque infraction considérée.

¹²⁹ TF 6B_432/2015 du 1^{er} février 2016, consid. 1.2 (f), avec référence à un arrêt TF 6B_1183/2015 du 16 décembre 2015, consid. 3.2 (f) concernant les frais judiciaires et TF 6B_1076/2014 du 7 octobre 2014, consid. 1.2 (f) concernant les honoraires d'avocat.

¹³⁰ Message CPP, p. 1148.

BIBLIOGRAPHIE

- DOLGE Annette, *in* CAN-Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung, 2015, pp. 49 ss
- DONATSCH Andreas / HANSJAKOB Thomas / LIEBER Viktor (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2^{ème} édition, Zurich 2014 (cité: StPO Kommentar-AUTEUR)
- GARBARSKI Andrew M., Qualité de partie plaignante du créancier cessionnaire des droits de la masse (art. 260 LP), *GesKR* 4/2014, pp. 536 ss (cité: GARBARSKI, *GesKR* 2014)
- GARBARSKI Andrew M., Le lésé et la partie plaignante en procédure pénale: état des lieux de la jurisprudence récente, *SJ* 2013 II pp. 123 ss (cité: GARBARSKI, *SJ* 2013)
- GARBARSKI Andrew M., Qualité de partie plaignante et criminalité économique: quelques questions d'actualité, *RPS* 2/2012, pp. 160 ss (cité: GARBARSKI, *RPS* 2012)
- MAYER Thomas M., Der Trust im Lugano-Übereinkommen, *PJA* 3/2017, pp. 299 ss
- MESSAGE DU CONSEIL FÉDÉRAL du 21 décembre 2005 relatif à l'unification de la procédure pénale, *FF* 2006, pp. 1057 ss (cité: Message CPP)
- MESSAGE DU CONSEIL FÉDÉRAL du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, *FF* 2000, pp. 3995 ss (cité: Message LFus)
- MOREILLON Laurent / PAREIN-REYMOND Aude, *Petit commentaire CPP*, 2^{ème} édition, Bâle 2016
- NIGGLI Marcel Alexander / HEER Marianne / WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, 2^{ème} édition, Bâle 2014 (cité: BSK StPO-AUTEUR)
- PANNATIER KESSLER Delphine, *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Genève/Zurich/Bâle 2011
- SPÜHLER Karl / TENCHIO Luca / INFANGER Dominik (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2^{ème} édition, Bâle 2013 (cité: BSK ZPO-AUTEUR)

SJ 2017 II 149

STEINAUER Paul-Henri, Le droit des successions, 2^{ème} édition, Berne
2015

WATTER Rolf / VOGT Nedim Peter / TSCHÄNI Rudolf / DAENIKER
Daniel (édit.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2^{ème} édition,
Bâle 2015 (cité: BSK FusG-AUTEUR)

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	125
II.	APERÇU DE QUELQUES JURISPRUDENCES D'ACTUALITÉ	126
A.	Qui peut prétendre à la qualité de lésé?.....	126
1.	Généralités	126
2.	Lorsque l'infraction est commise en lien avec une personne morale, un fonds de placement ou encore un trust	127
3.	Lorsque l'infraction protège un intérêt collectif	129
4.	Lorsque l'infraction est commise au sein d'une banque	131
B.	Qui sont les «proches de la victime» selon l'art. 116 al. 2 CPP?.....	133
C.	Qui est lésé et quels droits de procédure peuvent être exercés en cas d'infraction commise dans un contexte successoral?.....	134
D.	La société absorbante peut-elle participer à une procédure pénale en cas d'infractions commises préalablement à une fusion, au détriment de la société absorbée?.....	136
E.	Le prévenu peut-il recourir immédiatement contre la décision qui reconnaît et/ou confirme la qualité de partie plaignante en cours de procédure?	140
F.	La (prétendue) partie plaignante peut-elle recourir immédiatement contre la décision de refus ou d'exclusion rendue en cours de procédure?.....	142
G.	La partie plaignante dispose-t-elle d'un intérêt juridique au recours si son exclusion ne porte que sur certaines des infractions poursuivies?	143
H.	La maxime de disposition est-elle applicable à l'action civile adhésive?	143
I.	La partie plaignante peut-elle être tenue d'indemniser le prévenu en cas de recours contre l'ordonnance de classement?	144
J.	La partie plaignante renvoyée à agir devant le juge civil peut-elle prétendre à une indemnité dans la procédure pénale?	145
K.	Quelles sont les exigences de motivation applicables au recours en matière pénale de la partie plaignante devant le Tribunal fédéral?.....	146
III.	CONCLUSION	147
	BIBLIOGRAPHIE.....	148