

ZStrR

Schweizerische Zeitschrift
für Strafrecht

Band/Tome

130

RPS Revue Pénale
Suisse

2

RPS Rivista Penale
Svizzera

Renate Schwob

**Retrozessionen: Betrachtungen zur strafrechtlichen
Relevanz für eine Bank**

Marcel Keller

**Der revidierte Art. 19 BetmG in der Fassung
vom 20. März 2008**

Andrew M. Garbarski

**Qualité de partie plaignante et criminalité
économique: quelques questions d'actualité**

Daniel Häring/Mirjam Olah

**Telemedizin und Strafrecht: Spannungsfeld zwischen
«bequemer» Heilung aus Distanz und ärztlicher
Sorgfaltspflicht am Beispiel der Telefonkonsultation**

Fabienne Schenker

**Die Problematik der Verschuldensklausel bei
der Anordnung einer teilbedingten Freiheitsstrafe –
im geltenden Recht und im Hinblick auf erneute
StGB-Revisionen**



Stämpfli Verlag AG Bern 2012
www.zstrr.recht.ch

Andrew M. Garbarski*, Genève

Qualité de partie plaignante et criminalité économique: quelques questions d'actualité

Table des matières

- I. Introduction
- II. Notions de «lésé» et de «partie plaignante»
 1. Le lésé (Art. 115 CPP)
 - a) La titularité du bien juridique directement atteint (Art. 115 al. 1 CPP)
 - b) L'élargissement de la qualité de lésé aux personnes légitimées à déposer une plainte pénale (Art. 115 al. 2 CPP)
 - c) Aperçu du statut du lésé dans la procédure
 - d) Transmission des droits du lésé par subrogation
 2. La partie plaignante (Art. 118 CPP)
 - a) Définition et généralités
 - b) Les modalités de constitution de partie plaignante et aperçu de ses droits dans la procédure
 - c) Renonciation et retrait
 - d) Infractions déterminantes pour la qualité de partie plaignante?
 - e) Contestation judiciaire de la qualité de partie plaignante
 3. Quelques observations sur les changements apportés par le CPP au régime applicable précédemment dans certains cantons
- III. Le statut de «partie plaignante» à l'épreuve de la criminalité économique
 1. Introduction
 2. Infractions contre le patrimoine
 - a) Généralités
 - b) Particularités lorsque l'infraction est commise dans la gestion d'une personne morale
 3. Infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes
 4. Faux dans les titres
 5. Blanchiment d'argent
 6. Particularités lorsque l'infraction est commise au sein d'une banque
- IV. Conclusion

* Docteur en droit, avocat, Bär & Karrer SA.
Je remercie M^e Alain Macaluso, docteur en droit, professeur à l'Université de Lausanne, avocat, ainsi que M^e Sara Rosta, avocate, juge suppléante au Tribunal civil de Genève, pour leur relecture critique et les conseils avisés dont ils m'ont fait part dans le cadre de la préparation de la présente contribution. Je tiens également à remercier M^e Virginie Chapuisat, avocate stagiaire auprès de Bär & Karrer SA, pour son aide dans la mise en page du document.

I. Introduction

Le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007¹ (CPP) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Mettant un terme à un long processus législatif, engagé il y a une quinzaine d'années², le CPP unifie une matière régie, jusque-là, notamment par 26 codes cantonaux de procédure ainsi que par la (défunte) Loi fédérale sur la procédure pénale fédérale (aPPF)³.

Le CPP a apporté différentes innovations importantes⁴, parmi lesquelles on citera, par exemple, l'avocat de la première heure (Art. 158 et 159 CPP), la procédure simplifiée, inspirée du *plea bargaining* pratiqué aux Etats-Unis (Art. 358 à 362 CPP)⁵, ou encore l'obligation faite à la Confédération et aux cantons de créer un tribunal des mesures de contrainte (Art. 18 CPP).

Le CPP renforce également la position que le lésé occupe dans le procès pénal, en particulier s'il se constitue partie plaignante⁶. En effet, sous réserve de quelques exceptions prévues par la loi⁷, le juge pénal est désormais tenu de trancher les conclusions civiles dont il a été saisi, indépendamment de la valeur litigieuse et peu importe que la partie plaignante revête le statut de simple lésé ou de victime⁸.

- 1 RS 312.0.
- 2 Voir l'aperçu publié par l'Office fédéral de la justice, sur http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/them-en/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_strafprozess.html (consulté le 29 février 2012).
- 3 Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005, FF 2006 1058 s.; De 29 à l'unité, Rapport de la commission d'experts «Unification de la procédure pénale», Berne 1997, ch. 1.1, 15 ss (disponible sur <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess/a29m1-f.pdf>) (consulté le 29 février 2012); voir aussi A. Kuhn, La procédure pénale fédérale: choix du modèle et droit transitoire, in: La procédure pénale fédérale, R. Pfister-Liechti (éd.), Berne 2010, 12 s.
- 4 Message (n. 3), ch. 1.5.3, 1083 ss.
- 5 Parmi beaucoup d'autres, voir notamment Y. Jeanneret, Les procédures spéciales dans le Code de procédure pénale suisse, in: La procédure pénale fédérale, R. Pfister-Liechti (éd.), Berne 2010, 168 ss.
- 6 N. Jeandin/H. Matz, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, A. Kuhn/Y. Jeanneret (éd.), Bâle 2011, Art. 126 N 1; Y. Jeanneret, La partie plaignante et l'action civile, RPS 128 (2010), 297 et 317. Voir aussi, dans le même sens, A. Macaluso, L'action civile dans le procès pénal régi par le nouveau CPP, in: Le procès en responsabilité civile, F. Werro/P. Pichonnaz (éd.), Berne 2011, 176: «Le régime mis en place par ces dispositions est dans l'ensemble très favorable au lésé.»
- 7 Cf. notamment Art. 126 al. 2 CPP.
- 8 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 126 N 1; M. Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, Bâle 2009, 98.

A l'avenir, il faut dès lors s'attendre à ce que les lésés prennent une part de plus en plus active dans les affaires pénales, aux côtés de l'autorité de poursuite, dès la phase préliminaire de la procédure (Art. 299 ss CPP)⁹.

Dans la pratique, l'implication du lésé dans la procédure est particulièrement marquée – et souvent décisive – dans les affaires complexes, dites de «criminalité économique». Dans ce type de dossier, le lésé n'hésite pas à s'attacher les services d'experts privés mandatés à ses frais (déetectives, experts-comptables, informaticiens, etc.), afin de préparer une dénonciation aussi détaillée que possible, ou pour alimenter le dossier pénal, dans le cours de la procédure, parallèlement à l'instruction menée par le ministère public.

La *nuisance value* de la partie plaignante, généralement perçue comme l'alliée de l'autorité de poursuite, explique d'ailleurs pourquoi sa qualité de lésé et, par tant, sa légitimation à participer à la procédure pénale, sont souvent contestées par la défense¹⁰.

En outre, le fait que le recours au Tribunal fédéral soit en principe réservé au lésé qui a pris des conclusions civiles chiffrées déjà dans le procès pénal¹¹ n'est probablement pas sans incidence non plus sur le rôle proactif que cet acteur est appelé à jouer, tout au long de la procédure, en vue d'étayer le montant du dommage qu'il allègue avoir subi.

Au vu de ce qui précède, il apparaît indispensable que les contours de la notion de *lésé*, telle qu'elle découle du nouveau CPP, soient dessinés de manière aussi précise que possible¹², d'autant plus que le législateur a volontairement choisi de renoncer «[...] à régler [dans la loi] des questions prêtant à doute auxquelles donne lieu [cette] notion [...]»¹³.

9 CR CPP-*Jeandin/Matz* (n. 6), Art. 122 N 1.

10 Le procès des anciens dirigeants et réviseurs de la Banque cantonale de Genève (BCGE), qui s'est déroulé récemment à Genève, en fournit un bon exemple, puisque la défense a tout essayé (sans succès) pour se débarrasser de l'Etat de Genève, qualifiée d'*encombrante partie civile* dans la presse. Voir à ce sujet l'article intitulé «L'Etat reste partie au procès BCGE», Le Temps du 8 octobre 2010 (disponible sur http://www.letemps.ch/Page/Uuid/1a3f1616-d253-11df-b506-2448604ede74/LEtat_de_Gen%C3%A8ve_reste_partie_au_proc%C3%A8s_BCGE [consulté le 29 février 2012]).

11 Art. 81 al. 1 lit. b ch. 5 de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), selon la nouvelle teneur entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. A ce sujet, voir tout récemment ATF 137 IV 247, consid. 1.3.1, avec une référence à la pratique développée en application de la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI; RS 312.5). Voir aussi *Jeanneret* (n. 6), 316 s. et ATF 136 IV 29, JdT 2010 IV 173, SJ 2010 I 102 (rés.).

12 *H. Kiener*, in: P. Goldschmid/T. Maurer/J. Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Berne 2008, 93.

13 Message (n. 3), ch. 2.3.3.1, 1148.

Tel est l'objet de la présente contribution, où la question de la qualité de *lésé* sera, en particulier, examinée à la lumière de plusieurs infractions «types», qui sont souvent au cœur des affaires de criminalité économique.

II. Notions de lésé et de partie plaignante

1. Le lésé (Art. 115 CPP)

a) La titularité du bien juridique directement atteint (Art. 115 al. 1 CPP)

L'Art. 115 al. 1 CPP dispose ce qui suit: «On entend par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction.»

Il est unanimement admis que le *lésé*, au sens de la disposition précitée, vise le titulaire du bien juridique protégé par la norme et qui est directement et personnellement touché par l'infraction en cause¹⁴. Dans le cas des délits de mise en danger ou de simples tentatives, il s'agit de la personne qui a été menacée d'une telle atteinte¹⁵.

En revanche, il ne suffit pas d'avoir un intérêt (idéal) à la poursuite pénale d'une personne pour revêtir la qualité de lésé¹⁶.

14 Arrêts du TF 1B_230/2011 du 22.7.2011, consid. 1.3.1; 1B_201/2011 du 9.6.2011, consid. 2.1; 6B_557/2010 du 9.3.2011, consid. 5.1; décision du *Bezirksgericht* de Zurich (rendue dans la cause DG110141-L/Z04) du 19.11.2011, consid. 2.2; *G. Mazzuchelli/M. Postizzi*, in: Basler Kommentar StPO, M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (éd.), Bâle 2011, Art. 115 N 19 et N 21; *C. Perrier*, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, A. Kuhn/Y. Jeanneret (éd.), Bâle 2011, Art. 115 N 5 ss; *G. Piquerez/A. Macaluso*, Procédure pénale suisse, Manuel, 3^e édition, Genève/Zurich/Bâle 2011, 296, N 850; voir aussi *Y. Bendani*, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, A. Kuhn/Y. Jeanneret (éd.), Bâle 2011, Art. 104 N 11 et Art. 105 N 3; *Jeanneret* (n. 6), 298; *N. Schmid*, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, St-Gall/Zurich 2009, Art. 115 N 1. Voir aussi l'arrêt ACPR/79/2011 du 19.4.2011 rendu par la Cour de justice de Genève (Chambre pénale de recours), consid. 3.1; voir également le jugement de l'*Obergericht* de Zurich du 18.2.2008, in: ZR 2008, N 33 (124).

15 *K. Graf*, in: Enquêtes de police, G. Albertini/B. Fehr/B. Voser (éd.), Zurich 2009, 183; *Jeanneret* (n. 6), 298; BSK StPO-*Mazzuchelli/Postizzi* (n. 14), Art. 115 N 29 et 30; *V. Lieber*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber (éd.), Zurich 2010, Art. 115 N 1; *Macaluso* (n. 6), 177; CR CPP-*Perrier* (n. 14), Art. 115 N 12. Voir aussi le Rapport de synthèse des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de code de procédure pénale suisse et de loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs, Berne 2003, ch. 7.3, 37. Voir déjà l'Ordonnance de la Chambre d'accusation de Genève («OCA») 73/88 du 11.4.1988, consid. 6.

16 BSK StPO-*Mazzuchelli/Postizzi* (n. 14), Art. 115 N 25.

Par ailleurs, selon la jurisprudence et la doctrine, la détermination du titulaire du bien juridique atteint passe nécessairement par l'interprétation de l'infraction en cause¹⁷.

Le lésé peut être aussi bien une personne physique que morale¹⁸.

L'exigence d'une atteinte directe, découlant de l'Art. 115 al. 1 CPP, signifie qu'elle doit se trouver dans un rapport de causalité immédiat avec l'infraction en cause¹⁹.

Aussi, celui qui ne subit une atteinte que de manière indirecte, par contre-coup ou par ricochet, ne saurait être considéré comme un lésé²⁰. Il en va notamment ainsi du cessionnaire,²¹ des personnes subrogées *ex lege*²² ou *ex contractu*²³,

- 17 BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 45; arrêt ACPR/79/2011 du 19.4.2011 rendu par la Cour de justice de Genève (Chambre pénale de recours), consid. 3.1. Sous l'angle de l'Art. 30 CP, voir l'arrêt du TF 6S.504/2005 du 28.2.2006, consid. 1.1; Petit Commentaire, Code pénal I, M. Dupuis/B. Geller/G. Monnier/L. Moreillon/C. Pigué (éd.), Bâle 2008, Art. 30 N 13; D. Stoll, in: Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, R. Roth/L. Moreillon (éd.), Bâle 2009, Art. 30 N 19; C. Riedo, in: Basler Kommentar Strafrecht I, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), 2^e édition, Bâle 2007, Art. 30 N 6b; S. Trechsel/M. Jean-Richard-dit-Bressel, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, S. Trechsel et al. (éd.), Zurich/St-Gall 2008, Art. 30 N 2.
- 18 Arrêt du TF 6B_557/2010 du 9.3.2011, consid. 5.1; BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 31 ss; Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 115 N 5.
- 19 CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 13; voir déjà L. Moreillon/M. Dupuis/M. Mazou, La pratique judiciaire du Tribunal pénal fédéral en 2010, JdT 2010 IV 101, ch. 8; voir aussi l'arrêt du TF 6B_870/2009 du 18.3.2010, consid. 1.2; D. Zehntner/H. Hofer, in: Strafverteidigung, M. A. Niggli/P. Weissenberger (éd.), Bâle 2002, N 4.8, 135.
- 20 Pour des cas d'application récents, voir les arrêts du TF 1B_678/2011 du 30.1.2012, consid. 2.1 et 1B_201/2011 du 9.6.2011, consid. 2.2. Voir aussi les arrêts 6B_197/2011 du 19.7.2011, consid. 5.2 et 6B_557/2010 du 9.3.2011, consid. 5.1, ainsi que la décision du *Bezirksgericht* de Zurich (rendue dans la cause DG110141-L/Z04) du 19.9.2011, consid. 2.2; CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 104 N 11 *in fine*; CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 13; A. 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, 49.
- 21 BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 26; Piquerez/Macaluso, Manuel (n. 14), 297, N 853; Zehntner/Hofer (n. 19), N 4.7, 135; jugement de l'*Obergericht* de Zurich du 18.2.2008, in: ZR 2008, N 33 (124). Par cessionnaire, indirectement touché, on vise également le créancier ou l'actionnaire qui exerce l'action en dommages-intérêts de la communauté des créanciers, en vertu des Art. 757 al. 2 CO et 260 LP. Voir BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 26. Cf. également *infra* III.3.
- 22 Voir toutefois l'Art. 121 al. 1 CPP, qui permet aux proches de la victime de faire valoir ses droits procéduraux, pour autant que le lésé n'y avait pas renoncé de son vivant. Voir aussi l'Art. 121 al. 2 CPP, qui vise les cas de subrogation légale (cf. à ce sujet *infra* II.1.d). Voir BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 27.
- 23 Par exemple, l'assureur subrogé aux droits du lésé. Voir l'arrêt du TF 1P.620/2001 du 21.12.2001, consid. 2.1; BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 26; CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 13 *in fine*; Garbarski (n. 20), 49. Voir déjà OCA/73/88 du 11.4.1988, consid. 4.

de l'actionnaire²⁴ ou de l'ayant droit économique d'une personne morale, en cas d'infraction(s) commise(s) au détriment de celle-ci²⁵.

La définition consacrée par le législateur fédéral à l'Art. 115 al. 1 CPP n'est pas une réelle nouveauté, puisqu'elle est étroitement calquée sur la conception (classique) dite *pénaliste* du lésé²⁶, développée par le Tribunal fédéral au cours de ces dernières années, notamment en lien avec l'Art. 30 al. 1 du Code pénal suisse (CP)²⁷ et l'Art. 270 al. 1 et 2 aPPF²⁸. Cette définition met cependant un terme aux disparités qui subsistaient, jusqu'alors, entre les ordres juridiques cantonaux, tant du point de vue de la terminologie utilisée, qu'en ce qui concerne les conditions de fond et les droits procéduraux attachés au statut de lésé²⁹.

Il sera d'ailleurs brièvement revenu ci-après sur le régime qui avait cours dans certains cantons, notamment à Genève, jusqu'au 31 décembre 2010³⁰.

Il est important de relever que le critère susévoqué de la titularité du bien juridique attaqué a pour corollaire que l'existence ou non d'un préjudice civil (par

- 24 Pour un exemple tiré de la jurisprudence, voir le jugement rendu par le Tribunal de police de Genève JTP/1187/2010 du 23.11.2010, consid. 2. Voir toutefois *infra* III.2.b, en ce qui concerne la situation particulière au sein des groupes de sociétés.
- 25 Arrêt du TF 6B_557/2010 du 9.3.2011, consid. 5.1; Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 115 N 5; Macaluso (n. 6), 178; BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 28; CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 13 et N 18. Pour l'examen détaillé des droits qui s'offrent à l'actionnaire, sous l'angle de l'ancienne procédure pénale genevoise, voir Garbarski (n. 20), 47 ss.
- 26 Par opposition à l'approche *civiliste*, précédemment suivie par la Chambre d'accusation de Genève, selon laquelle seule pouvait se constituer partie civile «[...] la personne qui rend vraisemblable qu'elle subit un dommage actuel, direct et personnel en rapport de causalité adéquate avec l'infraction poursuivie [...]». Voir OCA/201/2010 du 18.8.2010, consid. 2.1; OCA/256/2009 du 4.11.2009, consid. 2.2; OCA/35/2009 du 4.2.2009, consid. 2.1 et les références citées; OCA/125/2007 du 20.6.2007, consid. 2.1. Voir aussi le Rapport de la commission chargée d'étudier les projets de code de procédure pénale et de loi constitutionnelle sur la liberté individuelle et sur l'inviolabilité du domicile, Genève 1977, 146 s. Voir aussi Garbarski (n. 20), 48 s.
- 27 Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0. L'Art. 30 al. 1 CP dispose que «lorsqu'une infraction n'est poursuivie que sur plainte, toute personne lésée peut porter plainte contre l'auteur». Voir les arrêts du TF 1P.393/2004 du 26.1.2005, consid. 4; 1P.448/2004 du 4.10.2004, consid. 2.2; ATF 128 IV 84 consid. 3a, JdT 2004 IV 71, SJ 2002 I, 297; voir aussi G. Piquerez, Procédure pénale suisse, Traité, théorique et pratique, 2^e édition, Zurich 2006, N 1026; Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, in: Praxiskommentar StGB (n. 17), Art. 30 N 1; CR CP I-Stoll (n. 17), Art. 30 N 19.
- 28 Dans sa teneur en vigueur entre le 1^{er} janvier 1993 et son abrogation par la LTF; voir CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 4. Arrêts du TF 6S.709/2000 du 26.5.2003, consid. 3.1; 6S.206/2000 du 14.8.2000, consid. 2a et 2b. Voir aussi BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 18.
- 29 BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 18; voir aussi le Message (n. 3), ch. 2.3.3.3, 1150 et L. Droese, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Zurich 2008, 3 s.
- 30 Cf. *infra* II.3.

exemple, sous la forme d'un dommage patrimonial)³¹ est dénuée de pertinence, sous l'angle de l'Art. 115 al. 1 CPP³², lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne revêt la qualité de lésé³³.

Un tel préjudice ne joue de rôle que dans le cadre de l'éventuelle action civile que le lésé, qui s'est constitué partie plaignante, fera valoir par adhésion à la procédure pénale (Art. 122 à 126 CPP)³⁴.

- b) L'élargissement de la qualité de lésé aux personnes légitimées à déposer une plainte pénale (Art. 115 al. 2 CPP)

Le législateur a encore précisé, à l'Art. 115 al. 2 CPP, que «sont toujours considérées comme des lésés les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale»³⁵. Dans la mesure où le droit de plainte, régi par l'Art. 30 CP, est (également) réservé à celui qui est directement et personnellement touché par l'infraction en cause³⁶, à l'instar de ce qui découle déjà de l'Art. 115 al. 1 CPP, le deuxième alinéa de cette disposition peut, à première vue, paraître redondant³⁷.

Cela est d'autant plus vrai que l'explication donnée dans le Message³⁸, selon laquelle «l'al. 2 apporte une précision en statuant que les [...] titulaires de biens juridiques auxquels on a porté atteinte, doivent toujours être considérées comme des lésés», n'est pas particulièrement convaincante.

31 Il est vrai que, le plus souvent, l'action civile adhésive du lésé sert à faire valoir une prétention en dommages-intérêts (Art. 41 CO) ou en réparation du tort moral (Art. 47 et 49 CO). L'action civile adhésive du lésé peut cependant aussi porter sur autre chose qu'une indemnisation, par exemple une atteinte à la personnalité (Art. 28a ss CC), ou encore une action tirée de la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241). Voir, parmi d'autres, *Macaluso* (n. 6), 181 s.

32 A la suite de *Macaluso* (n. 6), 177, il faut toutefois relever que l'Art. 163 de la Loi fédérale du 23 mars 1979 sur la procédure pénale militaire (RS 322.1) consacre toujours la conception dite *civiliste* du lésé, à laquelle nous reviendrons ci-après sous II.3.

33 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 22 et N 42 ss; *Jeanerret* (n. 6), 304. Voir aussi *Kiener*, in: *Goldschmid/Maurer/Sollberger* (n. 12), 93. Voir déjà, dans ce sens, la décision du Tribunal cantonal des Grisons du 31. 8. 1987, in: PKG 1987, 147: «[...] anderseits braucht kein Vermögensschaden nach zivilrechtlichen Begriffen vorzuliegen». Les développements consacrés sur cet aspect des choses par *Zehnter/Hofer* (n. 19), N 4.8, 135, apparaissent dès lors dépassés.

34 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 22.

35 Message (n. 3), ch. 2.3.3.1, 1148.

36 BSK Strafrecht I-Riedo (n. 17), Art. 30 N 9; CR CP I-Stoll (n. 17), Art. 30 N 19. Voir aussi *supra* sous note de bas de page 27.

37 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 94; CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 14. Voir aussi *Garbarski* (n. 20), 64.

38 Message (n. 3), ch. 2.3.3.1, p. 1148. Repris tel quel dans l'arrêt du TF 1B_201/2011 du 9. 6. 2011, consid. 2.1.

En réalité, comme le suggère l'adverbe *toujours* utilisé à l'Art. 115 al. 2 CPP, cette disposition signifie qu'elle étend la qualité de lésé à des personnes qui sont habilitées à déposer plainte, quand bien même elles ne sont pas directement et personnellement touchées par l'infraction³⁹. Tel est le cas, par exemple, de l'Art. 30 al. 2 CP, qui confère le droit de plainte au représentant légal du lésé⁴⁰. On peut également citer l'Art. 217 al. 2 CP, qui reconnaît ce droit à l'autorité chargée du recouvrement des pensions alimentaires. Il en va également ainsi de l'Art. 23 al. 2 LCD qui, dans ce domaine, accorde le droit de plainte à des associations professionnelles ou de protection des consommateurs⁴¹.

- c) Aperçu du statut du lésé dans la procédure

Tant qu'il n'est pas constitué partie plaignante, le lésé n'est pas une partie, mais un *autre participant* à la procédure (Art. 105 al. 1 lit. a CPP)⁴². L'Art. 105 al. 2 CPP lui reconnaît cependant tous les droits d'une partie qui sont nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts⁴³.

Parmi ces droits figure en particulier celui de se constituer partie plaignante (Art. 118 CPP)⁴⁴, le cas échéant moyennant la consultation préalable du dossier de la procédure (Art. 107 al. 1 lit. a CPP)⁴⁵. En vertu de l'Art. 105 al. 2 CPP, le lésé qui n'a pas encore eu l'occasion de se constituer partie plaignante est également légitimé à recourir⁴⁶.

39 *Jeanerret* (n. 6), 298; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 94 et N 99; CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 2 et N 14.

40 Arrêt du TF 1B_678/2011 du 30. 1. 2012, consid. 2.1.

41 *Jeanerret* (n. 6), 298 s.; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 94; CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 15.

42 CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 105 N 4; *Kiener*, in: *Goldschmid/Maurer/Sollberger* (n. 12), 93; *Lieber*, in: *Kommentar StPO* (n. 15), Art. 115 N 8; *Piquerez/Macaluso*, Manuel (n. 14), 310, N 900; *M. Galliani/L. Marcellini*, in: *Codice svizzero di procedura penale (CPP)*, Commentario, Zurich/St Gall 2010, Art. 115 N 4; *C. Riedo/G. Fiolka/M. A. Niggli*, *Strafprozessrecht sowie Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Bâle 2011, 141, N 861.

43 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 12 et N 13; *Schmid* (n. 14), Art. 115 N 4. Voir aussi l'arrêt du TF (destiné à la publication) 1B_238/2011 du 13. 9. 2011, consid. 2.2.1.

44 CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 104 N 21; *H. Küffer*, in: *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)*, M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (éd.), Bâle 2011, Art. 105 N 9.

45 *Kiener*, in: *Goldschmid/Maurer/Sollberger* (n. 12), 93 s.; *Lieber*, in: *Kommentar StPO* (n. 15), Art. 115 N 11; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 12. Voir dans ce contexte l'arrêt du TF 1P.103/2004 du 28. 5. 2004, consid. 3.1.

46 Message (n. 3), ch. 2.9.1, 1292, note de bas de page 427; voir aussi la décision de l'*Obergericht* de Zurich (rendue dans la cause UE110156-O/U) du 23. 9. 2011, consid. 1.2f), reproduite in: ZR 2011, 237, N 76 (240); *Lieber*, in: *Kommentar StPO* (n. 15), Art. 105 N 18; *Schmid* (n. 14), Art. 115 N 4 et Art. 382 N 5.

A noter que le lésé qui ne s'est pas constitué partie plaignante est, sauf exceptions⁴⁷, entendu en qualité de témoin (Art. 166 al. 1 CPP)⁴⁸. Cela signifie, notamment, qu'il est susceptible d'être sanctionné pour faux témoignage (Art. 177 CPP *cum* Art. 307 CP)⁴⁹.

d) Transmission des droits du lésé par subrogation

A teneur de l'Art. 121 al. 2 CPP, «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».

Cette disposition traite de la transmission de certains droits de procédure à des personnes qui, sans être elles-mêmes des lésés au sens de l'Art. 115 CPP, ont acquis, par l'effet de la loi, des prétentions contre la personne poursuivie en lien avec l'infraction⁵⁰. La cession contractuelle (Art. 164 CO) est donc exclue du champ d'application de l'Art. 121 al. 2 CPP⁵¹.

Parmi les cas de subrogation légale envisageables, le Message du Conseil fédéral cite l'exemple de l'Etat qui a versé des indemnités à la victime (Art. 7 al. 1 LAVI), l'assureur privé (Art. 72 al. 1 LCA⁵²) ou encore l'assureur social (Art. 72 al. 1 LPGA⁵³) qui a dû intervenir en faveur du lésé⁵⁴. Selon un arrêt récent du Tribunal fédéral, l'Art. 121 al. 2 CPP s'appliquerait aussi à l'administration de la faillite, lorsque la société (lésée) est déclarée en faillite⁵⁵.

On doit également songer aux cas de subrogation légale entre codébiteurs solidaires (Art. 149 al. 1 CO), lorsque l'un d'entre eux paie au-delà de sa part (Art. 148

47 Cf. Art. 163 al. 1 et 178 lit. b et c CPP.

48 CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 105 N 5; BSK StPO-Küffer (n. 44), Art. 105 N 8; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 16.

49 CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 105 N 5.

50 Message (n. 3), ch. 2.3.3.3, 1151; Droese (n. 29), 26; CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 121 N 12; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 27 et Art. 121 N 13; Riedo/Fiolka/Niggli (n. 42), 146, N 897; Schmid (n. 14), Art. 121 N 5.

51 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 121 N 13; Macaluso (n. 6), 180; Riedo/Fiolka/Niggli (n. 42), 146 s., N 897 s.; Jeanneret (n. 6), 302; Piquerez/Macaluso, Manuel (n. 14), 555, N 1623.

52 Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1. Voir l'arrêt du TF 1B_276/2007 du 18.6.2008, consid. 4.4. Voir déjà le jugement du Kassationsgericht de Zurich du 5.8.2004, consid. 2 et 4a, reproduit in: ZR 2005, N 6 (16 et 17).

53 Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1.

54 Message (n. 3), ch. 2.3.3.3, 1151; voir aussi Kiener, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (n. 12), 99 s.; Piquerez/Macaluso, Manuel (n. 14), 555, N 1623; Schmid (n. 14), Art. 121 N 5.

55 Arrêt du TF 6B_557/2010 du 9.3.2011, consid. 7.2 *in fine*, avec référence à BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 121 N 13.

al. 2 CO)⁵⁶. Par le jeu de ces dispositions, on pourrait d'ailleurs aboutir à une situation plutôt inattendue. En effet, si un prévenu indemnise le lésé intégralement ou, à tout le moins, dans une mesure qui excède sa propre part de responsabilité, il devient subrogé aux droits du lésé et, en application de l'Art. 121 al. 2 CPP, il peut faire valoir des prétentions récursoires contre les autres prévenus (codébiteurs), par adhésion à la procédure pénale. Ainsi, l'intéressé se retrouverait simultanément dans le rôle d'un prévenu et dans celui d'une «quasi»-partie plaignante⁵⁷, aux côtés du lésé⁵⁸.

A teneur de l'Art. 121 al. 2 *in fine* CPP, la personne subrogée légalement ne peut se prévaloir que des droits de procédure qui se rapportent directement aux conclusions civiles⁵⁹. Autrement dit, elle peut intervenir comme partie à la procédure⁶⁰, mais uniquement pour soutenir une action civile par adhésion au procès pénal (Art. 119 al. 2 lit. b CPP)⁶¹. En outre, selon le Message et la doctrine dominante, les droits procéduraux du subrogé, tels que celui de consulter le dossier ou de participer aux actes d'instruction, sont strictement limités à ce qui est nécessaire pour la mise en œuvre de ses prétentions civiles⁶².

56 Macaluso (n. 6), 180. Sur les aspects civils, voir parmi beaucoup d'autres, D. Girsberger, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, H. Honsell/P. Vogt/W. Wiegand (éd.), 4^e édition, Bâle 2007, Art. 166 N 2; I. Romy, in: Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, L. Thévenoz/F. Werro (éd.), Genève 2003, Art. 149 N 2.

57 Voir les réflexions identiques faites par Macaluso (n. 6), 180, lequel propose, à juste titre, que l'on se réfère à une «quasi»-partie plaignante, dès lors que «l'Art. 121 al. 2 CPP ne confère pas la qualité de partie plaignante, dans le plein sens du terme, au subrogé». Voir aussi BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 27.

58 On rappelle que la qualité de lésé, au sens de l'Art. 115 CPP, ne dépend plus de l'existence d'un dommage patrimonial (cf. *supra* sous note de bas de page 33). Même celui qui a été intégralement indemnisé peut donc se constituer valablement partie plaignante (Art. 118 CPP).

59 Piquerez/Macaluso, Manuel (n. 14), 555, N 1623.

60 Plus nuancé, Schmid (n. 14), Art. 121 N 6: «Nach 121 II 2. Satzteil kommt dem auf dem Wege der Subrogation Berechtigten nicht eigentliche Parteistellung zu.»

61 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 121 N 15; Jeanneret (n. 6), 302; Piquerez/Macaluso, Manuel (n. 14), 555, N 1623; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 121 N 20. Voir aussi Droese (n. 29), 26.

62 Message (n. 3), ch. 2.3.3.3, 1151; Jeanneret (n. 6), 302; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 121 N 20; Riedo/Fiolka/Niggli (n. 42), 147, N 898; Schmid (n. 14), Art. 121 N 6. Voir aussi l'arrêt du TF 1P.759/2006 du 27.3.2007, consid. 2.3.4; *contra* CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 121 N 15 et N 16, lesquels relèvent, selon nous à juste titre, que «compte tenu des nombreux critères que doit prendre en compte le juge appelé à statuer sur les prétentions civiles (circonstances, gravité de la faute, éléments du dommage, 'circonstances particulières' en relation avec une réparation morale), et contrairement à ce que retient le Message, on voit mal comment il serait possible de limiter l'accès du subrogé à certaines pièces du dossier sans violer les garanties générales de procédure que lui offre la Constitution (Cst. 29) de même que son droit à la preuve (CC 8)». Plutôt sceptiques également, Piquerez/Macaluso, Manuel (n. 14), 555, N 1624: «[...] comment en effet exercer correctement l'action civile adhésive au procès pénal, dont le fondement est l'infraction commise, si l'on ne peut pas intervenir (ou seulement de manière limitée) sur les aspects pénaux de la procédure?».

2. La partie plaignante (Art. 118 CPP)

a) Définition et généralités

L'Art. 118 al. 1 CPP définit la *partie plaignante* comme étant «[...] le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil».

Le statut de partie plaignante suppose donc, avant toute chose, que la personne soit *lésée*, selon l'Art. 115 al. 1 ou al. 2 CPP⁶³.

On rappelle également que la qualité de *lésé* n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice civil, par exemple sous la forme d'un dommage patrimonial⁶⁴. Autrement dit, même si la personne, victime d'une infraction, ne dispose d'aucune prétention civile à l'encontre du prévenu, notamment parce qu'elle a été entièrement indemnisée, cela ne l'empêche pas de revendiquer le statut de lésé et, partant, de se constituer partie plaignante dans la procédure pénale⁶⁵.

En outre, alors que la qualité de lésé est acquise *ex lege*, le statut de partie plaignante résulte d'un choix que le lésé doit manifester de manière explicite, en déclarant s'il entend agir comme demandeur, cumulativement ou alternativement, au pénal ou au civil (Art. 119 al. 2 CPP)⁶⁶.

63 CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 104 N 11; CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 2; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 118 N 2; CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 1. Voir aussi la décision de l'Obergericht de Zurich (rendue dans la cause UE110156-O/U) du 23.9.2011, consid. 1.2a), reproduite in: ZR 2011, 237, N 76 (238). Cf. *supra* II.1 pour l'analyse de l'Art. 115 CPP.

La loi consacre une exception en faveur des proches de la victime, puisque, par le jeu des Art. 116 al. 2 *cum* 117 al. 3 et 122 al. 2 CPP, ils sont habilités à participer à la procédure comme partie plaignante, bien qu'ils ne soient pas des lésés selon l'Art. 115 CPP. Voir Jeanneret (n. 6), 300; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 118 N 3 et Art. 115 N 8. A noter que c'est manifestement par erreur que le texte français de l'Art. 117 al. 3 CPP traduit *Zivilansprüche* (prétentions civiles) par *partie civile*. Voir Y. Jeanneret/L. Ferreira, Unification de la procédure pénale à Neuchâtel: quid novis?, RJN 2009, 28, note 52.

64 Cf. *supra* sous note de bas de page 33.

65 Macaluso (n. 6), 177; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 23; CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 119 N 7; Jeanneret (n. 6), 304. Voir le jugement JTP/1181/2010 du 7.10.2010 rendu par le Tribunal de police de Genève, consid. 1.1 et les références citées. Voir déjà, dans le même sens, OCA/114/89 du 5.6.1989, consid. 5: «[...] la victime qui est dédommagée peut rester partie civile, étant rappelé [...] que l'action civile peut ne pas tendre nécessairement à la seule réparation du dommage, la participation à la procédure pouvant également constituer une motivation légitime et suffisante [...]».

66 Arrêt du TF 1B_634/2011 du 13.1.2012, consid. 3.1; Message (n. 3), ch. 2.3.3.3, 1150; P. Bernasconi, Banche ed imprese nel procedimento penale, Bâle 2011, N 1064; Galliani/Marcellini (n. 42), Art. 118 N 8; Graf (n. 15), 192 s.; voir aussi CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 104 N 12; CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 3, N 5 et N 9, Art. 119 N 7; Kiener, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (n. 12), 96; Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 118 N 1; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 118 N 5. Voir aussi l'arrêt du TF 6B_557/2010 du 9.3.2011, consid. 5.2.

Par conséquent, et même si ce cas de figure devrait demeurer l'exception, il est parfaitement envisageable qu'une personne intervienne dans la procédure, uniquement pour soutenir l'accusation dans la démonstration de la culpabilité de l'auteur, sans faire valoir de prétentions civiles⁶⁷. Il est concevable également que la constitution de partie plaignante soit, dans un premier temps, limitée à l'un des deux aspects (pénal ou civil), pour l'étendre à l'autre ultérieurement⁶⁸.

A noter encore que, selon l'Art. 118 al. 4 CPP, si le lésé ne fait pas spontanément de déclaration, le ministère public attire son attention dès l'ouverture de la procédure préliminaire sur son droit d'en faire une⁶⁹.

b) Les modalités de constitution de partie plaignante et aperçu de ses droits dans la procédure

Conformément à l'Art. 119 al. 1 CPP, la constitution de partie plaignante peut être faite par une déclaration écrite ou orale⁷⁰, ce qui est cohérent avec les formes prescrites par le CPP pour le dépôt d'une plainte pénale (Art. 304 al. 1 CPP)⁷¹.

Selon l'Art. 118 al. 3 CPP, la police (Art. 15 CPP), le ministère public (Art. 16 CPP) et les autorités pénales en matière de contraventions (Art. 17 CPP) sont compétents pour recevoir cette déclaration, laquelle doit intervenir avant la clôture de la procédure préliminaire (Art. 318 CPP)⁷². Passé cette limite temporelle, la déclaration de constitution de partie plaignante n'est plus recevable, ce qui n'empêche toutefois pas le lésé de faire valoir ses prétentions devant le juge civil⁷³.

Dans le prolongement de ce qui précède, l'Art. 118 al. 2 CPP prévoit qu'une plainte pénale est assimilée à une déclaration de constitution de partie plaignante dans la procédure. Le point de savoir si une plainte pénale, qui ne comporte aucune

67 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 5 et Art. 119 N 7; Jeanneret (n. 6), 304; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 119 N 2; Riedo/Fiolka/Niggli (n. 42), 145, N 885 ss. Voir aussi Macaluso (n. 6), 182.

68 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 11 et N 14 *in fine*, Art. 119 N 8; voir aussi BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 118 N 8 *in fine*, ainsi que Piquez/Macaluso, Manuel (n. 14), 299 s., N 859 ss.

69 Pour un cas d'application récent, dans lequel la qualité de partie, qui était donnée sous l'ancien droit, a aussi été admise en vertu du CPP, en dépit de l'absence d'une manifestation de volonté expresse de participer à la procédure, voir l'arrêt du TF 1B_634/2011 du 13.1.2012, consid. 3.2 et 3.3.

70 Jeanneret (n. 6), 303. Voir aussi l'arrêt BB.2010.105 rendu par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral le 31.6.2011, consid. 3.3.

71 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 119 N 2; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 119 N 1.

72 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 15; Jeanneret (n. 6), 303. Voir aussi Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 118 N 8; Riedo/Fiolka/Niggli (n. 42), 145, N 884.

73 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 16 et N 17; Jeanneret (n. 6), 303; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 118 N 11.

précision à ce sujet, vaut (automatiquement) constitution à la fois au pénal et au civil, est controversée⁷⁴.

Le Message du Conseil fédéral, suivi par une partie de la doctrine⁷⁵, y répond par l'affirmative⁷⁶. D'autres auteurs estiment, au contraire, qu'une plainte pénale qui est muette sur la question vaut uniquement constitution de partie plaignante au pénal. Il appartient ainsi à l'auteur de la plainte de préciser, d'entrée de cause (i. e. concomitamment au dépôt de la plainte) ou ultérieurement, s'il entend également agir comme demandeur au civil⁷⁷.

A notre sens, peu importe que la déclaration du lésé, selon laquelle il se constitue partie plaignante, intervienne par oral ou par écrit, notamment sous la forme d'une plainte pénale⁷⁸, il n'est jamais souhaitable, au vu des conséquences qu'elle entraîne, que la constitution de partie plaignante soit présumée valoir aussi pour les aspects civils⁷⁹. En effet, selon l'Art. 122 al. 3 CPP, la constitution de partie plaignante sur le plan civil (Art. 119 al. 2 lit. b CPP) crée la litispendance, ce qui empêche que la même affaire, opposant les mêmes parties, soit portée devant un autre juge⁸⁰. La litispendance entraîne aussi une fixation de la compétence *ratione loci*⁸¹ et limite les possibilités du plaideur de modifier sa demande⁸². En outre, on relèvera que le demandeur au civil qui dépose des conclusions devant l'autorité de

jugement s'expose, aux conditions de l'Art. 432 CPP, à devoir payer une indemnité au prévenu si ce dernier obtient gain de cause⁸³.

En tout état de cause, en cas de doute quant à l'étendue de la constitution de la partie plaignante, le principe de la bonne foi (Art. 3 al. 2 lit. a CPP) commande que l'autorité de poursuite éclaircisse cette question, en interpellant sans délai l'intéressé⁸⁴.

L'Art. 104 al. 1 lit. b CPP érige formellement la partie plaignante⁸⁵ au rang des parties à la procédure, aux côtés du prévenu (lit. a) et du ministère public (lit. c)⁸⁶. La partie plaignante est entendue en qualité de personne appelée à donner des renseignements (Art. 166 al. 2 *cum* Art. 178 lit. a CPP)⁸⁷.

En plus d'être habilitée à faire valoir des conclusions civiles, par le biais de l'action civile (Art. 122 à 126 CPP), la partie plaignante jouit ainsi de toutes les prérogatives que le CPP reconnaît à une partie, par exemple le droit d'être entendu (Art. 107 CPP)⁸⁸, le droit de présenter des requêtes à la direction de la procédure (Art. 109 s. CPP), de se faire assister d'un conseil juridique pour défendre ses intérêts (Art. 127 CPP), d'assister à l'administration des preuves et de poser des questions (Art. 147 CPP), de plaider (Art. 346 CPP), de recourir contre les décisions et actes qui touchent ses intérêts juridiquement protégés (Art. 382 CPP)⁸⁹, ou encore le droit de requérir une indemnité pour les frais occasionnés par la procédure (Art. 432 CPP)⁹⁰.

74 Question évoquée, mais laissée ouverte par Kiener, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (n. 12), 97.

75 Galliani/Marcellini (n. 42), Art. 118 N 13 et Art. 119 N 7; Riedo/Fiolka/Niggli (n. 42), 145, N 888; Schmid (n. 14), Art. 118 N 4; J.-M. Sallin, La procédure de jugement de première instance selon le Code de procédure pénale suisse, RFJ 2010, 213. Contrairement à ce qu'indique Kiener, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (n. 12), 97 («Botschaft und Parlament äussern sich dazu nicht»), le Message s'est bel et bien prononcé sur cette question.

76 Message (n. 3), ch. 2.3.3.3, 1150.

77 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 14; Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 118 N 5; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 118 N 8. Voir aussi Bernasconi (n. 66), N 1069.

78 Pour des motifs qui nous échappent, Jeandin/Matz réservent un traitement différencié à la question de la portée de la déclaration du lésé, selon que celle-ci intervient sous forme de plainte pénale ou autrement. Dans le premier cas, Jeandin/Matz estiment que la plainte est présumée valoir constitution de partie plaignante uniquement en qualité de demandeur au pénal (CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 14 et Art. 120 N 8), alors que, dans la seconde hypothèse, ils considèrent qu'«[...] en cas de doute, par symétrie avec ce que prévoit CPP 120 II pour la renonciation, à défaut de limitation dûment exprimée, la constitution de partie plaignante se rapporte aux deux aspects visés à CPP 118 I» (CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 11 *in fine*).

79 Du même avis, BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 118 N 8.

80 Sperrwirkung, Art. 64 al. 1 lit. a du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272). Voir notamment Macaluso (n. 6), 182; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 119 N 16; Schmid (n. 14), Art. 119 N 3. Voir aussi Piquerez/Macaluso, Manuel (n. 14), 558, N 1633.

81 Art. 64 al. 1 lit. b CPC.

82 Art. 227 al. 1 et 230 CPC. Voir, pour le tout, CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 122 N 26 ss; Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 122 N 8 et N 10; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 122 N 82 ss.

83 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 118 N 6; voir aussi Bernasconi (n. 66), N 1068. Dans le même sens, voir l'arrêt du TF 1P.103/2004 du 28. 5. 2004, consid. 3.1: «Es gibt vertretbare Gründe, eine Geschädigte nur dann als Partei am Verfahren zu beteiligen, wenn sie dies ausdrücklich wünscht und namentlich bereit ist, das damit verbundene Kostenrisiko zu tragen.» Voir également l'arrêt 1P.255/1998 du 13. 7. 1998, consid. 3a.

84 Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 118 N 5 *in fine*; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 118 N 5 *in fine* et N 8; voir aussi CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 11; Schmid (n. 14), Art. 119 N 5. Pour une concrétisation du principe de la bonne foi dans ce contexte, voir l'arrêt du TF 1P.103/2004 du 28. 5. 2004, consid. 3.1 et 3.2.

85 On rappelle que le lésé qui ne s'est pas constitué partie plaignante est rangé parmi les «autres participants à la procédure», selon l'Art. 105 CPP. Cf. *supra* sous note de bas de page 41.

86 Arrêt du TF 1B_201/2011 du 9. 6. 2011, consid. 2.1; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 118 N 10. Voir aussi CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 104 N 12; CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 6; Riedo/Fiolka/Niggli (n. 42), 141, N 861.

87 CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 104 N 23; BSK StPO-Küffer (n. 44), Art. 104 N 16; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 17.

88 Ce qui couvre notamment le droit de consulter le dossier, de participer à des actes de procédure, de se faire assister par un conseil juridique, de se prononcer au sujet de la cause et de la procédure, de déposer des propositions relatives aux moyens de preuve. Pour un exemple récent, voir l'arrêt du TF (destiné à la publication) 1B_603/2011 du 3 février 2012, consid. 3.

89 Arrêt du TF 6B_557/2010 du 9. 3. 2011, consid. 5.2; M. Ziegler, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (éd.), Bâle 2010, Art. 382 N 4.

90 CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 104 N 21; Graf (n. 15), 193; Message (n. 3), ch. 2.3.3.3, p. 1150. Voir aussi CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 118 N 6; Macaluso (n. 6), 186; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 14; Piquerez/Macaluso, Manuel (n. 14), 300 s., N 864.

En ce qui concerne la qualité pour recourir au Tribunal fédéral, il sied de rappeler que, suite à une modification récente de l'Art. 81 al. 1 lit. b ch. 5 LTF, la voie du recours en matière pénale n'est plus réservée aux seules victimes LAV⁹¹, elle est désormais ouverte également au lésé simple, à condition que ce dernier soit en mesure de démontrer les effets de la condamnation sur les prétentions civiles⁹².

c) Renonciation et retrait

L'Art. 120 al. 1 CPP dispose que «le lésé peut en tout temps déclarer par écrit ou par oral qu'il renonce à user des droits qui sont les siens; la déclaration orale est consignée au procès-verbal. La renonciation est définitive.»

La renonciation peut se limiter à l'aspect pénal ou à l'aspect civil de la constitution de partie plaignante, ou concerner les deux à la fois⁹³. En l'absence de précision à ce sujet, la renonciation est présumée valoir tant pour la plainte pénale que pour l'action civile (Art. 120 al. 2 CPP)⁹⁴.

A noter que l'Art. 118 al. 3 du projet du Conseil fédéral prévoyait que «la renonciation au statut de demandeur au pénal vaut retrait d'une éventuelle plainte pénale»⁹⁵. Cet alinéa a toutefois été supprimé lors des débats parlementaires, sur proposition de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats⁹⁶. Par conséquent, même si l'infraction en cause n'est pas poursuivie d'office, mais seulement sur plainte, la procédure pourra néanmoins suivre son cours, aussi longtemps que le lésé, qui s'est désisté, n'a pas retiré sa plainte pénale⁹⁷.

91 Pour un cas d'application récent, voir l'arrêt du TF 1B_253/2011 du 13.7.2011, consid. 1. Avant la modification de l'Art. 81 al. 1 lit. b ch. 5 LTF, le simple lésé n'était pas habilité à recourir sur le fond contre une décision relative à la conduite de l'action pénale. Il pouvait uniquement se plaindre, le cas échéant, d'une violation de ses droits de partie à la procédure qui lui sont reconnus par le droit cantonal de procédure ou le droit constitutionnel, quand cette violation équivalait à un déni de justice formel. Voir, par exemple, l'arrêt du TF 6B_10/2007 du 23.7.2007, consid. 1.1 et ATF 133 IV 230 consid. 2.3.

92 Arrêt du TF (destiné à la publication) 1B_236/2011 du 15.7.2011, consid. 1.3.1; voir aussi l'arrêt 1B_230/2011 du 22.7.2011, consid. 1.3.1. Cf. également *supra* sous note de bas de page 11 et les références citées. Voir aussi Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 382 N 14; Macaluso (n. 6), 192; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 14, spécialement note de bas de page 18.

93 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 120 N 5; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 120 N 6.

94 Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 120 N 4; Schmid (n. 14), Art. 120 N 4.

95 FF 2006 1407. Voir aussi le Message (n. 3), ch. 2.3.3.3, 1150.

96 BO CE 2006 1010 (*ad* Art. 108 P-CPP) et 1011 (*ad* Art. 118 P-CPP). Critique, Schmid (n. 14), Art. 120 N 5.

97 CR CPP-Jeandin/Matz (n. 6), Art. 120 N 8 s.; Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 120 N 5; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 120 N 3; Riedo/Fiolka/Niggli (n. 42), 146, N 893; Contra Graf (n. 15), 194 s., laquelle auteur considère qu'en présence d'une infraction poursuivie sur plainte, la procédure doit être immédiatement interrompue, déjà lorsque le lésé retire sa constitution de partie plaignante concernant l'aspect pénal (Art. 119 al. 1 lit. a CPP).

d) Infractions déterminantes pour la qualité de partie plaignante?

La qualité de lésé d'une personne (Art. 115 CPP) et, partant, sa légitimation à participer à la procédure comme partie plaignante (Art. 118 CPP) est, en règle générale, déterminée au début de la procédure, sur la base d'un état de fait qui n'est – de loin – pas encore définitivement arrêté⁹⁸.

Ceci dit, la qualité de lésé est susceptible d'être réexaminée en cours de procédure – le plus souvent à l'initiative de la défense – notamment au gré de l'avancement de l'instruction⁹⁹.

Il découle notamment de ce qui précède que, dans l'hypothèse où la procédure préliminaire a été introduite (Art. 300 *cum* 309 CPP) du chef de plusieurs infractions, mais que certaines charges sont abandonnées en cours de procédure, sous la forme d'une ordonnance de classement (Art. 319 ss CPP), alors la partie plaignante ne saurait être maintenue dans la procédure, ès qualité, que si elle est lésée, au sens de l'Art. 115 CPP¹⁰⁰, en lien avec au moins une des infractions restantes¹⁰¹.

e) Contestation judiciaire de la qualité de partie plaignante

Comme évoqué ci-dessus, il arrive souvent, dans la pratique, que la qualité de partie plaignante du prétendu lésé soit contestée par la défense, que ce soit au début de la procédure ou au cours de celle-ci. Il peut aussi se produire que l'autorité de poursuite réexamine cette question de sa propre initiative¹⁰², en fonction du développement de l'instruction¹⁰³.

La décision de la direction de la procédure par laquelle celle-ci refuse/retire ou, au contraire, admet/confirme le statut de partie plaignante, peut être attaquée par la voie d'un recours¹⁰⁴.

98 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 20; CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 8. Voir aussi Droese (n. 29), 10 s., ainsi que l'arrêt ACPR/79/2011 du 19.4.2011 rendu par la Cour de justice de Genève (Chambre pénale de recours), consid. 3.1.

99 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 20; CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 8. Voir aussi OCA/251/00 du 15.9.2000, consid. 1.

100 Cf. *supra* II.1 et II.2.a.

101 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 20; dans le même sens, CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 9: «[...] il faut que ce soit l'infraction qui fait l'objet de la procédure à laquelle le lésé entend participer qui tende à sa protection», citée notamment dans l'arrêt ACPR/79/2011 du 19.4.2011 rendu par la Cour de justice de Genève (Chambre pénale de recours), consid. 3.1.

102 Pour un cas d'application, voir l'arrêt du TF 1B_311/2010 du 19.11.2010, lit. a.

103 Cf. *supra* sous note de bas de page 98.

104 Cf. également *supra* sous note de bas de page 10.

Au niveau cantonal, ainsi qu'il découle notamment des Art. 382 al. 1 *cum* 393 al. 1 lit. a CPP¹⁰⁵, la qualité pour recourir immédiatement contre une telle décision, c'est-à-dire sans attendre la fin de la procédure, est non seulement reconnue au (prétendu) lésé¹⁰⁶, mais également au prévenu.

En ce qui concerne le recours au Tribunal fédéral, la situation est différente. Pour le (prétendu) lésé, le recours immédiat reste ouvert car, selon la jurisprudence, la décision qui l'écarte de la procédure comme partie plaignante¹⁰⁷ présente, pour lui, les traits d'une décision finale (Art. 90 LTF)¹⁰⁸.

En revanche, lorsque la direction de la procédure autorise une personne à intervenir en qualité de partie plaignante, sa décision est incidente si l'on se place du point de vue du prévenu, car elle ne met pas fin au procès pénal¹⁰⁹. Or, une telle décision ne peut pas faire l'objet d'un recours immédiat du prévenu. En effet, selon le Tribunal fédéral, elle ne lui cause, en règle générale, aucun préjudice irréparable (Art. 93 al. 1 lit. a LTF) – et de nature juridique – qu'une décision finale, rendue à l'issue de la procédure, notamment sur la question de la partie plaignante, ne ferait pas disparaître entièrement¹¹⁰.

- 105 A. J. Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber (éd.), Zurich 2010, Art. 393 N 16 et les références citées; CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 104 N 14. Voir aussi l'arrêt ACPR/79/2011 du 19.4.2011 rendu par la Cour de justice de Genève (Chambre pénale de recours), consid. 1.
- 106 Il s'agit typiquement d'un cas de figure où le lésé, qui n'est en principe qu'un «autre participant à la procédure» (Art. 105 al. 1 lit. a CPP), est assimilé par la loi à une partie (Art. 105 al. 2 CPP), afin qu'il puisse notamment recourir pour sauvegarder ses intérêts. Cf. *supra* II.1.c et les références citées. Voir, récemment, l'arrêt du TF 1B_634/2011 du 13.1.2012, consid. 2, avec référence à J. Stephenson/G. Thiriet, in: Basler Kommentar StPO, M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (éd.), Bâle 2011, Art. 393 N 13; voir aussi R. Calame, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, A. Kuhn/Y. Jeanneret (éd.), Bâle 2011, Art. 382 N 13.
- 107 Voir CR CPP-Bendani (n. 14), Art. 104 N 14.
- 108 Voir les arrêts du TF 1B_634/2011 du 13.1.2012, consid. 1.1; 1B_531/2011 du 28.11.2011, consid. 1, ainsi que 1B_311/2010 du 19.11.2011, consid. 1.1, dans lequel notre Haute Cour confirme d'ailleurs expressément que la jurisprudence développée précédemment (cf. ATF 128 I 217 consid. 2.3, JdT 2004 IV 71, SJ 2002 I 593 [rés.]) «doit trouver à s'appliquer également sous l'empire de la LTF». A noter que, dans l'arrêt 1B_311/2010 précité, le Tribunal fédéral évoque également, en passant, qu'une décision qui refuse à une personne le statut de partie plaignante, à supposer qu'elle soit qualifiée d'incidente, est susceptible de causer un préjudice irréparable (au sens de l'Art. 93 al. 1 lit. a LTF) au plaideur ainsi éconduit. Voir également l'arrêt du TF 1P.255/1998 du 13.7.1998, consid. 1b.
- 109 Arrêt du TF 1B_347/2009 du 25.1.2010, consid. 2; voir aussi ATF 128 I 216 consid. 2.1 et les références citées, JdT 2004 IV 71, SJ 2002 I 593 (rés.).
- 110 Arrêt du TF 1B_347/2009 du 25.1.2010, consid. 2, avec notamment référence à l'arrêt 1B_209/2008 du 30.7.2008, consid. 2.3.

3. Quelques observations sur les changements apportés par le CPP au régime applicable précédemment dans certains cantons

Comme évoqué plus haut, avant l'entrée en vigueur du CPP, la définition du lésé et son statut, respectivement ses droits dans la procédure, n'étaient pas traités de la même manière dans toutes les législations cantonales¹¹¹.

En effet, la conception *pénaliste* du lésé, telle que consacrée à l'Art. 115 CPP¹¹², se détache en particulier d'une autre conception – dite *civiliste* – du lésé, que l'on rencontrait, récemment encore, à la lecture de décisions judiciaires rendues sous l'empire de certaines législations cantonales.

Il ne semble donc pas inutile de rappeler brièvement ici, à la lumière de l'exemple de Genève, en quoi le régime introduit par le CPP se démarque de ces anciennes conceptions, qui n'ont désormais plus cours.

Aux termes de l'Art. 12 de l'ancien Code de procédure pénale genevois (*aCPP-GE*)¹¹³, toute personne lésée par une infraction pouvait porter plainte. En outre, selon l'Art. 25 al. 1 *aCPP-GE*, le plaignant et toute personne lésée par une infraction poursuivie d'office pouvaient se constituer partie civile jusqu'à l'ouverture des débats.

Historiquement, la pratique genevoise a, dans un premier temps, suivi une approche dite *civiliste* du lésé, selon laquelle pouvait seule se constituer partie civile la personne physique ou morale ayant subi un dommage actuel, direct et personnel en rapport de causalité adéquate avec l'infraction poursuivie¹¹⁴, étant précisé que ces notions devaient être examinées au regard du droit civil¹¹⁵. L'approche *civiliste* a notamment pour conséquence qu'une personne entièrement indemnisée de son préjudice ne peut pas se prévaloir de la qualité de partie civile¹¹⁶. Il en va de même concernant la victime d'une tentative¹¹⁷.

A la fin des années quatre-vingt, la jurisprudence genevoise a toutefois commencé à prendre ses distances par rapport à la définition *civiliste*, pour se rappro-

111 Cf. *supra* sous note de bas de page 29.

112 Cf. *supra* II.1.a.

113 RSG E 4 20 (ancienne référence du recueil systématique genevois).

114 Parmi beaucoup d'autres, voir M. Heyer/B. Monti, Procédure pénale genevoise: Chambre d'accusation, SJ 1999 II, 162 s. Cf. également *supra* les références citées sous note de bas de page 26.

115 P. Dinichert/B. Bertossa/L. Gaillard, Procédure pénale genevoise, SJ 1986, 467, ch. 1.2; voir aussi le jugement JTP/1181/2010 du 7.10.2010 rendu par le Tribunal de police de Genève, consid. 1.1.

116 Heyer/Monti (n. 114), 162 s.; M. Harari/R. Roth/B. Sträuli, Chronique de procédure pénale genevoise (1986-1989), SJ 1990, 421, ch. 2.6; G. Aubert, Partie civile et responsabilité civile, SJ 1978, 619.

117 Harari/Roth/Sträuli (n. 116), 421, ch. 2.6.

cher de la conception dite *pénaliste* du lésé¹¹⁸. Directement calquée sur la pratique développée par le Tribunal fédéral en lien avec l'Art. 30 CP¹¹⁹, déjà évoquée ci-dessus¹²⁰, la conception *pénaliste* définit le lésé comme étant le titulaire du bien juridique directement atteint par l'infraction en question¹²¹. L'approche *pénaliste* abolit l'exigence d'un préjudice patrimonial.¹²²

Cela étant, au cours des années suivantes et nonobstant ce qui précède, la pratique genevoise est restée fluctuante et n'a semble-t-il jamais voulu faire prévaloir de manière absolue la conception *pénaliste* du lésé¹²³. En lien avec la définition de la partie civile au sens de l'Art. 25 aCPP-GE, la Chambre d'accusation a, en effet, régulièrement rappelé qu'elle pouvait se contenter de «se rallier dans une plus large mesure [...] à la notion de lésé, telle que définie par le Tribunal fédéral [...]», tout en insistant sur le fait que l'existence ou non d'un préjudice constituait un des éléments – importants – à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'apprécier la qualité de lésé, «[...] en fonction de la situation concrète dudit lésé et des particularités des litiges dont la Chambre de céans a à connaître»¹²⁴.

Au vu de ce qui précède, et contrairement à ce que la Chambre pénale de recours a soutenu dans un arrêt du 19 avril 2011¹²⁵, il apparaît que la définition – à géométrie variable – du lésé, telle que la jurisprudence genevoise l'a consacrée au cours de ces dernières années en application de l'Art. 25 aCPP-GE¹²⁶, diverge de la notion de lésé ancrée à l'Art. 115 al. 1 CPP.

118 Voir, par exemple, OCA/73/88 du 11.4.1988, consid. 6 et 7, avec référence également à une OCA/74/87 du 8.4.1987; OCA/114/89 du 5.6.1989, consid. 5. Voir aussi *Harari/Roth/Sträuli* (n. 116), 421, ch. 2.6.

119 Arrêts du TF 1P.393/2004 du 26.1.2005, consid. 4; 1P.448/2004 du 4.10.2004, consid. 2.2; ATF 128 IV 84 consid. 3a, SJ 2002 I, 297, JdT 2004 IV 71; voir aussi *Piquerez*, *Traité* (n. 27), N 1026; *Trechsel/Jean-Richard dit-Bressel*, in: *Praxiskommentar StGB* (n. 17), Art. 30 N 1; CR CP I-Stoll (n. 17), Art. 30 N 19.

120 Cf. *supra* sous note de bas de page 27.

121 OCA/201/2010 du 18.8.2010, consid. 2.2; OCA/35/2009 du 4.2.2009, consid. 2.2; OCA/125/2007 du 20.6.2007, consid. 2.2; OCA/94/2007 du 16.5.2007, consid. 2.2.

122 Parmi beaucoup d'autres, OCA/201/2010 du 18.8.2010, consid. 2.2.

123 Voir, par exemple, OCA/286/2005 du 12.10.2005, consid. 2.1 *in fine*, où la Chambre d'accusation retient qu'elle «[...] ne s'est toutefois pas ralliée à cette seconde approche, qui n'a été retenue qu'exceptionnellement», en évoquant la conception pénaliste du lésé.

124 OCA/201/2010 du 18.8.2010, consid. 2.2; OCA/35/2009 du 4.2.2009, consid. 2.2; OCA/125/2007 du 20.6.2007, consid. 2.2; OCA/94/2007 du 16.5.2007, consid. 2.2. Voir aussi le jugement JTP/1181/2010 du 7.10.2010 rendu par le Tribunal de police de Genève, consid. 1.1.

125 ACPR/79/2011 du 19.4.2011 rendu par la Cour de justice de Genève (Chambre pénale de recours), consid. 3.2: «Ces notions ne divergent pas de celles retenues par l'ancien CPP» et «Partant, la notion de 'lésé' retenue par la Chambre de céans dans son ordonnance du 4 novembre 2009 [n.d.l.r.: OCA/256/2009] est la même que celle contenue à l'Art. 115 al. 1 CPP, et cette question a dès lors déjà été tranchée.»

126 Voir OCA/94/2007 du 16.5.2007, consid. 2; OCA/198/2006 du 8.9.2006, consid. 2.

En effet, ainsi qu'il a été exposé plus haut¹²⁷, l'existence ou non d'un préjudice patrimonial est désormais totalement dénuée de pertinence, sous l'angle de l'Art. 115 al. 1 CPP¹²⁸.

Or, dans l'arrêt précité du 19 avril 2011, la Chambre pénale de recours suggère, selon nous de manière erronée, qu'un tel préjudice demeurerait, en vertu du CPP, «[...] l'un des éléments importants à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier la qualité de 'lésé' d'une personne [...]»¹²⁹ qui entend se constituer partie plaignante.

III. Le statut de *partie plaignante* à l'épreuve de la criminalité économique

1. Introduction

Dans les développements qui suivent, la notion de lésé, au sens de l'Art. 115 al. 1 CPP, sera concrétisée à la lumière d'un certain nombre d'infractions de la partie spéciale du CP, notamment dans le but de définir le cercle des personnes qui sont légitimées à se constituer partie plaignante (Art. 118 CPP) dans le cadre de la procédure pénale.

L'analyse ci-après portera tout particulièrement sur des infractions qui reviennent souvent dans la pratique judiciaire, notamment dans le cadre des affaires dites de «criminalité économique».

L'intérêt d'une telle analyse semble d'autant plus marqué depuis l'entrée en vigueur du CPP. En effet, dès lors que la notion de lésé est désormais ancrée dans une loi fédérale, le Tribunal fédéral peut revoir librement¹³⁰ l'application des dispositions topiques (Art. 115 et 118 CPP) lorsqu'il est appelé à statuer sur un recours du prétendu lésé, qui se plaint d'avoir été indûment évincé de la procédure¹³¹. Il

127 Cf. *supra* II.1.a, en particulier sous notes de bas de page 33 et 34.

128 Cette dissociation de la qualité de lésé de l'existence d'un éventuel dommage patrimonial a notamment pour conséquence, selon nous, que la définition que le Tribunal fédéral avait l'habitude de donner de la *partie civile*, avant l'entrée en vigueur du CPP, et selon laquelle cette qualité était reconnue à «[...] la personne lésée de façon immédiate dans son bien juridique par un acte punissable et qui requiert la condamnation de l'auteur à des *dommages-intérêts* en réparation du *préjudice* que lui a causé celle-ci», n'est plus d'actualité (arrêt du TF 1B_311/2010 du 19.11.2010, consid. 3.2 et arrêt 6B_390/2008 du 9.7.2008, consid. 3.2 [c'est nous qui mettons en évidence]).

129 ACPR/79/2011 du 19.4.2011 rendu par la Cour de justice de Genève (Chambre pénale de recours), consid. 3.2.

130 Art. 95 lit. a LTF. Voir notamment *B. Corboz*, in: *Commentaire de la LTF*, B. Corboz/A. Wurzbürger/P. Ferrari/J.-M. Frésard/F. Aubry Girardin (éd.), Berne 2009, Art. 95 N 21.

131 Cf. *supra* sous note de bas de page 107.

convient également de rappeler que le législateur a expressément laissé à la jurisprudence et à la doctrine «[...] le soin de définir, dans les détails, la qualité de lésé», en particulier en ce qui concerne les questions de doute auxquelles cette notion pourrait donner lieu¹³².

2. Infractions contre le patrimoine

a) Généralités

En tant qu'infractions contre le patrimoine, l'abus de confiance (Art. 138 CP), l'escroquerie (Art. 146 CP) et la gestion déloyale (Art. 158 CP) ont ceci de commun que le patrimoine d'autrui constitue le bien juridique protégé¹³³.

C'est donc le titulaire de ce patrimoine, directement atteint par l'infraction en cause, qui est lésé et, partant, légitimé à se constituer partie plaignante dans la procédure, conformément aux Art. 115 al. 1 et 118 CPP¹³⁴.

b) Particularités lorsque l'infraction est commise dans la gestion d'une personne morale

Lorsqu'une des infractions susmentionnées contre le patrimoine est commise au détriment d'une personne morale (par exemple, une société anonyme), ni les actionnaires, ni les créanciers ne sont lésés, selon l'Art. 115 al. 1 CPP, car on considère qu'ils ne sont qu'indirectement touchés par le comportement de l'auteur. Seule la société peut donc se constituer plaignante dans une telle hypothèse¹³⁵.

132 Message (n. 3), ch. 2.3.3.1, 1148.

133 Concernant l'Art. 138 CP, voir M. A. Niggli/C. Riedo, in: Basler Kommentar Strafrecht II, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), 2^e édition, Bâle 2007, Art. 138 N 7. Pour l'Art. 146 CP, G. Arzi, in: Basler Kommentar Strafrecht II, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), 2^e édition, Bâle 2007, Art. 146 N 19. En lien avec l'Art. 158 CP, voir l'arrêt du TF 6S.430/2006 du 13.2.2007, consid. 3.1; voir aussi le jugement du Tribunal correctionnel de Genève du 22.7.2011, consid. 1.2 (procès des anciens dirigeants et réviseurs de la BCGE) (disponible sur <http://ge.ch/justice/tribunal-penal> [consulté le 29 février 2012]); B. Corboz, Les infractions en droit suisse, Volume I, 3^e édition, Berne 2010, 429, N 10; M. A. Niggli, in: Basler Kommentar Strafrecht II, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), 2^e édition, Bâle 2007, Art. 158 N 7; F. Riklin, Bemerkungen zur Garantstellung eines Täters im Sinne von Art. 158 Abs. 1 StGB, in: Riedo/Fiolka/Gfeller (éd.), Liber Amicorum für Marcel Alexander Niggli, Bâle 2010, 233; G. Urbach, Die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, thèse Zurich 2002, 36 s.; A. Vollmar, Die ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB), thèse Berne 1978, 68.

134 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 56.

135 Lieber, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 115 N 5; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 56 et la jurisprudence citée en note de bas de page 110, notamment un arrêt du TF 6S.206/2000 du 14.8.2000, consid. 2a et b; CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 13, avec référence à un arrêt du TF 1P.620/2001 du 21.12.2001, consid. 2.1; voir aussi Garbarski (n. 20),

En matière de gestion déloyale (Art. 158 CP), cette situation s'explique également par le fait que le devoir de diligence des organes dirigeants d'une société anonyme n'est dû qu'à l'égard de cette dernière, à l'exclusion notamment des actionnaires¹³⁶.

On relèvera toutefois que, dans un arrêt relativement ancien, rendu en 1983, le Tribunal fédéral avait jugé que le gérant d'une filiale a non seulement l'obligation de veiller sur les intérêts pécuniaires de celle-ci, mais aussi de protéger les intérêts de la maison mère (i. e. l'actionnaire), lorsqu'un tel devoir découle de l'organisation et du but social de la filiale¹³⁷.

Notre Haute Cour a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler cette jurisprudence tout récemment¹³⁸, dans une affaire genevoise où la qualité de lésé (et, partant, celle de partie civile au sens de l'Art. 25 aCPP-GE) avait été reconnue par les instances cantonales à une entité (française) qui détenait 75% du capital-actions d'une société anonyme sise en Suisse, et qui estimait avoir été touchée par les actes de gestion déloyale reprochés au directeur et administrateur unique de la société suisse.

Alors même que l'organisation ou le but social de la société suisse semblent ne pas avoir joué de rôle dans le cas d'espèce à la lecture des décisions cantonales¹³⁹, le Tribunal fédéral insiste dans son arrêt sur le fait que sa jurisprudence précitée de 1983¹⁴⁰ présuppose notamment que la société dominée soit à proprement parler une filiale de la société dominante (actionnaire), c'est-à-dire qu'elle ait été soumise à la direction unique de cette dernière au moment des agissements litigieux reprochés au gérant de la première¹⁴¹. Dans la mesure où cette condition n'était pas réalisée *in casu*, notre Haute Cour a nié l'existence d'un devoir du directeur et administrateur unique de la société dominée de veiller aux intérêts de l'actionnaire majoritaire (i.e. la société dominante)¹⁴².

54 s., 60 ss et 63 s.; BSK Strafrecht II-Niggli (n. 133), Art. 158 N 151 ainsi que, récemment, le jugement du Tribunal correctionnel de Genève du 22.7.2011, consid. 1.2 (disponible sur <http://ge.ch/justice/tribunal-penal> [consulté le 29 février 2012]).

136 Arrêt du TF 6B_54/2008 du 9.5.2008, consid. 6.3.3 *in fine*; voir déjà l'arrêt 6S.206/2000 du 14.8.2000, consid. 2b; voir aussi la décision zurichoise du 22.11.1989, in: ZR 1989, N 58, citée in: BSK Strafrecht II-Niggli (n. 133), Art. 158 N 151; voir également la décision du Tribunal cantonal valaisan du 17.6.1993, in: ZWR 1993, 317.

137 ATF 109 IV 113 consid. 2a, JdT 1984 IV 77. Voir aussi Corboz, I (n. 133), 428, N 3 et 429, N 11.

138 Arrêt du TF 6B_586/2011 du 7.2.2012, consid. 6.2.

139 Voir le jugement JTP/1181/2010 du 7.10.2010 rendu par le Tribunal de police de Genève, consid. 1.2, confirmé sur ce point par l'arrêt ACJP/150/2011 du 4.7.2011 de la Cour de justice de Genève (Chambre pénale), consid. 2.2 et 3.2.

140 Cf. *supra* sous note de bas de page 137.

141 Arrêt du TF 6B_586/2011 du 7.2.2012, consid. 6.2, avec référence à l'ATF 130 III 213 consid. 2.2.1.

142 Arrêt du TF 6B_586/2011 du 7.2.2012, consid. 6.2 *in fine*.

Quoi qu'il en soit à cet égard, on mentionnera encore que seul peut occuper une position de *gérant*, au sens de l'Art. 158 CP, celui qui dispose d'une indépendance suffisante et qui jouit d'un pouvoir de disposition autonome sur les biens qui lui sont remis¹⁴³.

A teneur du texte légal, un tel devoir peut résulter de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique. Le terme *d'acte juridique* a été introduit lors de la révision de l'Art. 158 CP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995, en remplacement de la notion d'«obligation contractuelle de gestion». Le législateur entendait notamment élargir ainsi le champ d'application de cette infraction aux «[...] situations dans lesquelles [une telle] obligation découle des statuts d'une personne morale, par exemple»¹⁴⁴. Certains auteurs évoquent aussi l'hypothèse où le devoir de gestion résulterait d'un règlement, de décisions de l'assemblée générale ou encore d'usages applicables dans la branche concernée¹⁴⁵.

Nonobstant l'élargissement souhaité par le législateur, il apparaît cependant à la lecture de la jurisprudence la plus récente¹⁴⁶, que l'existence ou non d'une relation contractuelle entre l'auteur et la victime demeure le critère décisif pour admettre (ou nier) un devoir de gestion ou de sauvegarde, lorsque les autres cas de figure visés par l'Art. 158 CP (loi ou mandat officiel) ne sont pas réalisés¹⁴⁷.

3. Infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes

Les infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes sont régies par les Art. 163 à 172^{ter} CP. La banqueroute frauduleuse et fraude dans la saisie (Art. 163 CP), de même que la gestion fautive (Art. 165 CP), font partie de celles qui reviennent le plus souvent dans la pratique.

Dans tous ces cas de figure, le bien juridique protégé par la loi pénale est le patrimoine des créanciers ou, plus précisément, leur droit à être désintéressés sur le patrimoine du débiteur dans la procédure d'exécution forcée¹⁴⁸. Aussi, il est très

largement admis que, dans l'hypothèse où l'une des infractions susmentionnées entre en ligne de compte, les créanciers individuels sont directement touchés et, partant, sont légitimés à se constituer partie plaignante dans la procédure pénale¹⁴⁹.

Les avis sont en revanche partagés sur la question de savoir si cette prérogative doit également être reconnue à l'administration de la faillite, respectivement aux créanciers cessionnaires des droits de la masse.

Selon une partie de la doctrine, l'administration de la faillite, en tant que représentante de la masse (Art. 240 LP), devrait être admise comme partie à la procédure pénale¹⁵⁰. Il en irait de même s'agissant des créanciers cessionnaires des droits de la masse, qui entendent faire valoir des prétentions en vertu de l'Art. 260 LP¹⁵¹.

D'autres auteurs soutiennent, au contraire, que dans la mesure où ni la masse en faillite, ni l'administration de la faillite ne sont titulaires du bien juridique protégé par les Art. 163 ss CP, l'administration ne saurait être considérée comme lésée, au sens de l'Art. 115 CPP¹⁵². Concernant les créanciers cessionnaires (Art. 260 LP),

6S.243/2004 du 23. 12. 2004, consid. 1.3, ainsi que le jugement du *Kassationsgericht* de Zurich du 5. 8. 2004, consid. 5, reproduit in: ZR 2005, N 6 (20 s.); P. *Albrecht*, Die notwendige Teilnahme bei den Konkurs- und Betreibungsdelikten, in: *Wirtschaft und Strafrecht*, Festschrift für Niklaus Schmid, J.-B. Ackermann/A. Donatsch/J. Rehberg (éd.), Zurich 2001, 358; M. *Boog*, Buchführungs- und Urkundendelikte in der wirtschaftlichen Krise, in: *Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution*, J.-B. Ackermann/W. Wohlers (éd.), Zurich 2011, 22; A. *Brunner*, in: *Basler Kommentar Strafrecht II*, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), 2^e édition, Bâle 2007, Art. 163 N 7, Art. 164 N 3, Art. 165 N 9, Art. 166 N 7, Art. 167 N 4, Art. 168 N 4; P. *Herren*, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB, Zurich 2006, 38 ss; BSK StPO-*Mazzucchelli/Postizzi* (n. 14), Art. 115 N 26 et N 60; S. *Trechsel/M. Ogg* in: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zurich/St-Gall 2008, Art. 163 N 1; Y. *Wermeille*, La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive, RPS 117 (1999), 366 ss. Selon certains auteurs, qui se réfèrent notamment à un ATF 106 IV 34 consid. 4a, les Art. 163 ss CP protégeraient également l'administration de la justice; cf. *Corboz*, I (n. 133), 493, N 2; *Donatsch*, in: *Donatsch et al.* (n. 143), Art. 163 N 1.

149 BSK Strafrecht II-*Brunner* (n. 148), Art. 163 N 38; *Herren* (n. 148), 154; *Lieber*, in: *Kommentar StPO* (n. 15), Art. 115 N 2; BSK StPO-*Mazzucchelli/Postizzi* (n. 14), Art. 115 N 60; *Contra M. Jean-Richard-dit-Bressel*, Misswirtschaft durch Konkursverschleppung bei «Wegwerfgesellschaften», in: *Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution*, J.-B. Ackermann/W. Wohlers (éd.), Zurich 2011, 83, lequel soutient, en se référant aux Art. 164 et 165 CP, que les créanciers ne sont touchés qu'indirectement.

150 BSK Strafrecht II-*Brunner* (n. 148), Art. 163 N 37 s.; voir aussi *Herren* (n. 148), 154, ainsi que B. *Lips*, *Möglichkeiten und Grenzen einer Zusammenarbeit von Konkursverwaltung, Staatsanwaltschaft und Gerichte*, in: *Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution*, J.-B. Ackermann/W. Wohlers (éd.), Zurich 2011, 176 s. Pour un cas d'application à Genève, voir OCA/205/2006 du 20. 9. 2006.

151 BSK Strafrecht II-*Brunner* (n. 148), Art. 163 N 37 s.; *Droese* (n. 29), 28. Voir aussi le jugement du *Kassationsgericht* de Zurich du 5. 8. 2004, consid. 4c cc) et 4d, reproduit in: ZR 2005, N 6 (19 s.).

152 BSK StPO-*Mazzucchelli/Postizzi* (n. 14), Art. 115 N 60. Voir aussi, dans le même sens, *Pique-rez/Macaluso*, *Manuel* (n. 14), 297, N 853 et 555, N 1622.

143 Arrêt du TF 6S.318/2006 du 4. 4. 2007, consid. 2 et les références citées; voir aussi *Corboz*, I (n. 133), 427 s., N 3; BSK Strafrecht II-*Niggli* (n. 133), Art. 158 N 16 ss et A. *Donatsch*, in: *Kommentar – Schweizerisches Strafgesetzbuch mit JStG, Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG sowie weiteren einschlägigen Erlassen*, A. Donatsch/S. Flachsmann/M. Hug/H. Maurer/M. Riesenkuiper/U. Weder (éd.), 18^e édition, Zurich 2010, Art. 158 N 2.

144 Message du Conseil fédéral du 24 avril 1991, FF 1991, ch. 213.24, 1018.

145 *Donatsch*, in: *Donatsch et al.* (n. 138), Art. 158 N 4.

146 OCA/201/2010 du 18. 8. 2010, consid. 5.1, confirmée par le TF par arrêt 1B_311/2010 du 19. 11. 2010, consid. 3.3.

147 Dans le même sens, BSK Strafrecht II-*Niggli* (n. 133), Art. 158 N 56; G. *Stratenwerth/G. Jenny/F. Bommer*, *Schweizerisches Strafrecht*, 7^e édition, Berne 2010, § 19 N 10.

148 ATF 134 III 56 consid. 1.3.1, JdT 2008 I 307, SJ 2008 I 286; ATF 74 IV 33, JdT 1948 IV 113. Voir également l'arrêt du TF 6B_197/2011 du 19. 7. 2011, consid. 5.2; voir aussi l'arrêt

on rappelle qu'ils agissent en vertu d'une forme de mandat procédural (*Prozessführungsrecht*)¹⁵³, ce qui leur permet de faire valoir les droits de la masse (par exemple, des prétentions en responsabilité contre les organes dirigeants de la société en faillite), à leurs propres risques et périls. La masse reste toutefois titulaire du droit matériel invoqué en justice¹⁵⁴. Il en découle qu'un créancier cessionnaire, ès qualité, ne peut en principe pas se constituer partie plaignante dans la procédure pénale. On relèvera également que l'Art. 260 LP ne constitue pas un cas de subrogation légale. Le créancier cessionnaire – contrairement à l'administration de la faillite¹⁵⁵ – ne peut donc pas non plus se prévaloir de l'Art. 121 al. 2 CPP pour agir dans la procédure pénale¹⁵⁶.

La seule exception envisageable est celle où le créancier cessionnaire concerné est directement et personnellement touché par une infraction visée aux Art. 163 ss CP¹⁵⁷, auquel cas il est légitimé à se constituer partie plaignante. Mais dans une telle hypothèse, il n'est pas nécessaire qu'il se fasse céder les droits de la masse selon l'Art. 260 LP¹⁵⁸.

Quant au Tribunal fédéral, il n'a pas encore clairement tranché la question, en particulier en application du CPP. Dans un arrêt récent, il s'est d'ailleurs contenté d'évoquer la controverse rappelée ci-dessus, sans prendre position¹⁵⁹.

Cela étant, au vu des développements consacrés dans une autre décision, rendue à peine quelques mois auparavant, dans le cadre d'actions en responsabilité

intentées contre des anciens dirigeants de la défunte Swissair, notre Haute Cour semble toutefois peu favorable à ce que la qualité de lésé soit étendue à l'administration de la faillite¹⁶⁰. En effet, selon le Tribunal fédéral, se référant à l'opinion de *Mazzucchelli/Postizzi*¹⁶¹, c'est bien la société faillie qui conserve cette qualité, l'administration de la faillite étant tout au plus légitimée à faire valoir des prétentions civiles, par adhésion à la procédure pénale (Art. 121 al. 2 CPP)¹⁶².

4. Faux dans les titres

Selon la jurisprudence constante, l'infraction de faux dans les titres (Art. 251 CP) protège un bien juridique collectif, à savoir la bonne foi en affaires ou, autrement dit, la confiance que l'on peut accorder, dans les relations juridiques, à un titre en tant que moyen de preuve¹⁶³.

Or, lorsqu'une infraction protège un intérêt collectif, les personnes physiques ou morales ne sont considérées comme des lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte que leur dommage apparaît comme une conséquence directe de l'infraction¹⁶⁴. Il faut donc que le plaideur rende vraisemblable un dommage en lien de causalité directe avec le faux dans les titres reprochés¹⁶⁵.

- 153 S. V. Berti, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II: Art. 159–352, A. Staehelin/T. Bauer/D. Staehelin (éd.), 2^e édition, Bâle 2010, Art. 260 N 4 et N 56; U. Bürgi, in: Kurzkommentar SchKG, Hunkeler (éd.), Art. 260 N 2 et N 11; V. Jeanneret/V. Carron, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, L. Dallèves/B. Foëx/N. Jeandin (éd.), Bâle 2005, Art. 260 N 3 s. et N 56. Voir aussi l'arrêt du TF 4A_446/2009 du 8. 12. 2009, consid. 2.4 (non publié aux ATF 136 III 107), in: JdT 2010 I 122 (rés.), SJ 2010 I 263.
- 154 ATF 122 III 188 consid. 5f, JdT 1998 II 140; ATF 86 III 158 consid. 1, JdT 1961 I 476; BSK SchKG II-Berti (n. 153), Art. 260 N 56; BSK OR I-Girsberger (n. 56), Art. 164 N 4; CR LP-Jeanneret/Carron (n. 153), Art. 260 N 4; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 26. Voir aussi H. Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Berne 2010, 1101 et la jurisprudence citée.
- 155 Arrêt du TF 6B_557/2010 du 9. 3. 2011, consid. 7.2.
- 156 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 121 N 5; *Contra Droese* (n. 29), 28 s., ainsi que le jugement du *Kassationsgericht* de Zurich du 5. 8. 2004, consid. 4c cc) et 4d, reproduit in: ZR 2005, N 6 (19 s.).
- 157 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 60. Dans le même sens, à tout le moins en ce qui concerne le lien de connexité entre les infractions en cause (Art. 163 ss CP) et le dommage invoqué par le créancier, voir le jugement du *Kassationsgericht* de Zurich du 5. 8. 2004, consid. 4c cc) et 4d, reproduit in: ZR 2005, N 6 (19 s.).
- 158 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 60.
- 159 Arrêt du TF 6B_197/2011 du 19. 7. 2011, consid. 5.2. Dans cet arrêt, notre Haute Cour s'est contentée de confirmer qu'une décision attribuant la qualité de partie civile à un créancier individuel (*in casu* en application de la procédure pénale tessinoise) ne saurait être qualifiée d'arbitraire.

- 160 Arrêt du TF 6B_557/2010 du 9. 3. 2011, consid. 7.2 *in fine*.
- 161 BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 121 N 13.
- 162 Arrêt du TF 6B_557/2010 du 9. 3. 2011, consid. 7.2 *in fine*. Voir aussi *Piquerez/Macaluso*, Manuel (n. 14), 297, N 853.
- 163 Arrêts du TF (destinés à la publication) 6B_124/2011 du 18. 8. 2011, consid. 3.1; 6B_1043/2010 du 28. 6. 2011, consid. 2.3.1 et les références citées. Voir aussi le jugement du Tribunal correctionnel de Genève du 22. 7. 2011, consid. 1.2 (procès des anciens dirigeants et réviseurs de la BCGE) (disponible sur <http://ge.ch/justice/tribunal-penal> [consulté le 29 février 2012]). Voir également, parmi beaucoup d'autres, M. Boog, in: Basler Kommentar Strafrecht II, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), 2^e édition, Bâle 2007, Remarques introductives à l'Art. 251 N 5; B. Corboz, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3^e édition, Berne 2010, 229, N 1 et 2; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 73.
- 164 Arrêts du TF 1B_201/2011 du 9. 6. 2011, consid. 2.1 et 6B_390/2008 du 9. 7. 2008, consid. 3.2; OCA/44/2007 du 21. 3. 2007, consid. 3.1; voir aussi le jugement du Tribunal correctionnel de Genève du 22. 7. 2011, consid. 1.2 (procès des anciens dirigeants et réviseurs de la BCGE) (disponible sur <http://ge.ch/justice/tribunal-penal> [consulté le 29 février 2012]); décision de l'*Obergericht* de Zurich (rendue dans la cause UK060055/U/ml) du 24. 5. 2006, consid. 4.4; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 73.
- 165 Jugement du Tribunal correctionnel de Genève du 22. 7. 2011, consid. 1.2 (procès des anciens dirigeants et réviseurs de la BCGE) (disponible sur <http://ge.ch/justice/tribunal-penal> [consulté le 29 février 2012]). Voir aussi *Lieber*, in: Kommentar StPO (n. 15), Art. 115 N 2; BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 73.

Lorsque ces conditions sont réunies, la victime d'un faux dans les titres qui subit une atteinte à son patrimoine est légitimée à se constituer partie plaignante dans la procédure¹⁶⁶.

A noter encore qu'à teneur de la jurisprudence, l'atteinte doit revêtir une certaine gravité, laquelle se mesure à l'aune de ses effets sur le lésé, qui doivent être appréciés de manière objective, et non en fonction de la sensibilité personnelle et subjective de ce dernier¹⁶⁷.

5. Blanchiment d'argent

Le blanchiment d'argent (Art. 305^{bis} CP) est classé parmi les infractions contre l'administration de la justice¹⁶⁸. L'Art. 305^{bis} CP protège donc, en première ligne, les intérêts collectifs.

Il est toutefois admis que cette infraction protège aussi la personne lésée par le crime commis en amont, lorsque celui-ci est dirigé contre des intérêts privés¹⁶⁹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la jurisprudence admet, désormais, que l'Art. 305^{bis} CP puisse aussi servir de base à une prétention en dommages-intérêts fondée sur l'Art. 41 CO¹⁷⁰.

6. Particularités lorsque l'infraction est commise au sein d'une banque

Lorsque le collaborateur d'un établissement bancaire commet des malversations qui portent sur des avoirs inscrits au nom de la banque (par exemple, sur un compte «nostro»), la qualité de lésé de cette dernière ne soulève pas de difficulté particulière.

166 CR CPP-Perrier (n. 14), Art. 115 N 11; voir OCA/44/2007 du 21. 3. 2007, consid. 4.1; voir également le jugement du Tribunal correctionnel de Genève du 22. 7. 2011, consid. 1.2 (procès des anciens dirigeants et réviseurs de la BCGE) (disponible sur <http://ge.ch/justice/tribunal-penal> [consulté le 29 février 2012]).

167 Arrêt du TF 1B_201/2011 du 9. 6. 2011, consid. 2.1 et les références citées.

168 Corboz, II (n. 163), 630, N 2 s. et 636, N 29.

169 ATF 129 IV 326 consid. 2.2.4 et les nombreuses références citées, SJ 2004 I 115 (rés.); Corboz, II (n. 163), 630, N 3; M. Pieth, in: Basler Kommentar Strafrecht II, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), 2^e édition, Bâle 2007, Remarques introductives à l'Art. 305^{bis} N 43a.

170 BSK Strafrecht II-Pieth (n. 169), Remarques introductives à l'Art. 305^{bis} N 43a. Voir, par exemple, l'arrêt du TF 4A_653/2010 du 24. 6. 2011, consid. 3.2.

En ce qui concerne la qualification juridique, les infractions qui entrent généralement en considération sont l'abus de confiance (Art. 138 ch. 1 al. 2 CP)¹⁷¹ ou la gestion déloyale (Art. 158 ch. 1 CP)¹⁷², selon les circonstances du cas d'espèce, notamment la position que l'auteur occupait au sein de la banque.

La question de la qualité de lésé devient cependant plus délicate à résoudre lorsque les infractions portent sur un compte ouvert au nom d'un client de la banque¹⁷³. Est-ce la banque qui est lésée dans une telle hypothèse? Ou, au contraire, est-ce le client, à savoir le titulaire du compte, qui est touché par les infractions en cause? En outre, pourrait-on envisager des situations où la banque et le client seraient tous deux lésés?

Comme on le verra ci-après, ces questions sont controversées en doctrine. A cela s'ajoute que la jurisprudence, particulièrement fluctuante, n'y a pas encore apporté de réponse claire à ce jour.

L'enjeu est pourtant de taille, notamment pour les banques. En effet, dans la pratique, généralement après avoir dû recréditer le montant débité de manière induue par leur employé, ce sont les banques qui, le plus souvent, prennent l'initiative de la dénonciation pénale et manifestent ensuite leur volonté de participer activement, comme partie plaignante, à la procédure dirigée contre leur (ancien)¹⁷⁴ collaborateur.

171 ATF 111 IV 19, JdT 1985 IV 141; voir aussi l'arrêt de la Cour de cassation pénale du TF du 18. 12. 1985, consid. 5 et 6 (non publiés aux ATF 111 IV 119, JdT 1987 IV 8, SJ 1986, 417), ainsi que la décision de l'Obergericht de Zurich du 6 mai 1987, in: RSJ 84 (1988), 30, ch. 5.

172 Selon la jurisprudence, le patrimoine d'une personne morale n'étant pas confié à ses organes, au sens de l'Art. 138 CP (car la personne morale s'exprime et agit par l'intermédiaire de ses organes), seule l'infraction de gestion déloyale entre en ligne de compte. Voir l'arrêt du TF 6B_446/2010 du 14. 10. 2010, consid. 6.3 *in fine*, avec référence à N. Schmid, Zur Frage der Abgrenzung der Veruntreuung (Art. 140 StGB) zur ungetreuen Geschäftsführung (Art. 159 StGB), RSJ 68 (1972), 121. Voir aussi l'arrêt 6S.249/2002 du 21. 11. 2002, consid. 1.2; BSK Strafrecht II-Niggli/Riedo (n. 133), Art. 138 N 34b; J. Rehberg/N. Schmid/A. Donatsch, Strafrecht III, 8^e édition, Zurich 2003, 116.

173 BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 57.

174 Aussitôt qu'il existe des soupçons concrets qu'un employé a commis une infraction pénale au détriment de son employeur, l'employé risque un licenciement avec effet immédiat (Art. 337 CO). Voir, parmi beaucoup d'autres, C. Brunner/J.-M. Bühler/J.-B. Weber/C. Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3^e édition, Lausanne 2010, Art. 337 N 7 et N 9; O. Subilia/J.-L. Duc, Droit du travail, Lausanne 2010, 617, N 13 et 626, N 34.

Dans un arrêt du 26 mai 2003¹⁷⁵, rendu en matière d'abus de confiance (Art. 138 ch. 1 al. 2 CP), le Tribunal fédéral a nié le statut de lésé à une banque, au motif qu'elle ne serait qu'indirectement touchée par les infractions pénales commises par ses collaborateurs. Selon notre Haute Cour, les avoirs en compte du client sont assimilés à des «valeurs patrimoniales confiées», au sens de l'Art. 138 ch. 1 al. 2 CP¹⁷⁶, la banque, respectivement ses organes¹⁷⁷, étant tenus de conserver constamment la contre-valeur de ce qu'ils ont reçu¹⁷⁸.

Or, dans le cas où le solde en compte ne reflète pas (plus) l'état réel de la créance dont le client dispose à l'égard de sa banque, précisément parce que le compte a été débité de manière indue, c'est le client qui subirait l'atteinte, car il ne peut plus disposer de la totalité de son patrimoine, à tout le moins jusqu'à ce que le montant litigieux lui soit recrédié par sa banque¹⁷⁹. Cette dernière n'encourrait ainsi qu'une atteinte indirecte, découlant du fait qu'elle est tenue, en vertu des règles du droit civil, de réparer le dommage subi par le client¹⁸⁰.

L'arrêt précité du 26 mai 2003 a été approuvé seulement par une minorité de la doctrine¹⁸¹. A notre connaissance, il n'a pas été expressément confirmé par le Tribunal fédéral depuis lors¹⁸². Le raisonnement suivi par notre Haute Cour, dans son considérant qui traite de la qualité de lésé de la banque, a cependant été repris récemment par le *Bezirksgericht* de Zurich, en application des Art. 115 et 118 CPP,

175 Pour le tout, voir l'arrêt du TF 6S.709/2000 du 26.5.2003, notamment le consid. 5.3.2. Voir aussi ATF 106 IV 23 consid. 2b, JdT 1981 IV 40.

176 Arrêt du TF 6B_66/2008 du 9.5.2008, consid. 5.3.1 *in fine*; *Donatsch*: in *Donatsch et al.* (n. 143), Art. 138 N 13; BSK Strafrecht II-*Niggli/Riedo* (n. 133), Art. 138 N 25 et N 29. Voir aussi *Rehberg/Schmid/Donatsch* (n. 167), 115 s.

177 On rappelle que les devoirs particuliers qui incombent à l'entreprise et qui fondent la typicité de l'infraction en cause (Art. 138 CP, par exemple) sont imputés aux personnes physiques visées à l'Art. 29 CP. Voir, récemment, l'arrêt du TF 6B_446/2010 du 14.10.2010, consid. 4.5.1; voir aussi *Donatsch*, in: *Donatsch et al.* (n. 143), Art. 138 N 4.

178 Arrêt du TF 6S.709/2000 du 26.5.2003, consid. 5.3.2.

179 Arrêt du TF 6S.709/2000 du 26.5.2003, consid. 5.3.2; voir aussi *M. Jean-Richard-dit-Bressel*, *Eigenmacht und Ohnmacht des ungetreuen Bankdirektors: Zur strafrechtlichen Erfassung von auftragswidrigen Eingriffen in Kundenkonten durch Mitglieder des Kader seiner Bank*, recht 2008, 248 s.

180 Arrêt du TF 6S.709/2000 du 26.5.2003, consid. 5.3.2. Voir aussi, dans le même sens, *Lieber*, in: *Kommentar StPO* (n. 15), Art. 115 N 4; voir aussi le jugement de l'*Obergericht* de Zurich du 18.2.2008, in: *ZR* 2008, N 33 (124) et l'arrêt du TF 6B_390/2008 du 9.7.2008, consid. 3.2. Voir aussi la décision du *Bezirksgericht* de Zurich (rendue dans la cause DG110141-L/Z04) du 19.9.2011, consid. 2.2. Voir déjà OCA/73/88 du 11.4.1988, consid. 4.

181 BSK Strafrecht II-*Niggli/Riedo* (n. 133), Art. 138 N 92a (voir cependant N 188).

182 Voir aussi *Jean-Richard-dit-Bressel* (n. 179), 245: «Dieser Entscheid rief kein grosses Echo hervor.»

à l'appui de deux décisions¹⁸³ rendues dans le cadre d'une affaire d'escroquerie et de faux dans les titres commis au sein d'un établissement bancaire¹⁸⁴.

En outre, dans un arrêt du 28 novembre 2011, notre Haute Cour a également nié la qualité de lésé à une banque, au motif que la responsabilité civile encourue par cette dernière à l'égard de sa clientèle, en raison d'infractions commises par un ancien employé, ne suffirait pas à faire d'elle un lésé, au sens de l'Art. 115 CPP¹⁸⁵. A noter que le Tribunal fédéral ne cite aucune source – jurisprudence ou doctrine – pour étayer cette conclusion.

La doctrine dominante ne partage pas l'avis du Tribunal fédéral. En effet, selon la majorité des auteurs qui se sont penchés sur la question¹⁸⁶, il résulte en particulier de la nature de la relation juridique qui se noue entre le client et sa banque que c'est bien cette dernière qui est directement touchée par les malversations commises par ses organes ou employés.

En effet, il est unanimement admis que l'argent déposé sur un compte bancaire ouvert au nom d'un client est la *propriété de la banque*, envers laquelle le client en question ne dispose que d'une créance¹⁸⁷. Par l'ouverture d'un compte dans ses livres, la banque s'engage, à l'égard de son client, à lui remettre, selon les modalités convenues, tout ou partie de l'avoir disponible¹⁸⁸. L'exécution, par la banque,

183 Décision par voie de circulation (avant l'ouverture des débats) du *Bezirksgericht* de Zurich (rendue dans la cause DG110141-L/Z04) du 19.9.2011, notamment consid. 2.6 et 3.2. A noter que cette décision a été annulée le 8.11.2011 par l'*Obergericht* de Zurich, suite au recours interjeté par la banque (cf. *infra* sous note de bas de page 203). Ne partageant manifestement pas le point de vue de l'*Obergericht*, le *Bezirksgericht* a cependant une nouvelle fois nié la qualité de lésé à la banque à l'appui de son jugement sur le fond (rendu le 14.12.2011 dans la cause DG110141-L/U). La banque a recouru contre ce jugement auprès de l'*Obergericht* de Zurich, dont l'arrêt est donc attendu avec intérêt.

184 On relèvera incidemment que, dans le cas d'espèce, la qualité de lésé de la banque n'a, curieusement, pas été examinée sous l'angle de l'escroquerie (Art. 146 CP), ni sous l'angle du faux dans les titres (Art. 251 CP), soit les deux infractions retenues dans l'acte d'accusation, mais semble-t-il uniquement à la lumière de l'abus de confiance (Art. 138 CP), infraction qui n'est pas du tout développée dans ledit acte d'accusation.

185 Arrêt du TF 1B_531/2011 du 28.11.2011, consid. 3.2.

186 BSK StPO-*Mazzuchelli/Postizzi* (n. 14), Art. 115 N 57; *Jean-Richard-dit-Bressel* (n. 179), 239; voir aussi *E. Bucher*, *Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen*, recht 1984, 99: «Das Konto ist eine rein rechnerische Grösse vorerst ohne selbständige rechtliche Bedeutung; es weist ein Guthaben (oder eine Schuld) des Bankkunden, nicht aber dessen Eigentum aus. Wenn die Bank leistet, greift sie in ihre eigene Tasche, nicht in die Tasche des auftragserteilenden Kunden.»

187 Arrêts du TF 4A_54/2009 du 20.4.2009, consid. 1 et 4A_438/2007 du 29.1.2008, consid. 5.1; ATF 132 III 452 consid. 2, JdT 2007 I 446 (rés.) et reproduit in: *SJ* 2006 I 377. Voir aussi la décision de l'*Obergericht* de Zurich (rendue dans la cause UK060055/U/ml) du 24.5.2006, consid. 4.5.3, ainsi que l'arrêt du TF 6S.709/2000 du 26.5.2003, consid. 5.3.2; *Jean-Richard-dit-Bressel* (n. 179), 238 s.

188 ATF 132 III 451 consid. 2, JdT 2007 I 446 (rés.) et reproduit in: *SJ* 2006 I 377.

d'un ordre de remettre ou de transférer un montant par prélèvement sur cet avoir a son fondement dans la relation précitée, cela même si l'ordre est donné irrégulièrement ou s'il s'agit d'un faux¹⁸⁹. Ce n'est cependant que si la banque s'exécute entre les mains d'une personne autorisée qu'elle éteint, dans la même mesure, la créance que le client possède envers elle¹⁹⁰.

Il découle des considérations qui précèdent que c'est, en principe, la banque qui supporte le risque d'une prestation exécutée par le débit d'un compte client, en faveur d'une personne non autorisée¹⁹¹. Du point de vue du droit civil, la banque seule subit un dommage, car elle est tenue de payer une seconde fois le montant concerné à son client¹⁹². Aussi, lorsque ce dernier réclame à sa banque la restitution de l'avoir en compte, il ne fait pas valoir des dommages-intérêts, mais au contraire il exerce contre elle une action en exécution du contrat¹⁹³.

Le raisonnement suivi par la doctrine majoritaire est convaincant et doit, selon nous, être approuvé. En effet, contrairement à ce que semble suggérer l'arrêt susmentionné du Tribunal fédéral du 26 mai 2003¹⁹⁴, il n'apparaît pas que l'on puisse faire abstraction du lien contractuel qui se crée entre le client et sa banque pour déterminer qui subit l'atteinte, en première ligne, en cas de violation de ce contrat¹⁹⁵.

Le client pourrait tout au plus être considéré comme lésé, *aux côtés de la banque*, dans l'hypothèse où cette dernière devait refuser, sans motif légitime, de lui recrediter le montant débité de manière indue par un collaborateur indélicat. En effet, dans un tel cas de figure, la créance contractuelle (i.e. en exécution) du client vis-à-vis de sa banque subirait une atteinte, puisque l'infraction pénale l'em-

pêcherait, à tout le moins temporairement, de disposer de la totalité de son avoir¹⁹⁶. Ceci dit, la banque elle-même ne resterait pas moins aussi lésée, étant propriétaire de l'argent qui a été soustrait indûment du compte ouvert au nom de son client¹⁹⁷.

A cela s'ajoute que, contrairement à ce que le *Bezirksgericht* de Zurich a relevé dans ses décisions récentes susmentionnées¹⁹⁸, il est à notre sens parfaitement concevable que plusieurs personnes soient lésées par la même infraction. On rappelle, en effet, que la qualité de lésé, au sens de l'Art. 115 CPP, dépend uniquement de la titularité du bien juridique, et non pas de l'existence d'un préjudice de nature civil¹⁹⁹, lequel peut donc n'avoir été subi que par une des personnes touchées.

On relèvera, par ailleurs, que la qualité de lésé d'une banque, en présence d'infractions commises par l'un de ses collaborateurs, a déjà été admise, aussi bien dans la jurisprudence fédérale²⁰⁰ que cantonale, notamment à Genève²⁰¹, Neuchâtel²⁰² et, récemment encore, à Zurich²⁰³. Toutes ces décisions ont pour dénominateur commun le fait qu'elles tiennent compte non seulement de la nature de la relation juridique que le client entretient avec sa banque, mais également de la responsabilité directe que cette dernière encourt dans ce contexte²⁰⁴.

Au vu de ce qui précède, la portée de l'arrêt précité du 26 mai 2003 (lequel ne prend d'ailleurs position sur aucune des jurisprudences précitées) ne doit donc pas être exagérée. Cela d'autant moins que l'état de fait soumis au Tribunal fédéral porte sur une catégorie bien précise de «valeurs patrimoniales», en l'occurrence des dépôts de titres. Or, il ne découle pas de l'arrêt susvisé que les développements consacrés par notre Haute Cour seraient applicables à tous les types d'avoirs ban-

189 ATF 132 III 451 consid. 2 et les références citées, JdT 2007 I 446 (rés.) et reproduit in: SJ 2006 I 377.

190 Décision de l'*Obergericht* de Zurich (rendue dans la cause UK060055/U/ml) du 24.5.2006, consid. 4.5.3; *Jean-Richard-dit-Bressel* (n. 179), 239.

191 A noter que, selon la jurisprudence, lorsque le régime légal est modifié conventionnellement entre le client et la banque (par exemple, dans le cadre des conditions générales auxquelles le client adhère lors de l'ouverture du compte), cela ne revient pas à exclure ou limiter la responsabilité de la banque pour un dommage du client, mais bien à reporter le dommage de la banque sur ce dernier. Voir notamment l'arrêt du TF 4A_54/2009 du 20.4.2009, consid. 1. Voir aussi la décision de l'*Obergericht* de Zurich (rendue dans la cause UK060055/U/ml) du 24.5.2006, consid. 4.5.3 *in fine*.

192 ATF 132 III 452 consid. 2, JdT 2007 I 446 (rés.) et reproduit in: SJ 2006 I 377; arrêt du TF 4A_438/2007 du 29.1.2008, consid. 5.1; voir aussi *E. Bucher*, *Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?*, recht 1997, 42; *Jean-Richard-dit-Bressel* (n. 179), 241; *R. H. Weber*, in: *Berner Kommentar*, Band IV, 2^e édition, Berne 2005, Art. 68 N 121; BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 57. Voir aussi *H. Wiprächtiger*, *Entwicklungen im revidierten Vermögensstrafrecht*, PJA 1999, 383 s., ch. 6.

193 ATF 132 III 452 consid. 2, JdT 2007 I 446 (rés.) et reproduit in: SJ 2006 I 377.

194 Arrêt du TF 6S.709/2000 du 26.5.2003, consid. 5.3.2.

195 Dans le même sens, voir la décision de l'*Obergericht* de Zurich (rendue dans la cause UH110286-O/U/br) du 8.11.2011, consid. 4.

196 Du même avis, BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi (n. 14), Art. 115 N 57.

197 Cf. *supra* sous note de bas de page 187.

198 Décision du *Bezirksgericht* de Zurich (rendue dans la cause DG110141-L/U) du 14.11.2011, consid. 2.3. Voir aussi la décision par voie de circulation rendue par la même autorité le 19.9.2011 (dans la cause DG110141-L/Z04), consid. 2.5.

199 Cf. *supra* II.1.a).

200 ATF 121 IV 260 consid. 2b et 2c, JdT 1997 IV 99; ATF 111 IV 21 consid. 2 et 3, JdT 1985 IV 141.

201 OCA/129/95 du 13.4.1995, consid. 3. Voir également l'arrêt ACJP/150/2011 du 4.7.2011 de la Cour de justice de Genève (Chambre pénale), consid. 2.1.

202 Arrêt de la Chambre d'accusation de Neuchâtel du 12.12.2000, consid. 3c, reproduit in: RJN 2000, p. 202 s.

203 Décision de l'*Obergericht* de Zurich (rendue dans la cause UH110286-O/U/br) du 8.11.2011, consid. 4. Voir déjà la décision rendue par la même autorité le 24.5.2006 (dans la cause UK060055/U/ml), consid. 4.5.

204 Voir notamment la décision de l'*Obergericht* de Zurich (rendue dans la cause UH110286-O/U/br) du 8.11.2011, consid. 4: «Schliesslich hielt das Bundesgericht denn auch in ihren Entscheiden vom 29. Januar 2008 und 20. April 2009 (4A_438/2007 und 4A_54/2009) eindeutig fest, dass das von Bankkunden auf einem Bankkonto angelegtes Geld im Eigentum der Bank stehe und bei von Kunden nicht autorisierten Transaktionen der Schaden bei der Bank und nicht beim Kunden entstehe.»

caires²⁰⁵. Par ailleurs, l'arrêt du 26 mai 2003 n'a examiné la qualité de lésé de la banque que sous l'angle de l'abus de confiance (Art. 138 al. 1 ch. 2 CP), seule infraction pertinente dans le cas d'espèce.

Dans la pratique, il arrive pourtant très souvent que l'employé indélicat confectionne des faux, à partir d'une signature authentique du client de la banque, en mettant à contribution les ciseaux, la colle et la photocopieuse²⁰⁶. Ces faux sont ensuite utilisés par l'auteur, au sein de la banque, par exemple au détriment d'un collègue du service de caisse, ou d'un supérieur qui doit viser la transaction, afin que celle-ci puisse être validée à l'interne et, en définitive, exécutée.

Or, dans ce genre de cas de figure, il n'est plus question d'abus de confiance, mais bien plutôt d'escroquerie²⁰⁷, étant rappelé que cette infraction entre en concours avec le faux dans les titres²⁰⁸. Le fait que l'employé ait dû agir de manière astucieuse, notamment par l'utilisation de documents falsifiés²⁰⁹, démontre, en effet, qu'il ne jouissait pas d'un pouvoir de disposition suffisant, au sens de l'Art. 138 ch. 1 al. 2 CP²¹⁰, sur le compte bancaire débité de manière indue²¹¹.

- 205 Dans le même sens, voir la décision de l'*Obergericht* de Zurich (rendue dans la cause UH110286-O/U/br) du 8.11.2011, consid. 4: «Eine Verallgemeinerung auf sämtliche Arten von Guthaben von Bankkunden auf Bankkonten lässt sich aus dem Entscheid nicht ohne Weiteres ableiten.»
- 206 Inspiré du résumé de l'état de fait de l'ATF 132 III 449.
- 207 ATF 129 IV 56 consid. 3 et les références citées, JdT 2006 IV 7; BSK Strafrecht II-Boog (n. 158), Art. 251 N 105; Corboz, II (n. 163), 268, N 189.
- 208 Jean-Richard-dit-Bressel (n. 179), 238; S. Trechsel/D. Cramer, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, S. Trechsel et al. (éd.), Zurich/St-Gall 2008, Art. 146 N 41.
- 209 Selon la jurisprudence et la doctrine, il y a notamment manœuvre frauduleuse (astuce) lorsque l'auteur fait usage de titres falsifiés ou obtenus sans droit ou de documents mensongers. Voir l'arrêt du TF 6S.155/2006 du 3.5.2007, consid. 6.1; ATF 128 IV 20 consid. 3a et les références citées, JdT 2006 IV 258 (rés.), partiellement reproduit in: SJ 2002 I 123; voir aussi le jugement JTP/1447/2008 du 3.11.2008 rendu par le Tribunal de police de Genève, consid. 9; BSK Strafrecht II-Arzt (n. 133), Art. 146 N 55; Corboz, I (n. 133), 304 s., N 18; Trechsel/Cramer, in: Praxiskommentar StGB (n. 208), Art. 146 N 8.
- 210 Pour que les valeurs patrimoniales soient confiées, au sens de l'Art. 138 ch. 1 al. 2 CP, il faut que l'auteur puisse en disposer sans l'intervention de la victime, cette condition n'étant pas réalisée lorsque le pouvoir de disposition résulte d'une tromperie. Voir ATF 133 IV 28 consid. 6.2 et les références citées; voir aussi l'arrêt du TF 6B_66/2008 du 9.5.2008, consid. 5.3.2. Voir déjà, sur cette question, la décision de l'*Obergericht* de Zurich du 6.5.1987, in: RSJ 84 (1988), 30, ch. 5. En revanche, selon la jurisprudence, il n'est pas nécessaire que l'auteur possède un pouvoir de disposition exclusif, ATF 109 IV 32 consid. 3, JdT 1984 IV 41; voir aussi l'arrêt de la Cour de cassation pénale du TF du 18.12.1985, consid. 5 et 6 (non publiés aux ATF 111 IV 119, JdT 1987 IV 8, SJ 1986, 417).
- 211 ATF 111 IV 132 consid. 1a, SJ 1986, 367 (rés.); voir aussi les arrêts du TF 6B_91/2007 du 8.7.2007, consid. 6.1 et 6S.512/2006 du 5.3.2007, consid. 10.1; Donatsch, in: Donatsch et al. (n. 143), Art. 138 N 15; Trechsel/Cramer, in: Praxiskommentar StGB (n. 208), Art. 138 N 8 et Art. 146 N 41; contra BSK Strafrecht II-Niggli/Riedo (n. 133), Art. 138 N 94, lesquels semblent suggérer qu'il ne se justifie pas de traiter différemment la situation où l'employé de banque utilise des faux.

Il est indéniable que, dans une situation telle que décrite ci-dessus, la banque est directement lésée, au sens de l'Art. 115 al. 1 CPP, par l'escroquerie et/ou le faux dans les titres et, partant, elle doit être admise à se constituer partie plaignante dans la procédure pénale. On aboutirait d'ailleurs à la même conclusion s'il fallait considérer, à la suite de l'arrêt susmentionné du Tribunal fédéral du 26 mai 2003²¹², que les avoirs en compte touchés par les malversations appartiennent, d'un point de vue économique, au client de la banque. En effet, il est admis qu'en matière d'escroquerie, l'appauvrissement peut, le cas échéant, se produire dans le patrimoine d'un tiers, qui n'est donc pas nécessairement la dupe (i. e. la banque)²¹³.

En tout état de cause, et quelle que soit l'infraction pénale qui entre en ligne de compte, il ne faut pas non plus perdre de vue les inconvénients pratiques qu'une approche trop restrictive, en matière de qualité de lésé de la banque, est susceptible d'entraîner sur le déroulement de la procédure pénale, notamment au stade de l'instruction conduite par le ministère public (Art. 299 ss CPP).

Comme déjà évoqué plus haut, en cas d'infractions pénales commises par l'un de leurs employés, et en raison de la responsabilité qu'elles encourent à cet égard, les banques recréditent presque toujours immédiatement le compte du client du montant qui en a été débité de manière indue. Or, dans l'hypothèse où le client de la banque n'a subi aucun dommage patrimonial, la participation à la procédure pénale ne présente pratiquement aucun intérêt pour lui²¹⁴. Pour ce motif, le client en question renonce, en règle générale, à se constituer partie plaignante. Il serait donc choquant que l'on refuse ce statut à la banque, dans une procédure pénale dirigée contre son (ancien) employé, alors même qu'elle a déjà dû s'exécuter à deux reprises²¹⁵.

Par ailleurs, il convient de garder à l'esprit qu'à chaque fois que la qualité de partie plaignante est refusée à la banque, la procédure risque, en définitive, de se dérouler en «catimini», entre le ministère public, d'un côté, et le prévenu, de l'autre, ce qui semble peu conciliable avec les principes d'économie de procédure et d'une saine administration de la justice.

En effet, c'est généralement la banque qui est en possession de la majorité des informations qui, dans ce type d'affaires, permettent de faire progresser utilement l'instruction (documents d'ouverture de compte, relevés de compte, messages Swift, correspondance entre la banque et le client, etc.). En outre, les représentants de la banque sont en principe les mieux placés pour répondre aux questions du ministère public et contribuer ainsi à l'élucidation des faits qui se sont produits au sein

212 Arrêt du TF 6S.709/2000 du 26.5.2003, consid. 5.3.2.

213 On parle alors de *Dreiecksbetrug*. ATF 133 IV 177 consid. 4.3 et les références citées; Donatsch, in: Donatsch et al. (n. 143), Art. 146 N 19; Trechsel/Cramer, in: Praxiskommentar StGB (n. 208), Art. 146 N 18.

214 Et cela quand bien même le CPP admet que la constitution de partie plaignante puisse être limitée au pénal (Art. 119 al. 2 lit. a CPP). Cf. *supra* sous note de bas de page 65.

215 Cf. *supra* sous note de bas de page 192.

de leur entreprise. Si la banque n'est pas elle-même partie à la procédure, le ministère public est alors obligé de requérir la production de documents qui sont en mains de la banque par la voie d'ordonnances de séquestre (Art. 263 al. 2 CPP), avec toutes les restrictions qui sont inhérentes à une telle mesure²¹⁶. Le ministère public devra, par ailleurs, entendre régulièrement les représentants de la banque, comme témoins (Art. 162 CPP), afin de pouvoir, par ce biais, exercer un certain contrôle sur la version des faits livrée par le prévenu.

IV. Conclusion

Depuis l'entrée en vigueur du CPP, le Tribunal fédéral a déjà rendu un nombre important d'arrêts en application de cette loi, notamment en matière de détention avant jugement. Pratiquement tous ces arrêts sont destinés à la publication au recueil officiel des ATF²¹⁷. En tant qu'autorité judiciaire suprême de la Confédération, notre Haute Cour manifeste ainsi clairement sa volonté d'assurer, respectivement d'imposer, une application uniforme du CPP²¹⁸ à l'échelle nationale.

Or, les développements consacrés dans la présente contribution confirment que des incertitudes subsistent également sur de nombreux aspects liés aux notions de lésé (Art. 115 CPP) et de partie plaignante (Art. 118 CPP).

Il reste donc à espérer que le Tribunal fédéral, aussitôt et à chaque fois que l'occasion se présente, prendra la peine d'apporter les éclaircissements qui s'imposent dans ce domaine, notamment en s'appuyant sur les contributions doctrinales – de plus en plus abondantes – qui traitent de la notion de lésé.

Cela paraît d'autant plus nécessaire que le Message à l'appui du CPP relève qu'il était préférable de «[...] continuer de laisser à la jurisprudence et à la doctrine le soin de définir, dans les détails, la qualité de lésé»²¹⁹.

216 En effet, le séquestre probatoire, au sens de l'Art. 263 al. 1 lit. a CPP, ne peut être ordonné qu'aux conditions de l'Art. 197 al. 1 CPP, lequel impose le respect de plusieurs principes, notamment ceux de proportionnalité et de spécialité. Voir, notamment, S. Lembo/A. V. Julien Berthod, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, A. Kuhn/Y. Jeanneret (éd.), Bâle 2011, Art. 263 N 17 ss.

217 Parmi beaucoup d'autres, voir les arrêts 1B_64/2011 du 17.2.2011; 1B_173/2011 du 17.5.2011; 1B_244/2011 du 24.6.2011 et 1B_277/2011 du 28.6.2011.

218 C'est d'ailleurs l'une des principales fonctions du Tribunal fédéral. Voir notamment M. Schott, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, M. A. Niggli/P. Uebbersax/H. Wiprächtiger (éd.), 2^e édition, Bâle 2011, Art. 95 N 10.

219 Message (n. 3), ch. 2.3.3.1, 1148. A notre sens, dès lors que le législateur n'est pas du tout entré en matière sur les «[...] questions prêtant à doute auxquelles donne lieu la notion de lésé», il serait souhaitable que le Tribunal fédéral ne se contente pas de citer le Message lorsqu'il est amené à se prononcer sur la portée de l'Art. 115 CPP. Pour une illustration, voir l'arrêt du TF 1B_201/2011 du 9.6.2011, consid. 2.1.