

# BGer 6B 412/2016 vom 10. Februar 2017

Bundesgericht, 2017-02-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_412\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_412_2016)

FR: TF 6B 412/2016 du 10 février 2017

IT: TF 6B 412/2016 del 10 febbraio 2017

## Regeste

Gestion déloyale; fixation de la peine; indemnité | Infractions

## Erwägungen

### E. 1

Le recourant conteste l'établissement des faits, qui serait manifestement inexact sur plusieurs points.

#### E. 1.1

Le Tribunal fédéral n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits pourraient être rediscutés librement. Il est lié par les constatations de fait de la décision entreprise ( art. 105 al. 1 LTF ), à moins que celles-ci n'aient été établies en violation du droit ou de manière manifestement inexacte au sens des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, à savoir pour l'essentiel de façon arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. La notion d'arbitraire a été rappelée récemment dans l' ATF 141 IV 305 consid. 1.2 p. 308 s., auquel on peut se référer. En bref, une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable; il faut qu'elle soit manifestement insoutenable, et cela non seulement dans sa motivation mais aussi dans son résultat. Le Tribunal fédéral n'entre en matière sur les moyens fondés sur la violation de droits fondamentaux que s'ils ont été invoqués et motivés de manière précise ( art. 106 al. 2 LTF ). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1 p. 253).

#### E. 1.2

Le recourant débute ses écritures par une présentation personnelle des faits. Dans la mesure où il s'écarte des faits retenus par la cour cantonale sans démontrer que ceux-ci auraient été établis de manière arbitraire, son exposé est appellatoire et, partant, irrecevable.

#### E. 1.3

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir versé dans l'arbitraire en retenant que la Fondation A. \_\_\_\_\_ était déjà en situation précaire au début 2008 et qu'il avait donc perçu des honoraires en violation de l'art. 10 al. 4 in fine des statuts en 2008 et 2009. Il se réfère à cet égard aux déclarations du réviseur et à l'expertise comptable. Il fait également grief à la cour cantonale de ne pas avoir admis le principe de la rémunération du secrétaire général. La cour cantonale est arrivée à la conclusion que la fondation était en situation précaire au début 2008, en se fondant avant tout sur le rapport d'expertise comptable du 19 octobre 2010 de la société Fiduciaire T. \_\_\_\_\_ SA, ainsi que sur le rapport complémentaire du 14 février 2011. C'est ainsi que l'expert a relevé que l'exercice 2008 de la fondation "boucle avec une perte" et que "les liquidités sont négatives de 115'434 fr. au 31 décembre 2008". Il ressort de l'expertise que, jusqu'en 2007, les dons de l'Etat du Valais,

de R. \_\_\_\_\_ et de la Ville de J. \_\_\_\_\_ avaient couvert les frais de fonctionnement; ces dons s'étaient réduits à 700'000 fr. en 2008 et à 300'000 fr. en 2009 et n'avaient pas été compensés par les royalties, puisque pratiquement aucun appareil n'avait été vendu, ce qui avait occasionné le surendettement. Entendu le 6 septembre 2011 par la juge du district de Monthey, l'expert a expliqué qu'en 2008, la fondation n'avait pas encaissé de royalties; il n'y avait en tout cas pas de montants suffisants permettant de payer les honoraires en retard et les autres charges de la fondation. La cour cantonale s'est également référée à des courriers du recourant, qui était au courant des difficultés que rencontrait la fondation. Dans un courrier du 31 janvier 2008, le recourant a relevé à l'adresse du président Y. \_\_\_\_\_ que la fondation était confrontée à des difficultés financières, en soulignant que cette préoccupation quant à l'avenir du financement de la Fondation A. \_\_\_\_\_ ressortait déjà clairement du procès-verbal de la réunion du conseil de fondation du 21 juin 2007. Par lettre du 30 juillet 2008, le recourant a signalé au président que la situation financière de la fondation restait des plus préoccupante, puisqu'elle ne pouvait compter sur la perception de royalties eu égard aux grandes difficultés de Q. \_\_\_\_\_ SA. Le 28 novembre 2008, le recourant a indiqué au président Y. \_\_\_\_\_ que, pour pouvoir faire face à l'absence de royalties prévues au budget 2008, il avait obtenu auprès de la banque Z. \_\_\_\_\_ un dépassement momentané du compte courant de 150'000 francs. La cour cantonale a écarté à juste titre l'avis de l'organe de révision, qui a déclaré que le versement des honoraires au recourant respectait les statuts de la fondation, car, si ces honoraires avaient pu être versés, c'est que la fondation en avait les moyens. En effet, le fait que la fondation dispose des liquidités suffisantes ne signifie pas encore qu'elle ait eu les moyens de verser lesdits honoraires. Enfin, contrairement à ce que soutient le recourant, la cour cantonale n'a pas contesté le principe de la rémunération du recourant, qui n'a pas été condamné pour avoir perçu des honoraires dans les années précédentes (2000 à 2007). Compte tenu de ces éléments, la cour cantonale n'a pas versé dans l'arbitraire en retenant que la fondation se trouvait dans une situation financière précaire déjà au début 2008. Dans la mesure de leur recevabilité, les griefs soulevés doivent être rejetés.

#### **E. 1.4**

Le recourant soutient que la cour cantonale est tombée dans l'arbitraire en retenant que le recourant avait démontré une volonté de dissimuler la réalité en utilisant le compte courant " P. \_\_\_\_\_ c/c " afin de comptabiliser ses honoraires. Ce grief n'est pas pertinent. Le recourant a été condamné pour avoir prélevé des honoraires alors que la fondation ne disposait pas des moyens nécessaires et avoir ainsi violé l'art. 10 al. 4 des statuts de la fondation. Il n'a été condamné ni pour avoir facturé ses honoraires au travers de " P. \_\_\_\_\_ Sàrl " ni pour avoir dissimulé au conseil de fondation le versement et la comptabilisation de ses honoraires. La cour cantonale a du reste repris les conclusions de l'expert, selon lesquelles les honoraires du recourant avaient été "correctement facturés, comptabilisés". Elle a également relevé que la comptabilisation des honoraires du recourant sous la rubrique "R &D " des projets n'était pas très transparente, mais qu'elle n'était pas formellement contraire au droit (jugement attaqué p. 24).

#### **E. 1.5**

Le recourant fait valoir que la cour cantonale a arbitrairement omis de constater que le conseil de fondation avait approuvé les comptes 2005 à 2008 à l'unanimité. La cour cantonale n'a pas méconnu cet élément. Elle a exposé que, lors de la séance du 17 avril 2009, les comptes avaient été approuvés à l'unanimité des membres présents (jugement

attaqué p. 19). Elle a également repris les déclarations de l'expert, selon lequel, de son point de vue, le conseil de fondation savait ou aurait dû savoir que le recourant facturait 12'000 fr. par mois à la fondation (jugement attaqué p. 25). Quant à la question de la portée de l'approbation des comptes, elle relève de l'application du droit. Elle sera examinée au considérant 2.3.

### **E. 1.6**

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir versé dans l'arbitraire en retenant que son fils était inexpérimenté. Lors de l'instruction, O. \_\_\_\_\_ a déclaré, selon ses propres termes, qu'il était un " apprenant " et que U. \_\_\_\_\_ était son maître de stage. Dans ces conditions, la cour de céans ne voit pas en quoi la cour cantonale serait tombée dans l'arbitraire en retenant que O. \_\_\_\_\_ était inexpérimenté. Le grief soulevé doit être rejeté.

### **E. 2**

Dénonçant une mauvaise application de l' art. 158 CP , le recourant conteste sa condamnation pour gestion déloyale aggravée.

#### **E. 2.1**

L' art. 158 CP punit celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés (ch. 1 al. 1). Le cas de la gestion déloyale aggravée est réalisé lorsque l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (ch. 1 al. 3). Sur le plan objectif, il faut que l'auteur ait un devoir de gestion ou de sauvegarde, qu'il ait violé une obligation inhérente à cette qualité et qu'il en soit résulté un dommage. Sur le plan subjectif, il faut qu'il ait agi intentionnellement. Le dessein d'enrichissement illégitime constitue une circonstance aggravante ( art. 158 ch. 1 al. 3 CP ).

#### **E. 2.2**

L'infraction réprimée par l' art. 158 ch. 1 CP ne peut être commise que par une personne qui revêt la qualité de gérant. Selon la jurisprudence, il s'agit d'une personne à qui incombe, de fait ou formellement, la responsabilité d'administrer un complexe patrimonial non négligeable dans l'intérêt d'autrui ( ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 126; 123 IV 17 consid. 3b p. 21). En règle générale, cette définition s'applique aux membres d'organes de fondations (cf. ATF 105 IV 106 consid. 2 p. 109 concernant un membre du conseil de fondation). En l'espèce, la qualité de gérant du recourant n'est pas contestée. En sa qualité de directeur et de secrétaire général de la fondation de 1998 à 2009, le recourant était chargé de la gestion financière de celle-ci. Il disposait d'une grande indépendance, compte tenu de sa signature individuelle sur les comptes bancaires et le CCP.

#### **E. 2.3**

Pour qu'il y ait gestion déloyale, il faut que le gérant ait violé une obligation liée à la gestion confiée ( ATF 123 IV 17 consid. 3c p. 22). Le comportement délictueux consiste à violer le devoir de gestion ou de sauvegarde. Pour dire s'il y a violation, il faut déterminer concrètement le contenu du devoir imposé au gérant. Cette question s'examine au regard des rapports juridiques qui lient le gérant aux titulaires des intérêts pécuniaires qu'il administre, compte tenu des dispositions légales ou contractuelles applicables, voire encore d'éventuelles dispositions statutaires, de règlements internes, etc. (arrêts 6B\_845/2014 du 16 mars 2015 consid. 3.2; 6B\_967/2013 du 21 février 2014, consid. 3.2; 6B\_223/2010 du

13 janvier 2011 consid. 3.3.2; 6B\_446/2010 du 14 janvier 2010 consid. 8.4.1).

### **E. 2.3.1**

Se référant aux conclusions de l'expertise T. \_\_\_\_\_ et aux déclarations du réviseur S. \_\_\_\_\_, le recourant fait valoir que la Fondation A. \_\_\_\_\_ avait la capacité financière de lui verser des honoraires et qu'il n'a donc pas violé son devoir de gestion en prélevant des honoraires. Le recourant était directeur et secrétaire général de la fondation. Selon les statuts de la fondation, le secrétaire général était rémunéré, sous réserve et en fonction des moyens financiers à disposition de la fondation (art. 10 al. 4 des statuts). La rémunération du secrétaire général était donc soumise à une condition. La formulation des statuts " sous réserve et en fonction des moyens financiers à disposition de la Fondation " peut certes être sujette à interprétation. Selon l'état de fait cantonal, dont le recourant n'a pas démontré l'arbitraire et qui lie par conséquent la cour de céans (art. 97 al. 1 et 105 al. 1 LTF), la fondation a connu de grosses difficultés financières dès le début 2008. L'expert a expliqué qu'en 2008 la fondation n'avait pas encaissé de royalties et qu'il n'y avait pas de montants suffisants permettant de payer les honoraires en retard et les autres charges de la fondation. Il a également déclaré que la fondation n'avait, en 2009, clairement plus les moyens de rémunérer le recourant (cf. consid. 1.3). Dans ces conditions, il est clair que la fondation n'avait pas les moyens nécessaires pour rémunérer le recourant en 2008 et 2009. En prélevant des honoraires pour des montants de 183'135 fr. en 2008 et de 40'350 fr. en 2009, le recourant a donc violé son devoir de gestion.

### **E. 2.3.2**

Le recourant fait valoir que les honoraires étaient correctement comptabilisés dans les comptes annuels et que le conseil de fondation a approuvé ceux-ci à l'unanimité; selon le recourant, chaque membre avait la possibilité lors de l'assemblée générale de contester le montant d'honoraires qui figurait dans la compatibilité, mais aucun ne l'a jamais fait. Cet argument n'est pas pertinent. Il faut tout d'abord relever que, selon l'expert, même si le conseil de fondation savait ou aurait dû savoir que le recourant facturait 12'000 fr. par mois à la fondation (jugement attaqué p. 25), la manière de comptabiliser du recourant sous la rubrique " R&D des projets ", sans être formellement contraire au droit, n'était pas très transparente (cf. jugement attaqué p. 24). Dans tous les cas, en sa qualité de membre du conseil de fondation et de directeur de la fondation, le recourant devait respecter les directives statutaires. Vu les difficultés financières rencontrées par la fondation en 2008 et 2009, il ne pouvait pas prélever des honoraires sans violer l'art. 10 al. 4 des statuts de la fondation. L'approbation, par le conseil de fondation, des comptes annuels ne pouvait pas guérir le caractère indu de ces honoraires. En effet, le conseil de fondation était aussi soumis aux statuts de la fondation et n'était donc pas non plus autorisé à verser des honoraires au recourant compte tenu de la situation financière de la fondation; il aurait fallu modifier les statuts, ce qui nécessite le respect de règles matérielles et procédurales spéciales (cf. sur la modification des statuts, PARISIMA VEZ, in Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 10 ad art. 81 CC ; cf. aussi arrêts 6B\_310/2014 du 23 novembre 2015 consid. 3.9.5; 6S.187/2004 du 18 février 2005 consid. 3.2.2, sur l'absence d'impact de l'approbation de membres du conseil d'administration sur la réalisation de l'infraction de gestion déloyale).

### **E. 2.4**

La notion de « dommage » au sens de cette disposition doit être comprise comme pour les autres infractions contre le patrimoine, en particulier l'escroquerie ( ATF 122 IV 279 consid. 2a p. 281). Ainsi, le dommage est une lésion du patrimoine sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif, mais aussi d'une mise en danger de celui-ci telle qu'elle a pour effet d'en diminuer la valeur du point de vue économique ( ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 125 s.; 123 IV 17 consid. 3d p. 22). Un dommage temporaire ou provisoire est suffisant ( ATF 122 IV 279 consid. 2a p. 281; arrêt 6B\_1054/2010 du 16 juin 2011 consid. 2.2.1). Il n'est pas nécessaire que le dommage corresponde à l'enrichissement de l'auteur, ni qu'il soit chiffré; il suffit qu'il soit certain (arrêts 6B\_967/2013 du 21 février 2014 consid. 3.3; 6B\_986/2008 du 20 avril 2009, consid. 4.1). Le recourant fait valoir qu'au vu des difficultés de trésorerie rencontrées par la Fondation A. \_\_\_\_\_, il a renoncé, en partie, à l'encaissement de ses honoraires et qu'il a comptabilisé la partie non payée dans un poste compte courant (" P. \_\_\_\_\_ c/c ") figurant au passif du bilan sous la rubrique " Fonds étrangers ". Cet argument n'est pas pertinent. En effet, la comptabilisation dans un poste compte courant (" P. \_\_\_\_\_ c/c ) de ces honoraires (même s'ils n'étaient pas payés) augmentait le passif de la fondation, de sorte que celle-ci a bien subi un dommage.

### **E. 2.5**

La conscience et la volonté de l'auteur doivent englober la qualité de gérant, la violation du devoir de gestion et le dommage (arrêt 6B\_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.3.3). Le dol éventuel suffit; vu l'imprécision des éléments constitutifs objectifs de l'infraction, la jurisprudence se montre toutefois restrictive, soulignant que le dol éventuel doit être strictement caractérisé ( ATF 123 IV 17 consid. 3e p. 23). Sur le plan subjectif, le recourant savait que sa rémunération était soumise à condition, puisqu'il avait lui-même préparé le texte des statuts et avait modifié la teneur de l' art. 10 à la demande expresse du Dr N. \_\_\_\_\_. Le recourant qui tenait la comptabilité était aussi au courant de la situation financière de la fondation. Dès la fin de l'année 2007, il a alerté les membres du conseil de fondation et, en 2008, il a obtenu de la banque Z. \_\_\_\_\_ qu'elle consente à un dépassement sur le compte courant de 150'000 francs C'est donc bien avec conscience et volonté qu'il a prélevé des honoraires, alors que selon les statuts de la fondation il n'y avait pas droit.

### **E. 2.6**

Le dessein d'enrichissement illégitime n'est pas requis, mais constitue une circonstance aggravante ( art. 158 ch. 1 al. 3 CP ). Par enrichissement, il faut entendre tout avantage économique. Il n'y a pas de dessein d'enrichissement illégitime chez celui qui s'approprie une chose pour se payer ou pour tenter de se payer lui-même, s'il a une créance d'un montant au moins égal à la valeur de la chose qu'il s'est appropriée et s'il a vraiment agi en vue de se payer. Si l'auteur croit fermement, mais par erreur, que ces conditions sont réalisées, il peut bénéficier de l' art. 13 CP ( ATF 105 IV 29 consid. 3a p. 35 s.). Le recourant fait valoir qu'il n'a pas voulu léser les intérêts de la Fondation A. \_\_\_\_\_ et qu'il a même réduit ses honoraires pour ne pas porter atteinte à ses intérêts patrimoniaux. Il expose qu'il a proposé de convertir une partie de ses arriérés d'honoraires en actions de la holding qui devait chapeauter la fondation. Ces arguments ne sont pas pertinents. En prélevant des honoraires indus, le recourant a agi en étant guidé par un dessein d'enrichissement, son enrichissement consistant dans le montant des honoraires.

### **E. 2.7**

En conclusion, les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction de gestion déloyale sont réalisés. La cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en condamnant le recourant en application de l' art. 158 ch. 1 CP .

### **E. 3**

Le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Comme ses conclusions étaient vouées à l'échec, l'assistance judiciaire ne peut être accordée ( art. 64 al. 1 LTF ). Le recourant devra donc supporter les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ), dont le montant sera toutefois fixé en tenant compte de sa situation financière.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.