

BGer 6P.136/2005 vom 27. Februar 2006

Bundesgericht, 2006-02-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6P.136_2005

FR: TF 6P.136/2005 du 27 février 2006

IT: TF 6P.136/2005 del 27 febbraio 2006

Regeste

Violation de l'obligation de tenir une comptabilité | Procédure

Erwägungen

E. 1

Le recours de droit public au Tribunal fédéral est ouvert contre une décision cantonale pour violation des droits constitutionnels des citoyens (art. 84 al. 1 let. a OJ). Il n'est en revanche pas ouvert pour se plaindre d'une violation du droit fédéral, qui peut donner lieu à un pourvoi en nullité (art. 269 al. 1 PPF); un tel grief ne peut donc pas être invoqué dans le cadre d'un recours de droit public, qui est subsidiaire (art. 84 al. 2 OJ ; art. 269 al. 2 PPF).

E. 2

Se fondant sur l' art. 9 Cst. , le recourant fait valoir que la Cour de cassation cantonale aurait établi, de manière arbitraire, les faits à la base de sa condamnation.

E. 2.1

Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; à cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain. En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision critiquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 131 I 57 consid. 2 p. 61; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9). Lorsque le recourant - comme c'est le cas en l'espèce - s'en prend à l'appréciation des preuves et à l'établissement des faits, la décision n'est entachée d'arbitraire que si le juge ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un moyen de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'il se trompe manifestement sur le sens et la portée d'un tel élément, ou encore lorsqu'il tire des déductions insoutenables à partir des éléments recueillis (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; 127 I 38 consid. 2a p. 41; 124 I 208 consid. 4a p. 211).

E. 2.2

Sur les questions relatives à l'établissement des faits et à l'appréciation des preuves, la Cour de cassation vaudoise a une cognition semblable à celle du Tribunal fédéral, qui est appelé à les résoudre sous l'angle de l' art. 9 Cst. (cf. art. 411 let . h et i CPP/VD; Roland Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, in JdT 1996 III 65 ss, p. 79-84). Il ne s'ensuit pourtant pas que le Tribunal fédéral doive se limiter à examiner sous l'angle de l'arbitraire si l'autorité cantonale de recours est elle-même tombée dans l'arbitraire. Ce mode de faire réduirait pratiquement à néant le rôle assigné dans ce domaine au juge constitutionnel de la Confédération. Il appartient au contraire à celui-ci

d'examiner sans réserve l'usage que l'autorité cantonale de cassation a fait de sa cognition limitée (ATF 125 I 492 consid. 1a/cc p. 494; 111 Ia 353 consid. 1b p. 355). L'examen du Tribunal fédéral saisi d'un recours de droit public ayant pour objet la constatation des faits et l'appréciation des preuves, dirigé contre l'arrêt d'une autorité de cassation qui n'a pas une cognition inférieure à la sienne, portera concrètement sur l'arbitraire du jugement de l'autorité inférieure, question qu'il lui appartient d'élucider à la seule lumière des griefs soulevés dans l'acte de recours (ATF 125 I 492 consid. 1a/cc et 1b p. 495).

E. 3

En relation avec les deux prélèvements de 200'000 francs effectués le 1er mai 1991 dans les comptes de G. _____ et de M. _____, le recourant soutient que la Cour de cassation cantonale est tombée dans l'arbitraire en omettant de citer l'intégralité des déclarations signées par G. _____ et M. _____ le 28 janvier 1994.

E. 3.1

Les déclarations du 28 janvier 1994 prévoient notamment ce qui suit: "Je soussignée, titulaire du compte ouvert auprès de la Banque E. _____, déclare avoir confié à M. X. _____ un mandat de gestion général pour les avoirs qui lui ont été remis en gestion, et notamment ceux déposés auprès du compte cité ci-dessus. Je confirme avoir pris connaissance des investissements réalisés par le débit de mon compte auprès de la Banque E. _____ - investissements aujourd'hui formalisés et selon l'état de fortune joint à la présente - et confirme, en tant que de besoin, donner leur aval aux opérations effectuées pour mon compte, qu'il s'agisse d'investissements financiers, industriels ou immobiliers". A la page 32 du jugement de première instance, auquel renvoie l'arrêt attaqué, les premiers juges ont relevé que, suite à l'intervention de la Banque E. _____, G. _____ avait signé une déclaration le 26 janvier 1994 (recte: 28 janvier 1994), selon laquelle elle avait confié au recourant un mandat de gestion général pour les avoirs en compte, avait pris connaissance des investissements réalisés et donné, en tant que de besoin, son aval aux opérations effectuées pour son compte, qu'il s'agisse d'investissements financiers, industriels ou immobiliers. Quant à M. _____, le tribunal s'est référé à ce qui a été dit au sujet du compte de G. _____, M. _____ ayant également signé le 26 janvier 1994 (recte: 28 janvier 1994) une décharge identique à celle signée par sa soeur (jugement, p. 33 s.; arrêt attaqué, p. 11 s.). A la lecture du jugement de première instance et de l'arrêt attaqué, la Cour de céans ne peut donc que constater que ceux-ci reprennent les éléments essentiels des déclarations, mentionnant, d'une part, le mandat de gestion général confié au recourant pour les avoirs en compte et, d'autre part, la prise de connaissance des investissements réalisés. Le grief du recourant - selon lequel le jugement de première instance et l'arrêt attaqué sont lacunaires - doit dès lors être rejeté.

E. 3.2

Dans la seconde partie de son argumentation, le recourant s'en prend à l'interprétation des déclarations du 28 janvier 1994. Selon le recourant, la Cour de cassation cantonale serait tombée dans l'arbitraire en retenant que les clientes n'avaient eu connaissance des opérations en cause qu'au moment de la signature de la déclaration, alors qu'elles confirment non pas "en prendre connaissance" mais "en avoir pris connaissance"; l'utilisation du "plus-que-parfait" indiquerait que la prise de connaissance remonte à l'époque des opérations litigieuses. Les déclarations en question précisent que les clientes ont confirmé avoir pris connaissance des "investissements". Or, les prélèvements reprochés

au recourant ont servi à financer des honoraires d'administration facturés par la régie du recourant à des tiers dans le cadre de la promotion immobilière "L._____". Ces prélèvements ne sauraient en conséquence être qualifiés d'investissement selon les déclarations du 28 janvier 1994 et être couverts par la prise de connaissance. Au demeurant, l'utilisation de l'infinitif passé exprime que l'acte en question est accompli. On ne saurait déduire, comme le fait le recourant, de l'utilisation des termes "en avoir pris connaissance" que la prise de connaissance remontait au moment des opérations litigieuses. Cela signifie simplement que celle-ci était antérieure à la signature, étant précisé qu'elle pouvait seulement dater de la lecture de la convention. Au vu de ce qui précède, l'interprétation de la Cour de cassation cantonale, selon laquelle les lésées n'avaient pas eu connaissance des prélèvements opérés par le recourant entre 1990/1991 et 1994, ne saurait être qualifiée d'arbitraire. Il n'est pas non plus arbitraire de considérer que le mandat général de gestion ne couvrait pas les prélèvements reprochés au recourant et ne constituait qu'une décharge rétrospective. Il ne ressort en effet nullement de la déclaration que ce contrat de gestion avait déjà été conféré au recourant en 1991; l'utilisation de l'infinitif passé ne signifie rien à cet égard. Au demeurant, il est fort douteux que les prélèvements litigieux - qui ont servi à payer des dettes que des tiers avaient envers la régie du recourant - soient couverts par un tel mandat de gestion. Les griefs du recourant sont donc infondés.

E. 3.3

Le recourant reproche à la Cour de cassation cantonale de ne pas avoir mentionné l'intervention de Me O._____, du 11 janvier 1994, consulté par G._____ et M._____ pour s'assurer que les avoirs confiés au recourant avaient été gérés conformément aux mandats de gestion qui lui avaient été confiés. Selon le recourant, la démarche de cet avocat démontrerait que les opérations litigieuses s'inscrivaient dans le mandat de gestion tel que les clientes le concevaient, puisque informées de ces opérations, les clientes auraient donné leur aval. La lettre à laquelle se réfère le recourant (pièce 238/3) a la teneur suivante: "Mes clients, en relation de longue date avec Monsieur X._____, ont été alarmés par différents bruits qui ont circulé le concernant. Je suis ainsi chargé de m'assurer que les avoirs confiés à Monsieur X._____ ont été gérés conformément aux mandats de gestion qui lui avaient été confiés. Mon confrère, ..., conseil de Monsieur X._____ avec lequel j'ai été en contact, m'a prié de vous confirmer que des discussions étaient en cours. Je le fais par la présente tout en vous précisant que je ne suis pas en mesure, à ce stade, de me déterminer valablement". A la page 13 de l'arrêt attaqué, la Cour de cassation cantonale explique que la mention de cette intervention n'est pas nécessaire, dès lors qu'elle "n'établit pas ni ne rend vraisemblable que les lésées auraient réalisé avoir été l'objet de manoeuvres illicites et en auraient donné quittance au recourant". Elle ajoute que "Tout au plus, cela pourrait-il établir au contraire que jusqu'en 1994 en tout cas, G._____ et M._____ n'étaient pas au courant des prélèvements indus. D'ailleurs, si, par hypothèse, elles avaient donné quittance civile à ces prélèvements, cela n'aurait nullement empêché que le recourant se soit rendu coupable d'abus de confiance qualifié en 1990/1991". Comme l'explique la Cour de cassation cantonale, il ne ressort pas de la lettre susmentionnée que G._____ et M._____ ont eu connaissance des deux prélèvements de 200'000 francs effectués sur leurs comptes pour payer les honoraires d'administration facturés par la régie du recourant à des tiers. Cette lettre établit seulement que les lésées ont chargé Me O._____ de s'assurer que les avoirs confiés au recourant avaient été gérés conformément aux mandats de gestion qui lui avaient été confiés. Elle ne dit mot sur la portée exacte de ce contrôle ni sur son résultat. Dans ces circonstances, on ne peut déduire

aucune approbation de G._____ et de M._____ aux deux prélèvements de 200'000 francs. D'ailleurs, si, par hypothèse, les clientes avaient approuvé ces prélèvements, cela n'empêche pas que le recourant se soit rendu coupable d'abus de confiance qualifié en 1990/1991. En effet, ces prélèvements ont eu lieu alors que le recourant n'était au bénéfice que d'une procuration limitée, sans pouvoir de disposition sur les avoirs en compte, et bien avant la signature d'un mandat de gestion général, intervenu en janvier 1994. Ils représentent donc clairement des prélèvements illicites. Or, le consentement ultérieur à un comportement illicite ne transforme pas ce dernier en comportement licite. C'est donc avec raison et sans arbitraire que la Cour de cassation cantonale a estimé que la mention de la démarche de Me O._____ n'était pas nécessaire. Mal fondé, le grief du recourant doit être rejeté.

E. 3.4

Le recourant reproche à la Cour de cassation cantonale d'avoir fondé son argumentation sur le fait que le recourant ne disposait que d'une procuration limitée sans pouvoir de disposition sur les comptes de ses clientes. Une telle appréciation serait arbitraire dans la mesure où elle ne tiendrait pas compte de la contradiction qu'elle crée avec l'existence avérée d'un "mandat de gestion général pour les avoirs en compte". L'état de fait cantonal retient que le contrat d'ouverture du 1er décembre 1980 est accompagné d'une procuration limitée du même jour en faveur de D._____ SA, sans pouvoirs de disposition sur les avoirs en compte (jugement, p. 32 s.; arrêt attaqué, p. 11 s.). Le mandat de "gestion général pour les avoirs en compte" ne date que de janvier 1994. Dans ces circonstances, il n'est pas arbitraire d'avoir retenu que les prélèvements effectués en 1991, soit bien avant la signature du mandat général de gestion, n'étaient pas couverts par celui-ci. Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.

E. 3.5

Le recourant reproche enfin à la Cour de cassation cantonale d'avoir déduit des reconnaissances de dettes signées par le recourant à l'audience un aveu implicite de l'irrégularité de sa gestion. Il explique que la signature de ces reconnaissances de dettes ne ferait que confirmer les engagements pris dans le cadre des contrats de prêt conclus avec les lésées en janvier 1994, dans le cadre desquels le recourant reprenait à son compte, comme débiteur, les investissements faits dans ses sociétés. Le grief soulevé n'est pas pertinent, dès lors que ces contrats de prêt datent de 1994, et que les prélèvements ont eu lieu en 1991.

E. 4.1

En ce qui concerne le cas K._____, le recourant fait valoir qu'il est arbitraire d'avoir omis d'indiquer qu'il ressortait des notes de révision de P._____ pour l'exercice 1989 de D._____ SA que le décompte final "se fera sitôt connues les charges fiscales". Selon lui, il appartenait aux autorités cantonales de déterminer cette charge fiscale, ne serait-ce que pour quantifier, le cas échéant, une éventuelle infraction, dès lors qu'un détournement de 250'000 francs ou de 300'000 francs n'a pas la même portée qu'un détournement de 25'000 francs ou de 30'000 francs. En réponse à cet argument, la Cour de cassation cantonale déclare, en page 16 de l'arrêt attaqué, qu'"il ne s'agit pas d'un élément important puisqu'il n'est pas prouvé, ni même allégué, que les impôts auraient absorbé la totalité du bénéfice". Elle ajoute que le recourant n'avait pas prétendu avoir payé quelque montant que ce soit à titre d'impôt sur le montant revenant à K._____ et que quoi qu'il en soit il y aurait de toute manière eu un solde positif en faveur de ce dernier. Le raisonnement de la Cour de

cassation cantonale ne saurait être qualifié d'arbitraire et ne viole pas la présomption d'innocence. Il faut en effet constater que la vente date de 1988 et qu'elle aurait donc déjà dû faire l'objet d'une décision des autorités fiscales. Or, le recourant ne prétend pas avoir payé quelque montant que ce soit à titre d'impôt sur le montant revenant à K. _____ ni ne produit un quelconque décompte fiscal d'un montant qu'il aurait dû payer. Dans ces circonstances, il n'appartenait pas aux autorités pénales de calculer une éventuelle charge fiscale, qui aurait déjà dû être déterminée depuis longtemps. Infondé, le grief soulevé est rejeté.

E. 4.2

Le recourant dit ne pas comprendre pourquoi seule la note d'honoraires complémentaire établie le 31 décembre 1990 par D. _____ SA, au nom de K. _____, serait critiquable, alors que rien ne lui a été reproché en ce qui concerne celles émises aux noms des autres investisseurs. Il reproche également à l'autorité cantonale de s'être référée à des factures émises en 1991, alors que le dossier ne contiendrait aucune note d'honoraires émise au-delà du 31 décembre 1990. Aux pages 16 et 17 de son arrêt, la Cour de cassation cantonale relève qu'il eût fallu, le cas échéant, étendre l'acte d'accusation à ces autres notes d'honoraires. Elle ne voit cependant pas en quoi cet élément pourrait influencer sur la condamnation du recourant en relation avec le fait que celui-ci aurait frustré K. _____ de la part d'un montant du bénéfice lui revenant. L'infraction d'abus de confiance - qui est reprochée en l'espèce au recourant - consiste à avoir détourné, à son profit et en violation des règles contractuelles internes, le bénéfice destiné à K. _____, et non - comme semble le croire le recourant - à avoir établi, pour dissimuler son détournement, des fausses notes d'honoraires ou des factures fictives. Il suffit dès lors d'établir - ce que le tribunal d'arrondissement et la Cour de cassation cantonale ont fait - que K. _____ a investi un capital de 600'000 francs dans l'opération Z. _____ et qu'après une première répartition et le prélèvement des honoraires facturés, D. _____ SA lui devait, au titre de bénéfice de l'opération, un montant de 252'289 francs, montant qui n'a cependant jamais été versé. Il est en revanche sans importance que le recourant ait émis, pour dissimuler son détournement, des fausses factures en 1990 ou 1991 et au nom de qui elles étaient établies, du moment que celles-ci ne correspondaient pas à des honoraires réels (cf. consid. ci-dessous). Mal fondé, le grief du recourant doit être rejeté.

E. 4.3

Le recourant reproche à la Cour de cassation cantonale d'être partie du principe que les notes d'honoraires du 31 décembre 1990 étaient fantaisistes, sans fournir aucune explication à ce sujet. Se fondant sur la réserve faite par P. _____ à propos des charges fiscales, le recourant soutient que le décompte de 1988 n'était pas définitif et qu'en conséquence une facturation complémentaire était parfaitement admissible. Il tente de montrer, chiffres à l'appui, que la facturation complémentaire de 300'000 francs du 31 décembre 1990, qui devait être répartie entre tous les participants, était parfaitement compatible avec les principes qui régissaient la convention de rémunération du 17 juin 1983. Partant du bénéfice de l'opération correspondant aux 2'153'699 francs reçus par D. _____ SA en octobre 1987 et confrontant ce montant au capital engagé par K. _____ de 600'000 francs, il en conclut que les honoraires dus à D. _____ SA devaient représenter 1/3 de ce montant, soit 719'000 francs. Partant, vu que D. _____ SA avait facturé 419'000 francs d'honoraires dans son décompte de juin 1988, les 300'000 francs facturés le 31 décembre 1990 ne feraient que compléter les honoraires dans une mesure correspondant à ce qui était

effectivement dû. Dans l'arrêt attaqué, la Cour de cassation cantonale rappelle que D._____ SA avait enregistré effectivement les honoraires qui lui revenaient pour un montant de 419'000 francs. Elle reproche dès lors au recourant d'avoir introduit dans les comptes une prétention d'honoraires, alors que ces derniers avaient déjà été perçus, dite prétention ayant pour effet de ponctionner la totalité du bénéfice réalisé, alors que la convention de rémunération fixait un plafond maximum d'un tiers (arrêt attaqué, p. 18). Le raisonnement de l'autorité cantonale ne prête pas le flanc à la critique. Il n'est pas arbitraire d'avoir considéré que les honoraires avaient été perçus de manière définitive dans le décompte du 30 juin 1988, dans la mesure où P._____ ne réservait que les charges fiscales et que ces honoraires se montaient déjà à 419'000 francs pour tous les participants et à 180'000 francs pour K._____, montant auquel il fallait encore ajouter 50'000 francs. Au demeurant, le calcul présenté par le recourant ne convainc pas. Le recourant part en effet du bénéfice total de l'opération (2'153'699 francs) qu'il confronte avec les fonds engagés par K._____ (600'000 francs) pour en déduire que, compte tenu du bénéfice réalisé, la rémunération totale devait être d'un tiers du bénéfice total, soit de 719'000 francs. Mal fondés, les griefs du recourant doivent être rejetés.

E. 4.4

Le recourant soutient que le raisonnement de la Cour de cassation cantonale est arbitraire lorsqu'elle lui reproche d'avoir fait disparaître la créance de K._____ de 300'000 francs par l'émission de notes d'honoraires d'un montant correspondant alors que la seule concernant K._____ totalise 100'000 francs. Le grief soulevé n'est pas pertinent, dans la mesure où l'infraction d'abus de confiance qui a été retenue à l'encontre du recourant consiste à avoir détourné à son profit le bénéfice qui devait revenir à K._____. Le fait d'avoir émis des factures fictives pour dissimuler son détournement ne relève pas de l'infraction de l'abus de confiance; le montant et le destinataire des factures est sans influence sur la condamnation du recourant.

E. 5

En relation avec le cas SI N._____ SA, le recourant soutient que la Cour de cassation cantonale aurait dû préciser pourquoi et en quoi l'absence de comptabilité rendrait impossible la détermination de la situation financière. En outre, il reproche à la Cour de cassation cantonale d'avoir déduit sans autres l'élément subjectif de la réalisation des éléments objectifs.

E. 5.1

Le jugement de première instance, auquel l'arrêt attaqué se réfère, retient en fait que la comptabilité de SI N._____ SA n'a pas été tenue entre 1995 et 2000, alors que le recourant était administrateur de la société. Il indique que la comptabilité devait être tenue, notamment pour permettre de connaître le sort réservé aux participations dans Q._____ SA et D._____ SA. Il se réfère à cet égard à la pièce 435, p. 128. Il ajoute qu'il ne pouvait pas échapper au recourant qu'en ne tenant pas ou en ne faisant pas tenir la comptabilité, il rendait impossible l'établissement de la situation financière exacte de la société immobilière (jugement, p. 42 s.). L'arrêt attaqué fait observer, à la page 15, que même si la société n'avait eu, cas échéant, qu'une activité "mise en veilleuse", il y a eu un mouvement de fonds en 1996, alors que le recourant administrait la société. Il ajoute que, contrairement à ce que soutient le recourant, il y a en outre bel et bien eu des mouvements dans les comptes de la société depuis 1990, en particulier le transfert de 220'000 francs à

D. _____ SA le 31 décembre 1992, qui serait revenu sur le compte de la société le 4 janvier 1993. Les juges cantonaux déduisent de ces éléments que si l'on peine à affirmer qu'il y a eu d'autres mouvements, c'est précisément parce que la comptabilité n'était pas tenue.

E. 5.2

La conclusion à laquelle est arrivée la Cour de cassation cantonale n'est pas arbitraire. En l'occurrence, il est établi - et non contesté - que le recourant n'a pas tenu de comptabilité du tout. Le recourant soutient que la société n'a eu aucune activité; la Cour de cassation cantonale retient cependant qu'il y a eu un mouvement de fonds en 1996, alors que le recourant administrait la société. Le recourant ne dit mot sur ce mouvement de fonds et ne démontre donc pas que cette constatation serait arbitraire. Au vu de ces circonstances, il n'est pas arbitraire d'avoir conclu qu'il n'était pas possible d'établir la situation financière de la société. La Cour de cassation cantonale n'est pas non plus tombée dans l'arbitraire en retenant la réalisation de l'élément subjectif. Il est en effet évident que le défaut de comptabilité (livres, bilan et pièces justificatives) rend impossible l'établissement de la situation financière d'une société, y compris l'inactivité de celle-ci. Cela ne pouvait échapper au recourant, qui n'était pas novice dans le domaine des affaires. Infondés, les griefs du recourant doivent être rejetés.

E. 6

Le recourant s'en prend à la mesure de la peine, qui reposerait sur une appréciation arbitraire des faits.

E. 6.1

Le recourant dénonce le caractère arbitraire de la constatation, selon laquelle la réparation du dommage effectuée s'inspirait de considérations tactiques, constatation qui aurait conduit au refus de la circonstance atténuante du repentir sincère (art. 64 CP). Il considère que cette constatation de fait viole l'obligation de motiver dans la mesure où l'on ignore totalement sur quels éléments les premiers juges, puis la Cour de cassation cantonale, se sont fondés pour retenir le caractère tactique des efforts qu'il a déployés pour réparer le dommage. En relation avec ce grief, le recourant reproche également à la Cour de cassation cantonale d'être tombée dans l'arbitraire en retenant qu'il n'avait pas procédé à un examen de conscience complet. Il ressort du jugement de première instance, auquel se réfère expressément la Cour de cassation cantonale, que devant cette autorité le recourant s'est présenté comme un homme d'affaires trop optimiste et peu scrupuleux, admettant avoir opéré, pour ses besoins personnels, des prélèvements des fonds qu'il était chargé de gérer. Selon les juges de première et de seconde instances, un constat plus sévère devait cependant être fait, puisque, dans plusieurs cas, le recourant s'était approprié indûment le bien d'autrui et avait tenté par la suite de dissimuler son détournement par des artifices (jugement p. 59). Dans ce contexte, il n'est pas arbitraire de considérer que le recourant n'a pas pris conscience du caractère malhonnête de son comportement et que la réparation du dommage n'est donc pas totalement étrangère à des considérations tactiques, cette conclusion ne découlant pas des seules dénégations du recourant dans le cas K. _____, mais de l'attitude générale de ce dernier. Mal fondé, le grief du recourant doit être rejeté.

E. 6.2

Le recourant reproche à la Cour de cassation cantonale de ne pas avoir indiqué de façon détaillée son parcours personnel et professionnel depuis sa sortie de détention préventive.

Il fait valoir qu'il dirige une entreprise de 15 employés fixes et 10 employés temporaires et que celle-ci ne peut être privée de son patron sans s'exposer à une disparition pure et simple, de sorte qu'une peine compatible avec le sursis aurait dû lui être infligée. Ce grief n'est pas fondé, dans la mesure où l'arrêt attaqué retient que le recourant dirige un service de conciergerie (arrêt attaqué, p. 18) et qu'il précise que son comportement depuis sa sortie de prison au début 1998 était tout à fait favorable, l'accusé travaillant pour un salaire modeste et se consacrant à réduire le dommage qu'il avait commis (arrêt p. 34). De plus amples détails ne sont pas nécessaires.

E. 6.3

Le recourant reproche à la Cour de cassation cantonale de ne pas avoir appliqué, par anticipation, l'art. 42 de la loi modifiant la partie générale du Code pénal, qui permet au juge de suspendre "l'exécution d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits". A l'appui de ce grief, il explique que la nouvelle partie générale du Code pénal a été adoptée le 13 décembre 2002 par les Chambres fédérales et n'a fait l'objet d'aucun référendum. Prévue initialement pour le 1er mars 2005, sa mise en vigueur a été reportée. Pour le recourant, en refusant de fixer l'entrée d'une loi valablement adoptée, le Conseil fédéral violerait le principe de la séparation des pouvoirs, mais également l'interdiction de l'arbitraire. A cet égard, il considère que d'empêcher l'entrée en vigueur d'une loi sous le prétexte que son contenu ne plaît pas ou n'est pas adéquat avec la situation politique ou économique du moment ne serait rien d'autre qu'une manipulation de la loi et ainsi une atteinte à la démocratie. N'étant pas subordonnée au Conseil fédéral, la Cour de cassation cantonale aurait dû, selon le recourant, s'écarter de la position du Conseil fédéral, et appliquer la nouvelle partie générale du Code pénal non encore mise en vigueur. En ne le faisant pas, elle aurait cautionné une situation clairement anticonstitutionnelle et violé de manière choquante le sentiment de justice. Elle aurait ainsi violé l'interdiction de l'arbitraire. Par son argumentation, le recourant soutient en définitive que la Cour de cassation cantonale aurait dû appliquer l'art. 42 de la loi modifiant la partie générale du Code pénal, en lieu et place de l'art. 41 CP, actuellement en vigueur. Il s'agit-là d'une question d'application du droit fédéral, que la cour de céans ne peut examiner dans un recours de droit public; le grief est donc irrecevable. Soulevé également dans le pourvoi, ce grief sera examiné dans le cadre de ce moyen de droit (cf. consid. 12).

E. 7

Dans la mesure où il est recevable, le recours doit être rejeté, aux frais de son auteur (art. 156 al. 1 OJ). II. Pourvoi en nullité

E. 8

Saisi d'un pourvoi en nullité, le Tribunal fédéral contrôle l'application du droit fédéral (art. 269 PPF) sur la base exclusive de l'état de fait définitivement arrêté par l'autorité cantonale (cf. art. 277bis et 273 al. 1 let. b PPF). Le raisonnement juridique doit se fonder sur les faits retenus dans la décision attaquée, dont le recourant ne peut s'écarter. Le Tribunal fédéral n'est pas lié par les motifs invoqués, mais il ne peut aller au-delà des conclusions du recourant (art. 277bis PPF). Celles-ci, qui doivent être interprétées à la lumière de leur motivation, circonscrivent les points litigieux (ATF 126 IV 65 consid. 1 p. 66).

E. 9

En relation avec le cas SI N. _____ SA, le recourant conteste sa condamnation pour violation de l'obligation de tenir une comptabilité selon l' art. 166 CP . Sur le plan objectif, il fait valoir que la société en cause était inactive pendant la période considérée, de sorte que le défaut de la tenue de la comptabilité ne pouvait pas rendre impossible l'établissement de sa situation financière. Mise en veilleuse, la société aurait eu une situation financière qui se serait reportée sans changement d'année en année. L'impossibilité d'apprécier la situation de la société résulterait donc moins du défaut de la tenue de la comptabilité que du fait que les comptabilités des exercices précédents n'ont pas été retrouvées, ce qui ne saurait lui être imputé. Sur le plan subjectif, le recourant soutient que l'intention ne saurait être retenue, car il n'aurait pas accepté les conséquences de la violation de l'obligation de tenir la comptabilité.

E. 9.1

Selon l' art. 166 CP , le débiteur qui aura contrevenu à l'obligation légale de tenir régulièrement ou de conserver ses livres de comptabilité, ou de dresser un bilan, de façon qu'il est devenu impossible d'établir sa situation ou de l'établir complètement, sera, notamment s'il a été déclaré en faillite, puni de l'emprisonnement ou de l'amende. Selon le texte légal clair, seul le débiteur peut commettre l'infraction; encore faut-il cependant qu'il ait l'obligation de tenir une comptabilité. Lorsque le débiteur est une personne morale, l' art. 172 CP reporte la qualité pour répondre sur les organes de celle-ci ou sur ses membres, à qui incombe cette obligation (ATF 116 IV 26 consid. 4c p. 31). En mentionnant non seulement l'obligation de tenir les livres, mais aussi de dresser le bilan, l' art. 166 CP souligne qu'il ne suffit pas de conserver les pièces justificatives, mais qu'il faut encore établir périodiquement les comptes requis (ATF 77 IV 164 consid. 1 p. 166). L'obligation est violée lorsqu'il n'y a pas de comptabilité du tout, lorsque la comptabilité est tenue de manière irrégulière ou lacunaire ou encore si les comptes et pièces justificatives n'ont pas été conservés (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, Berne 2002, n. 7, art. 166, p. 496). Dans chaque cas, il faut encore un "résultat " : il ne doit pas être possible d'établir la situation du débiteur ou de l'établir complètement. Cette conséquence est cependant en règle générale sans autres liée à la violation de l'obligation de tenir la comptabilité (Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6e éd., Berne 2003, n. 9, § 24). L'infraction définie à l' art. 166 CP est intentionnelle. Le dol éventuel suffit (ATF 117 IV 163 consid. 2b p. 164; 449 consid. 5b p. 450). L'auteur doit être conscient de violer l'obligation de tenir une comptabilité et accepter les conséquences possibles de cette carence, soit l'impossibilité d'établir la situation comptable. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait eu l'intention de masquer la situation réelle ou de rendre le contrôle plus difficile (ATF 117 IV 163 consid. 2b p. 165).

E. 9.2

Il n'est pas contesté que le recourant avait l'obligation de tenir la comptabilité en qualité d'administrateur de la société SI N. _____ SA, mais qu'il ne l'a pas fait, depuis 1995 jusqu'à la faillite de la société. Les questions litigieuses sont de savoir si le défaut de comptabilité a rendu impossible l'établissement de la situation financière de la société et, en cas de réponse affirmative, si l'auteur a accepté cette conséquence. Il ressort de l'arrêt attaqué que l'absence de comptabilité n'a pas permis de déterminer l'activité exacte de la société en cause pendant la période litigieuse. En effet, d'une manière qui lie la Cour de céans, la Cour de cassation cantonale a retenu qu'il y a eu au moins un mouvement de fonds en 1996 et que si l'on peine à affirmer qu'il y en a eu d'autres, c'est justement parce que la

comptabilité n'était pas tenue (arrêt attaqué, p. 15 s., 25). Lorsque le recourant soutient que la société en cause était en veillesse, il s'écarte donc de l'état de fait cantonal, de sorte que son grief est irrecevable. L'intention comprend la conscience et la volonté. Savoir ce que l'auteur voulait, savait ou ce dont il s'accommodait relève du contenu de la pensée, donc de l'établissement des faits, lesquels ne peuvent être revus dans le cadre d'un pourvoi en nullité (art. 273 al. 1 let. b, art. 277bis PPF ; ATF 125 IV 242 consid. 3c p. 252; 119 IV 1 consid. 5a p. 3). En l'espèce, la Cour de cassation cantonale a mentionné que le recourant ne pouvait qu'être conscient du fait qu'il rendait impossible l'établissement complet de la situation financière de la société (arrêt attaqué, p. 25). Bien que l'arrêt attaqué ne se prononce pas expressément sur la volonté du recourant, il faut admettre que celle-ci se déduit implicitement des circonstances, dans la mesure où il est difficile d'admettre que le recourant, spécialiste de la gestion de fortune, n'a pas accepté que l'absence de toute comptabilité rendrait impossible l'établissement de la situation financière de la société. Dans ces circonstances, la Cour de cassation cantonale n'a pas violé l' art. 18 al. 2 CP en retenant que le recourant avait agi à tout le moins par dol éventuel. Mal fondé, le grief du recourant doit donc être rejeté.

E. 10

Le recourant se plaint de la violation de l' art. 64 al. 4 CP (repentir sincère).

E. 10.1

La circonstance atténuante du repentir sincère est réalisée si l'auteur adopte un comportement particulier, désintéressé et méritoire, qui constitue la preuve concrète d'un repentir sincère. L'auteur doit avoir agi de son propre mouvement dans un esprit de repentir, non pas principalement en fonction de considérations tactiques liées à la procédure pénale, et doit avoir fait la preuve de son repentir, notamment en tentant, au prix de sacrifices, de réparer le tort qu'il a causé (ATF 107 IV 98 consid. 1 p. 99 et les références citées). La circonstance atténuante du repentir sincère suppose que l'auteur réalise pleinement la gravité de sa faute. Celui qui ne la conçoit pas ne peut pas regretter son acte de façon sincère, c'est-à-dire purement en raison du mal commis. Il désapprouve son acte tout au plus en raison des conséquences juridiques qu'il subit ou qui le menacent, des désagréments du procès, de la honte à laquelle il s'est exposé. Dans un tel cas, la réparation du dommage n'y change rien, car elle ne procède pas d'un besoin intérieur, inconditionné, de réparer le mal commis par le bien, mais elle est dictée par un dessein utilitaire, si elle n'est pas essentiellement inspirée par la pression des circonstances.

E. 10.2

Il ressort des constatations cantonales, qui lient la Cour de céans, que le recourant n'a pris que très partiellement conscience de sa faute, n'admettant pas ce qui constituait le point le plus important de sa faute, à savoir la malhonnêteté de celui qui s'approprie indûment de l'argent avant de le dissimuler par des artifices (arrêt attaqué, p. 34). Dans ces circonstances, le recourant ne saurait prétendre qu'il regrette sincèrement ses actes et requérir l'application de la circonstance atténuante de l' art. 64 al. 4 CP , et ce même s'il a réparé partiellement le dommage subi par les lésés. C'est donc à juste titre que la Cour de cassation cantonale n'a pas admis le repentir sincère, mais a tenu compte de l'attitude favorable du recourant vis-à-vis des lésés dans le cadre de l' art. 63 CP . Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.

E. 11

Le recourant s'en prend ensuite à la peine de deux ans d'emprisonnement, qui lui a été infligée.

E. 11.1

Il soutient que le temps qui s'est écoulé entre sa libération provisoire et son jugement, qui a constitué pour lui une période d'incertitude et, partant, une sanction objective, devrait être prise en compte dans l'application de l' art. 63 CP , à côté de la circonstance atténuante du temps relativement long prévue à l' art 64 CP . Après avoir souligné qu'il s'était écoulé plus de sept ans depuis l'ouverture de l'enquête et plus de dix ans depuis les infractions les plus graves, les juges de première instance, suivis par les juges cantonaux, ont appliqué la circonstance atténuante du temps relativement long au sens de l'art. 64 avant-dernier alinéa CP pour plusieurs cas d'abus de confiance qualifié (arrêt attaqué, p. 37; jugement, p. 59 s.). Il n'y a pas lieu de tenir compte en outre du temps écoulé depuis la libération provisoire dans le cadre de l' art. 63 CP . Cela reviendrait en effet à prendre en considération deux fois le même élément, ce qui est interdit par la jurisprudence (interdiction de la double prise en considération; ATF 118 IV 342). Contrairement à ce que soutient le recourant, la circonstance atténuante de l'art. 64 avant-dernier alinéa CP ne prend pas uniquement en compte l'effet guérisseur du temps écoulé, mais aussi l'idée de prévention spéciale, en ce sens que la nécessité de punir diminue si l'auteur s'est bien comporté pendant une longue période (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 9 novembre 2005, 6S.239/2005, destiné à la publication; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, Berne 1989, n. 96, § 7), cela d'autant plus qu'il a dû supporter la pression liée à l'incertitude de sa situation. Pour le surplus, dans la mesure où le recourant ne reproche pas aux autorités cantonales de poursuite pénale des périodes d'inactivité choquantes - et que de telles carences ne ressortent pas de l'arrêt attaqué -, une réduction de peine en raison de la violation du principe de la célérité n'entre pas en ligne de compte (cf. ATF 130 IV 54). Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.

E. 11.2

Le recourant reproche à la Cour de cassation cantonale d'avoir exclu une peine compatible avec le sursis au motif qu'il n'aurait pas effectué un examen de conscience complet. On ne peut pas suivre le recourant lorsqu'il soutient que la conscience de la faute n'entre pas en compte dans l'application de l' art. 63 CP . En effet, selon la jurisprudence et la doctrine, le juge doit prendre en considération les éléments qui portent sur l'acte lui-même (résultat de l'activité illicite, mode et exécution, intensité de la volonté délictueuse, mobiles), mais aussi les éléments qui concernent les antécédents de l'auteur, sa situation personnelle, son comportement postérieur à l'infraction et durant l'enquête tels que le repentir et la prise de conscience (ATF 118 IV 21 consid. 2b p. 25; 117 IV 112 consid. 1 p. 114; Stratenwerth, op. cit., n. 49, § 7; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2e éd., Zurich 1997, n.10a, art. 63). En l'occurrence, la Cour de cassation cantonale a examiné la situation personnelle et les antécédents du recourant. A charge, elle a retenu un concours d'infractions objectivement et subjectivement graves compte tenu non seulement des montants détournés mais aussi de la confiance trahie des investisseurs pourtant présentés la plupart du temps comme de longues et anciennes relations, voire des amis. Ainsi, les abus de confiance qualifiés commis par le recourant dans le cadre de la gestion de fortune ont porté sur plus d'un million de francs, et les abus de confiance simples sur 6,8 millions de francs. Bien que le recourant ait admis une partie des faits, la Cour a considéré - au terme d'une appréciation non arbitraire des preuves et d'une manière qui lie la Cour de céans - que le recourant n'avait

pas pris conscience de ce qui constituait le point le plus important de sa faute, soit la malhonnêteté de celui qui s'approprie indûment de l'argent et le dissimule par un artifice. A décharge, la Cour de cassation a retenu la durée de l'enquête (art. 64 avant-dernier alinéa CP), le comportement favorable du recourant depuis sa sortie de prison depuis 1998, en particulier vis-à-vis des lésés ainsi que le fait qu'il avait admis une partie des faits (arrêt attaqué, p. 36 s., aussi p. 34). Les éléments retenus par la Cour de cassation sont pertinents et complets. Le recourant n'invoque du reste aucun élément, propre à modifier la peine, qu'elle aurait omis ou pris en considération à tort. La lecture de l'arrêt attaqué permet de suivre facilement le raisonnement adopté. Dans ces conditions, la peine de deux ans d'emprisonnement - compte tenu notamment de l'importance du dommage total pénalement établi - n'apparaît pas sévère à un point tel qu'il faille conclure à un abus du large pouvoir d'appréciation accordé à l'autorité cantonale. Une peine avec sursis n'entraîne dès lors pas en considération, puisque la peine infligée dépassait largement les dix-huit mois (voire les vingt-et-un mois; cf. ci-dessous consid. 12). Mal fondés, les griefs soulevés doivent être écartés.

E. 11.3

Le recourant reproche à la Cour de cassation cantonale de ne pas avoir tenu compte de sa situation personnelle, qui comprend la situation professionnelle. Ce grief est infondé, dans la mesure où la Cour de cassation cantonale a retenu que le comportement du recourant depuis sa sortie de prison était favorable, celui-ci travaillant pour un salaire modeste et se consacrant à réduire le dommage qu'il avait commis (arrêt attaqué, p. 34). Pour le surplus, il est vrai que la jurisprudence prévoit que le juge doit tenir compte, sous l'angle de la sensibilité à la peine, de la situation professionnelle et prononcer le cas échéant une peine compatible avec le sursis (cf. ATF 121 IV 97). En l'occurrence, cette jurisprudence n'est cependant pas applicable, puisque la peine est de deux ans d'emprisonnement.

E. 12

Le recourant reproche à la Cour de cassation cantonale de ne pas avoir tenu compte, dans l'application de l'art. 63 CP, de l'art. 42 révisé du Code pénal, adopté en décembre 2002 par les Chambres fédérales, mais que le Conseil fédéral n'a pas encore mis en vigueur, qui fixe la limite pour l'octroi du sursis à vingt-quatre mois. Selon lui, la jurisprudence arrêtant à vingt-et-un mois la quotité de la peine jugée suffisamment proche de celle compatible avec l'octroi du sursis devrait être modifiée (ATF 127 IV 97; cf. ci-dessous).

E. 12.1

A titre liminaire, il faut relever que les tribunaux ne sauraient, comme le recourant le propose dans le recours de droit public, appliquer le nouveau droit. Certes, l'exécutif ne peut pas retarder la mise en vigueur d'une nouvelle loi sans motif légitime, sans violer l'interdiction constitutionnelle de l'arbitraire (ATF 130 I 174). Mais il n'en découle pas la compétence des tribunaux de suppléer le cas échéant le Conseil fédéral et de décider qu'une nouvelle loi fédérale, adoptée mais formellement pas mise en vigueur, sera appliquée tandis que l'ancienne loi, formellement encore en vigueur, ne le sera plus (cf. Schubarth Martin, *Legisvakanz und Verfassung*, PJA 2005 p. 1043). La Constitution ne donne en particulier pas une telle compétence au Tribunal fédéral; elle lui prescrit au contraire d'appliquer les lois fédérales en vigueur (art. 191 Cst.). C'est aux Chambres fédérales qu'il appartient, le cas échéant, d'intervenir en leur qualité de législateur et d'organe exerçant la haute surveillance sur le Conseil fédéral (art. 163 et 169 Cst.; art. 26 LParl).

E. 12.2

Il est vrai que le Tribunal fédéral a tenu compte, de façon anticipée, d'une loi en projet ou déjà votée, mais pas encore entrée en vigueur, pour interpréter la loi en vigueur. Ainsi, en 1992, le Tribunal fédéral a interprété restrictivement l'art. 187 ancien CP en tenant compte d'un projet accepté par le parlement, considérant que le viol aggravé (selon l'ancien droit) pouvait être retenu seulement lorsque l'auteur avait manifesté une attitude particulièrement odieuse pour briser la résistance de la femme et abuser d'elle (ATF 118 IV 52). En 2002, se référant à la nouvelle loi sur la partie générale, à l'époque encore au stade de projet, il a estimé que le motif de révocation du sursis consistant à tromper la confiance du juge pouvait être retenu uniquement lorsque le pronostic s'était péjoré au point que l'exécution de la peine paraissait constituer, selon toute probabilité, une sanction plus efficace (ATF 128 IV 3). Dans ces deux cas, il s'agissait cependant d'interpréter des dispositions légales, qui laissaient une certaine marge d'appréciation au juge. La situation est différente dans le cas particulier. Le droit en vigueur prévoit que le sursis n'est possible que pour les peines privatives de liberté n'excédant pas dix-huit mois (art. 41 ch. 1 CP). La loi fixe ainsi de manière claire la limite pour l'octroi du sursis à dix-huit mois, et ne laisse à cet égard aucun pouvoir d'appréciation au juge. Il n'y a aucune place pour une interprétation.

E. 12.3

Selon la jurisprudence, lorsque le juge envisage de prononcer une peine quelque peu supérieure (à savoir au maximum de vingt-et-un mois), il doit examiner si les conditions du sursis ne sont pas réalisées et, dans l'affirmative, réduire la peine, de sorte que celle-ci soit compatible avec le sursis (ATF 127 IV 97 consid. 3 p. 101; 118 IV 337 consid. 2c p. 339 s.). On ne saurait étendre cette jurisprudence - comme le désire le recourant - à des peines de vingt-quatre mois, en raison du nouvel art. 42. En effet, la peine prononcée doit demeurer proportionnée à la faute à sanctionner. Or, si l'on peut admettre que le juge qui envisage de prononcer une peine de vingt-et-un mois puisse la réduire à dix-huit mois pour octroyer le sursis, tout en maintenant un juste rapport entre la faute et la peine, il n'en va plus de même s'agissant des peines de vingt-quatre mois. En l'occurrence, comme vu ci-dessus, la peine de vingt-quatre mois est justifiée, et une réduction de six mois (soit d'un quart) n'entre pas en ligne de compte. Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.

E. 13

Au vu de ce qui précède, le pourvoi doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Succombant, le recourant est condamné aux frais (art. 278 al. 1 PPF),

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