procédure pénale

Qualité de partie plaignante du créancier en cas d'obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire (art. 170 CP)

Arrêt TF 1B_418/2022 (f) du 17 janvier 2023

Par Alexandre Guisan, le 23 février 2023

> L'infraction d'obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire (art. 170 CP) protège avant tout la bonne exécution de la procédure concordataire et seulement indirectement les intérêts des créanciers de la société en faillite. Ces derniers ne revêtent en tout cas pas la qualité de lésé et de partie plaignante s'ils n'ont pas été admis à l'état de collocation et ne participent donc pas à la procédure d'exécution forcée.

I. En fait

En août 2019, plusieurs actionnaires de la société G SA – dont A et consorts – ont déposé plainte pénale contre toutes les personnes impliquées dans la procédure de sursis concordataire engagée par les organes de cette société, dont la faillite avait été prononcée en juin 2019.

En substance, ils reprochaient aux organes de G SA d'avoir, par le biais de l'institution du sursis concordataire, fait croire à une volonté d'assainir la société alors qu'en réalité, ils avaient cédé ses principaux actifs à une nouvelle entité, créée peu de temps auparavant et maîtrisée par certains autres actionnaires de G SA, à un prix notablement plus bas que celui figurant au bilan. Ces faits étaient selon eux constitutifs d'obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire (art. 170 CP), mais devaient aussi être examinés sous l'angle des art. 146 et 158 CP. A soutenait en outre avoir été touché en tant que créancier de la société.

Après avoir ouvert une instruction, le Ministère public fribourgeois a informé A et consorts qu'ils n'étaient pas autorisés à participer à la procédure en qualité de parties plaignantes, décision confirmée par le Tribunal cantonal fribourgeois.

A et consorts recourent au Tribunal fédéral (TF) et concluent à la reconnaissance de leur qualité de lésé et de partie plaignante.

II. En droit

Le TF commence par rappeler la définition du lésé (art. 115 CPP) et de la partie plaignante (art. 118 CPP), notamment en cas d'infraction perpétrée au détriment du patrimoine d'une personne morale ou commise dans la faillite de celle-ci. Le bien juridique protégé par les art. 163 ss CP n'est pas (ou plus) le patrimoine de la société tombée en faillite, mais le patrimoine des créanciers de celle-ci qui revêtent donc la qualité de lésé. Tel n'est pas le cas

des actionnaires, à moins qu'ils détiennent simultanément une créance contre la société faillie. Ces infractions tendent également à protéger le droit à l'exécution forcée lui-même et apparaissent dès lors comme un complément pénal à la LP (cf. ATF 148 IV 170, c. 3.3.2, 3.4.1 et 3.4.6, résumé *in* https://www.crimen.ch/102/) (c. 3.1, par. 1 à 4).

S'agissant en particulier de l'infraction d'obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire (art. 170 CP), le TF retient, en référence à la doctrine majoritaire et à trois arrêts anciens (ATF 114 IV 32, c. 3b ; 109 IV 113, c. 1a ; 84 IV 158, c. 3), que cette norme « tend avant tout à prévenir les atteintes à l'administration de la justice – soit la bonne exécution de la procédure concordataire – et ne protège donc que de manière indirecte les intérêts des créanciers » (c. 3.1, dernier par.).

En l'espèce, le TF relève qu'en tant qu'actionnaires de G SA, les recourants ne sont pas directement lésés par des infractions commises au préjudice du patrimoine de la société (dont les art. 146 et 158 CP). Hormis A, ils ne prétendent pas être créanciers de G SA, ce qui permet de leur dénier la qualité de partie plaignante par rapport aux infractions dans la faillite (c. 3.2, 1er par.).

Ensuite, le TF estime, avec la cour cantonale, que les recourants ne peuvent pas non plus se prévaloir des possibilités d'actions – sociales ou individuelles – reconnues par le droit civil aux actionnaires et/ou aux créanciers pour étayer leur qualité de partie plaignante en procédure pénale. En effet, la règle de protection du droit de la société anonyme qu'ils invoquent – obligation d'aviser le juge civil en cas de surendettement (désormais : art. 725b CO, en vigueur depuis le 1.1.2023) – n'a pas été édictée dans le seul intérêt des actionnaires ou créanciers, mais aussi dans celui de la société elle-même. Par conséquent, les recourants ne sont lésés que de manière indirecte, c'est-à-dire en raison de l'insolvabilité de la société (c. 3.2, 2e par.).

Enfin, le recourant A prétend encore détenir la qualité de lésé eu égard aux infractions dans la faillite, vu son statut de créancier de G SA. Malgré ses développements en droit, le TF s'abstient de trancher le point de savoir si ce statut suffit s'agissant de l'art. 170 CP. En effet, A ayant renoncé à son action en contestation de l'état de collocation il n'a pas été admis à l'état de collocation dans la faillite de G SA. Faute de participer à la procédure d'exécution forcée proprement dite, il ne dispose plus du droit à pouvoir être désintéressé sur les biens du débiteur, de sorte qu'il n'est pas lésé par d'éventuelles infractions dans la faillite (c. 3.2, 3e par).

Partant, le recours est rejeté (c. 4).

III. Commentaire

Cet arrêt appelle trois remarques.

Premièrement, même s'il laisse finalement la question ouverte, les développements que le TF consacre au bien juridique protégé par l'art. 170 CP n'emportent pas la conviction. Le fait qu'une norme protège « avant tout » un bien juridique collectif (en l'occurrence la bonne

exécution de la procédure concordataire) ne signifie pas encore que d'éventuels biens juridiques individuels ne seraient protégés qu'indirectement. Comme le retient la jurisprudence sur l'art. 115 CPP (citée par le TF au c. 3.1, 2e par.), il suffit que le bien juridique individuel dont le lésé invoque l'atteinte soit protégé secondairement ou accessoirement, même si la disposition légale protège en première ligne des biens juridiques collectifs. Savoir si un bien juridique individuel est protégé de façon secondaire ou, au contraire, de façon indirecte seulement (ou même pas protégé du tout) suppose d'interpréter l'infraction en cause.

Sans pouvoir approfondir la question ici, on note tout de même qu'à rigueur de texte, l'art. 170 CP – qui n'est pas reproduit dans l'arrêt – punit le débiteur qui, entre autres, aura « induit en erreur sur sa situation pécuniaire ses créanciers », soit une formulation qui plaide en faveur d'une protection de ces derniers, ne serait-ce qu'à titre secondaire ou accessoire (cf. déjà ATF 84 IV 158, c. 3, qui retient que la violation de l'art. 170 CP cause en général un « désavantage pour les créanciers »).

Deuxièmement, les considérations du TF sur les actions de droit civil à disposition des créanciers et/ou actionnaires d'une société sont à notre avis dénuées de pertinence dans le cadre de l'art. 115 CPP. En effet, la notion de lésé au sens de cette disposition suit une conception pénaliste, qui dépend uniquement de la titularité du bien juridique protégé par une infraction pénale, et non des normes de protection (*Schutznormen*) prévues par le droit de la société anonyme (en l'occurrence l'art. 725b CO).

Troisièmement, les développements sur l'admission à l'état de collocation doivent être salués : en tant que les art. 163 ss CP protègent le droit des créanciers à être désintéressés sur le patrimoine du débiteur dans la procédure d'exécution forcée, ces derniers doivent, pour se voir reconnaître la qualité de lésé, participer effectivement à ladite procédure, et donc avoir été admis à l'état de collocation (art. 247 LP).

Cette affirmation suscite toutefois une série de questions complémentaires : comment traiter le créancier dont l'action en contestation de l'état de collocation (art. 250 LP) est toujours pendante ? À notre sens, il devrait être admis provisoirement à la procédure pénale, quitte à ce que la qualité de lésé lui soit ensuite retirée si sa créance est définitivement écartée. Que se passe-t-il si le créancier n'a même pas produit sa créance à l'issue de l'appel aux créanciers (art. 232 al. 2 ch. 2 LP) ? Le fait qu'une production tardive (art. 251 LP) reste possible modifie-t-il la situation ? Enfin, que dire lorsque la faillite est suspendue faute d'actif, puis clôturée car aucun créancier n'a daigné fournir les sûretés nécessaires (art. 230 LP) ?

Proposition de citation : Alexandre Guisan, Qualité de partie plaignante du créancier en cas d'obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire (art. 170 CP), in : https://www.crimen.ch/170/ du 23 février 2023