

GE_GERICHTE AARP/142/2015 vom 10. März 2015

GE Cour de justice, 2015-03-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_142_2015

FR: GE_GERICHTE AARP/142/2015 du 10 mars 2015

IT: GE_GERICHTE AARP/142/2015 del 10 marzo 2015

Erwägungen

E. 1.1

Un arrêt de renvoi du Tribunal fédéral lie l'autorité cantonale à laquelle la cause est renvoyée, laquelle voit sa cognition limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a été déjà jugé définitivement par le Tribunal fédéral. Il n'est pas possible de remettre en cause ce qui a été admis, même implicitement, par ce dernier. L'examen juridique se limite donc aux questions laissées ouvertes par l'arrêt de renvoi, ainsi qu'aux conséquences qui en découlent ou aux problèmes qui leur sont liés (ATF 135 III 334 consid. 2 p. 335 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_534/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1.2). Des faits nouveaux ne peuvent être pris en considération que sur les points qui ont fait l'objet du renvoi, lesquels ne peuvent être ni étendus, ni fixés sur une base juridique nouvelle (ATF 131 III 91

- 14/32 - P/11056/2010 consid. 5.2 p. 94 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_534/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1.2).

E. 1.2

La juridiction d'appel a été invitée par le Tribunal fédéral à examiner "si les actes commis par le recourant doivent être sanctionnés" (ch. 5 de l'arrêt 6B_1043/2013 du 4 juillet 2014), soit si les retraits d'argent du compte de D_____ qu'il a effectués pour les affecter à des fins autres que celles correspondant au but social de la société l'ont été au détriment de celle-ci et sont pénalement répréhensibles.

E. 2.1

On entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil (art. 118 al. 1 CPP). La déclaration de constitution de partie plaignante doit être faite devant une autorité de poursuite pénale avant la clôture de la procédure préliminaire (art. 118 al. 3 CPP ; cf. art. 299 ss CPP). Celui qui entend intervenir comme partie plaignante n'a aucune obligation de motivation dans le cadre de sa déclaration de constitution de partie plaignante, de sorte que la validité de celle-ci ne saurait être remise en question sur cette base. Au stade de l'admission de la constitution de partie plaignante, les autres parties peuvent contester cette qualité. Elles peuvent tenter de soutenir que celui qui se prétend lésé n'est pas directement touché par les infractions incriminées et n'aurait donc pas subi de dommage direct (JdT 2013 IV p. 110-120). La notion de lésé est définie à l'art. 115 CPP ; il s'agit de toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction. Pour être personnellement lésé au sens de l'art. 115 CPP, l'intéressé doit être titulaire du bien juridiquement protégé touché par l'infraction, ce qui est le cas du propriétaire ou de l'ayant droit dans le cas d'une infraction contre le patrimoine (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische

Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO, Bâle 2011, n. 22 ss ad art. 115 ; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 8 ad art. 115). Pour être directement touché, il doit en outre subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), op. cit., n. 28 ad art. 115 ; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), op. cit., n. 13 ad art. 115). En règle générale, seul peut se prévaloir d'une atteinte directe le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte (ATF 138 IV 258 consid. 2.3 p. 263 ; ATF 129 IV 95 consid. 3.1 p. 98 s. et les références citées). En d'autres termes, est considérée comme personne lésée, le détenteur d'un bien juridique que la disposition pénale en question protège directement d'une atteinte ou d'une mise en danger (ATF 138 IV 258 consid. 2.3 p. 263).

- 15/32 - P/11056/2010

E. 2.2

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 juridiquement protégé. 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 CPP. Lorsque l'une des infractions susmentionnées contre le patrimoine est commise au détriment d'une personne morale (par exemple une société anonyme), ni les créanciers, ni les actionnaires ne sont lésés au sens de 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 partie plaignante dans une telle hypothèse. 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 actionnaires (A. M. GARBARSKI, Qualité de partie plaignante et criminalité économique : quelques questions d'actualité, in RPS 2012, p. 180-181). Dans le cas de la gestion fautive (art. 165 CP), l'acte de gestion en cause doit avoir provoqué le surendettement de la société ou son aggravation. Ainsi, dans l'hypothèse où la procédure porte sur plusieurs infractions, le fait d'être admis comme partie plaignante n'emporte pas un droit automatique à exercer les prérogatives qui découlent de ce statut pour l'ensemble des infractions visées. Encore faut-il se demander si la partie plaignante qui invoque un droit procédural (par exemple, celui de recourir, art. 382 CPP) en lien avec une ou plusieurs de ces infractions dispose d'un intérêt juridique à son exercice, ce qui suppose, en particulier, qu'elle puisse faire état de sa qualité de lésé (art. 115 al. 1 CPP) sous l'angle de chacune des infractions considérées séparément (A. M. GARBARSKI, Qualité de partie plaignante du créancier cessionnaire des droits de la masse (art. 260 LP), Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_236/2014 du 1er septembre 2014 (destiné à la publication au Recueil officiel des ATF), in GesKR 2014, p. 539).

E. 2.3

En l'occurrence, au vu de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, le seul reproche consiste à ce que l'appelant, en sa qualité de président du conseil d'administration de D_____, aurait prélevé de l'argent du compte de la société à des fins privées, au détriment des intérêts de celle-ci. Il n'est pas contesté que les B_____ se sont constitués partie plaignante

conformément à l'art. 118 CPP, ont participé à la procédure en cette qualité et ont produit des conclusions civiles dans ce sens. Ils ne sont toutefois pas directement lésés par les prétendus agissements de l'appelant effectués au préjudice de D_____ auxquels renvoie strictement le Tribunal fédéral. En effet, si les actes de gestion déloyale ou même de gestion fautive étaient avérés, la seule lésée serait la société elle-même, comme titulaire du bien juridique protégé, à savoir les fonds concernés,

- 16/32 - P/11056/2010 les comportements reprochés lésant les intérêts de la société, en particulier son patrimoine. Si les B_____ ont été atteints, c'est seulement par ricochet, n'ayant subi, du point de vue pénal, qu'un dommage indirect. Ces derniers ne sauraient ainsi revêtir la qualité de lésés au sens de l'art. 115 al. 1 CPP. La qualité de partie plaignante doit leur être déniée. Ils seront renvoyés à agir par la voie civile pour la réparation de leur dommage matériel.

E. 3.1

L'art. 9 al. 1 CPP énonce la maxime d'accusation et stipule qu'une infraction ne peut faire l'objet d'un jugement que si le Ministère public a déposé auprès du tribunal compétent un acte d'accusation dirigé contre une personne déterminée sur la base de faits précisément décrits. Le principe de l'accusation est une composante du droit d'être entendu consacré par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), et peut aussi être déduit des art. 32 al. 2 Cst. et 6 ch. 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du

E. 3.2

En l'espèce, dans son premier arrêt du 5 août 2013, la CPAR a confirmé la condamnation de l'appelant pour abus de confiance, qualification retenue à titre subsidiaire dans l'ordonnance pénale, valant acte d'accusation. Il est au surplus établi que la procédure a aussi porté sur des faits pouvant être constitutifs de gestion déloyale, puisque cette infraction représente souvent également un abus de confiance, lequel prime toutefois la gestion déloyale définie à l'art. 158 CP (concours imparfait) (ATF 111 IV 62 consid. 3a ; B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume I, 3e édition, Berne 2010, n. 25 ad art. 158 CP). L'art. 158 ch. 1 CP entrera cependant seul en considération en cas de comportement contraire au devoir dépourvu de tout dessein d'enrichissement illégitime, si les valeurs litigieuses n'ont pas été confiées à l'auteur, par exemple si ce dernier est un organe de fait ou en cas de gestion sans mandat, ou, enfin, en l'absence d'acte d'appropriation (arrêt du Tribunal fédéral 6S.512/2006 du 5 mars 2007 consid. 9.2 et les références citées). Partant, dans son arrêt AARP/449/2013 du 5 août 2013, la CPAR a considéré que le prêt consenti par les B_____ constituait une valeur patrimoniale confiée et que les actes de l'appelant remplissaient les conditions de l'abus de confiance, l'infraction à l'art. 158 ch. 1 CP étant absorbée. En outre, il n'y a pas de concours idéal entre les infractions d'escroquerie et d'abus de confiance, la première absorbant la deuxième. Celui qui, par une tromperie, obtient un pouvoir de disposition sur une chose mobilière appartenant à autrui ou sur une valeur patrimoniale et se l'approprie tombe sous le coup de l'escroquerie, et non pas de l'abus de confiance (ATF 111 IV 132 consid. 1). Il y a cependant abus de confiance, et non pas escroquerie, si une chose ou une valeur patrimoniale est confiée à l'auteur (sans tromperie de sa part) et qu'il dissimule alors son intention de se l'approprier (ATF 117 IV 436 consid. 3.c).

E. 3.3

Les parties ont pu se déterminer sur les faits pouvant être constitutifs d'escroquerie, de gestion déloyale et de gestion fautive, ainsi que sur la qualification juridique, et ont eu la possibilité de faire valoir leurs déterminations à ce sujet. Interpellé par la CPAR, l'appelant s'est ainsi précisément prononcé, dans ses écritures du 19 janvier 2015, sur ces infractions.

- 18/32 - P/11056/2010 Contrairement à ce que prétend l'appelant, en revoyant les faits sous l'angle des infractions précitées, la juridiction d'appel ne rentre pas en matière sur des faits pour lesquels l'appelant aurait été acquitté, ce qui aurait été contraire à la règle de l'interdiction de la reformatio in pejus. La reprise d'une qualification juridique écartée par les premiers juges est admissible dans la mesure où celle-ci n'est pas sanctionnée d'une peine plus lourde. Or, tel n'est pas le cas, puisque les infractions d'abus de confiance (art. 138 ch.1 al. 2 CP), d'escroquerie (art. 146 al. 1 CP), de gestion déloyale (art. 158 ch. 1 al. 3 CP) et de gestion fautive (art. 165 al. 1 CP) sont toutes sanctionnées d'une peine menaçante équivalente. Le grief tiré de la violation de l'art. 391 al. 2 CP doit donc être rejeté. La CPAR est ainsi libre d'examiner les griefs d'escroquerie, de gestion déloyale et de gestion fautive, dans les limites de l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation.

E. 4

La présomption d'innocence, dont le principe in dubio pro reo est le corollaire, est garantie expressément par l'art. 6 par. 2 de la CEDH et l'art. 32 al. 1 Cst., ainsi que par l'art. 10 al. 3 CPP, selon lequel le tribunal doit se fonder sur l'état de fait le plus favorable au prévenu lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation. Ainsi, en tant que règle d'appréciation des preuves, ce principe est violé si le juge se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes sérieux et irréductibles (ATF 127 I 38 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_784/2011 du 12 mars 2012 consid. 1.1.2). Le juge du fait dispose d'un large pouvoir dans l'appréciation des preuves (ATF 120 Ia 31 consid. 4b). Confronté à des versions contradictoires, il forge sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents. L'appréciation des preuves doit être examinée dans son ensemble et l'état de fait déduit du rapprochement de divers éléments ou indices. Un ou plusieurs arguments corroboratifs peuvent demeurer fragiles si la solution retenue peut être justifiée de façon soutenable par un ou plusieurs arguments de nature à emporter la conviction (arrêts du Tribunal fédéral 6B_642/2012 du 22 janvier 2013 consid. 1.1 et 6B_234/2012 du 15 septembre 2012 consid. 1.1.2). Dans le cadre du principe de la libre appréciation des preuves, qui gouverne notamment l'appréciation des déclarations de la victime d'une infraction (arrêts du Tribunal fédéral 6B_716/2010 du 15 novembre 2010 consid. 1.3 et 6B_360/2008 du 12 novembre 2008 consid. 4.3), rien ne s'oppose à ce que le juge ne retienne qu'une partie des déclarations d'un témoin globalement crédible (ATF 120 Ia 31 consid. 3 p. 39 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_637/2012 du 21 janvier 2013 consid. 5.4).

E. 5.1

L'escroquerie au sens de l'art. 146 CP suppose, sur le plan objectif, que l'auteur ait usé de tromperie, que celle-ci ait été astucieuse, que l'auteur ait ainsi induit la

- 19/32 - P/11056/2010 victime en erreur ou l'ait confortée dans une erreur préexistante, que cette erreur ait déterminé la personne trompée à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers et que la victime ait subi un préjudice patrimonial (cf. ATF 119 IV 210 consid. 3 p. 212). L'escroquerie (art. 146 CP) est classée dans les infractions

contre le patrimoine (art. 137 à 172ter CP) et non dans celles visant à protéger l'administration de la justice (art. 303 à 311 CP). Le seul bien juridique protégé par l'art. 146 CP est le patrimoine (ATF 122 IV 197 consid. 2c p. 203 ; MARKUS BOOG, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, 1991, p. 7 s. et les auteurs cités). La personne aux dépens de laquelle est commise l'escroquerie, soit le titulaire du bien juridique protégé, est ainsi celle dont les intérêts pécuniaires sont lésés, non l'éventuel dupé afin de causer cette atteinte. Que l'art. 146 al. 1 CP utilise le terme "victime" pour désigner la personne dupée ne change rien à ce que cette disposition vise à sanctionner l'atteinte au patrimoine à la suite de la tromperie (arrêt du Tribunal fédéral 6B_525/2012 du 5 novembre 2012).

E. 5.2

En l'espèce, comme vu précédemment, la présente procédure se limite strictement aux infractions subies par la société. La CPAR ne saurait donc suivre le Ministère public en entrant matière sur la question d'une éventuelle escroquerie commise au préjudice des B_____.

E. 6

6.1.1. Selon l'art. 165 ch. 1 CP, le débiteur qui, de manières autres que celles visées à l'art. 164 CP, par des fautes de gestion, notamment par une dotation insuffisante en capital, par des dépenses exagérées, par des spéculations hasardeuses, par l'octroi ou l'utilisation à la légère de crédits, par le bradage de valeurs patrimoniales ou par une négligence coupable dans l'exercice de sa profession ou dans l'administration de ses biens, aura causé ou aggravé son surendettement, aura causé sa propre insolvabilité ou aggravé sa situation alors qu'il se savait insolvable, sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. C'est en premier lieu en fonction des dispositions spécifiques qui définissent les devoirs de l'auteur qu'il convient de déterminer s'il a usé des précautions commandées par les circonstances et sa situation personnelle (ATF 115 IV 38 consid. 2).

6.1.2. L'infraction exige qu'il y ait une faute de gestion, mais il faut encore que celle-ci soit en rapport de causalité naturelle et adéquate avec le surendettement ou son aggravation (B. CORBOZ, op. cit., n. 38 ad art. 165 CP). Il n'est pas nécessaire que les actes reprochés à l'auteur soient seuls à l'origine du surendettement ni qu'ils en soient la cause directe. Peu importe quel est l'acte qui, en

- 20/32 - P/11056/2010 définitive, a provoqué le passage à l'état d'insolvabilité (ATF 123 IV 195). Il suffit que l'acte de gestion fautive ait joué un rôle causal en contribuant à l'apparition du surendettement ou à son aggravation et qu'il ait été propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un tel résultat (ATF 115 IV 38 consid. 2 p. 41). En revanche, il n'est pas nécessaire de prouver un rapport de causalité entre le comportement fautif d'une part et la faillite ou la délivrance de l'acte de défaut de biens d'autre part (ATF 102 IV 23 consid. 4). La notion de surendettement, qui s'applique au débiteur soumis à la poursuite par la voie de la faillite, découle de l'art. 725 al. 2 CO et signifie que, sur le plan comptable, les dettes ne sont plus couvertes, ni sur la base d'un bilan d'exploitation, ni sur la base d'un bilan de liquidation, autrement dit que les passifs (fonds étrangers/dettes) excèdent les actifs (B. CORBOZ, op. cit., n. 31 ad art. 165 CP). La perte étant supérieure aux fonds propres (somme du capital-actions et des réserves légales), les prétentions des créanciers ne sont plus couvertes par les biens de la société (SJ 2013 II

283). L'alinéa 1 de l'art. 725 CO impose à la société d'entreprendre des mesures d'assainissement en cas de surendettement, alors que l'alinéa 2 fonde l'obligation d'aviser le juge à moins qu'une créance postposée ne couvre la perte au bilan. Il faut que la faute de gestion ait eu des conséquences concrètes, à savoir provoquer le surendettement ou, si celui-ci existait déjà, avoir empiré durablement la situation patrimoniale (B. CORBOZ, op. cit., n. 34 ad. art. 165 CP). Ainsi, une faute de gestion n'est pas punissable si, en réalité, elle n'a pas eu de conséquences négatives ou si ces conséquences étaient tellement imprévisibles qu'elles sortent du cadre de la causalité adéquate. Il est possible que la causalité ne puisse pas être établie si la faute de gestion est très antérieure au surendettement. En revanche, l'auteur ne peut pas échapper à la répression en faisant valoir qu'il y avait déjà surendettement, puisqu'il suffit que la situation patrimoniale se soit aggravée (B. CORBOZ, op. cit., n. 41 ad art. 165 CP). Un seul acte de gestion fautive suffit pour réaliser l'infraction (A. DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9e éd., Zurich 2008, p. 338). S'il est reproché à l'accusé plusieurs fautes de gestion en relation avec la même faillite ou le même acte de défaut de biens, il faut considérer qu'il s'agit d'une seule infraction à l'art. 165 ch. 1 CP (ATF 123 IV 195, ATF 109 IV 116 consid. c), la pluralité des actes pouvant être prise en considération dans le cadre de la fixation de la peine (B. CORBOZ, op. cit., n. 30 ad art. 165 CP). Sur le plan subjectif, l'auteur doit avoir adopté volontairement un comportement qui, considéré objectivement, doit être qualifié de fautif, en fonction des circonstances dont il avait connaissance ou acceptait l'éventualité ; il faut encore que ce comportement, de manière prévisible pour lui, ait causé l'insolvabilité ou le surendettement ou aggravé cette situation. Selon la doctrine et la jurisprudence, la

- 21/32 - P/11056/2010 faute de gestion doit être caractérisée, en ce sens qu'elle doit dénoter un manque du sens des responsabilités. L'ouverture de la faillite ou la délivrance d'un acte de défaut de biens est une condition objective de punissabilité (B. CORBOZ, op. cit., n. 58 ad art. 165 CP).

E. 6.2

En l'occurrence, il n'y a pas assez d'éléments au dossier pour estimer si l'appelant, au regard de ses agissements consécutifs au prêt de EUR 50'000.- le

E. 11

février 2009, a commis une faute de gestion en rapport de causalité naturelle et adéquate avec le surendettement de la société ou son aggravation. En outre, selon l'experte comptable en charge de la tenue de la comptabilité de D _____, le bouclage intermédiaire en septembre 2008 avait montré une perte nette qui n'était pas anormale pour une société qui démarrait. Au moment du bouclage au 31 décembre 2008, la société accusait une perte de CHF 84'000.- sans que sa survie n'apparaisse menacée. Certes, la société avait des problèmes de liquidité, mais il n'est en l'état pas possible de conclure que les actes de l'appelant liés au prêt litigieux ont provoqué le surendettement de la société ou, si celui-ci existait déjà, ont eu pour effet que sa situation patrimoniale empire durablement. A la lecture de ce qui précède, l'appelant ne pourra être reconnu coupable de gestion fautive. 7. 7.1.1. L'art. 158 ch. 1 CP réprime le comportement de 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 (al. 1). Le gérant d'affaires qui, sans mandat, aura agi de même encourra la même peine (al. 2). La peine sera aggravée si l'auteur a agi

dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (al. 3). Sur le plan objectif, l'infraction de gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 CP suppose la réunion de quatre éléments, à savoir un devoir de gestion ou de sauvegarde, la violation de ce devoir, un dommage et l'intention. 7.1.2. Seul peut avoir une position de gérant celui qui dispose d'une indépendance suffisante et qui jouit d'un pouvoir de disposition autonome sur les biens qui lui sont remis (ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 126 ; 123 IV 17 consid. 3b p. 21 ; 120 IV 190 consid. 2b p. 192). Ce pouvoir peut se manifester non seulement par la passation d'actes juridiques, mais également par la défense, sur le plan interne, d'intérêts patrimoniaux ou par des actes matériels. Il faut cependant que le gérant ait une autonomie suffisante sur tout ou partie de la fortune d'autrui, sur les moyens de

- 22/32 - P/11056/2010 production ou le personnel d'une entreprise (ATF 123 IV 17 consid. 3b p. 21 ; 120 IV 190 consid. 2b p. 192). Dans la société anonyme, la qualité de gérant est notamment reconnue aux membres du conseil d'administration, à l'administrateur unique d'une SA (ATF 117 IV 259 = JdT 1993 IV 80), à l'administrateur en général (ATF 100 IV 167), au président du conseil d'administration et directeur d'une SA, au bénéficiaire d'une signature individuelle (arrêt du Tribunal fédéral 6B_294/2008 du 1er septembre 2008).

7.1.3. Pour qu'il y ait gestion déloyale, il ne suffit pas que l'auteur ait été gérant, ni qu'il ait violé une quelconque obligation de nature pécuniaire à l'endroit de la personne dont il gère tout ou partie du patrimoine. Le terme de gestion déloyale et la définition légale de l'infraction exigent que l'obligation qu'il a violée soit liée à la gestion confiée (ATF 123 IV 17 consid. 3b ; 120 IV 190 consid. 2b, spéc. p. 193 ; 105 IV 307 consid. 3). Le comportement délictueux visé à l'art. 158 CP n'est pas décrit par le texte légal. Il consiste à violer les devoirs inhérents à la qualité de gérant. Le gérant sera ainsi punissable s'il transgresse, par action ou par omission, les obligations spécifiques qui lui incombent en vertu de son devoir de gérer et de protéger les intérêts pécuniaires d'une tierce personne. Savoir s'il y a violation de telles obligations implique de déterminer, au préalable et pour chaque situation particulière, le contenu spécifique des devoirs incombant au gérant. Ces devoirs s'examinent au regard des dispositions légales et contractuelles applicables, des éventuels statuts, règlements internes, décisions de l'assemblée générale, buts de la société et usages spécifiques de la branche (arrêts du Tribunal fédéral 6B_233/2013 du 3 juin 2013 consid. 3.2 et 6B_446/2010 du 14 octobre 2010, consid. 8.4.1).

7.1.4. L'infraction de gestion déloyale n'est consommée que s'il y a eu un préjudice (ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 193). Tel est le cas lorsqu'on se trouve en présence d'une véritable lésion du patrimoine, c'est-à-dire d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-diminution du passif ou d'une non-augmentation de l'actif, ou 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 122 IV 279 consid. 2a p. 281 ; 121 IV 104 consid. 2c p. 107 ; 120 IV 122 consid. 6b/bb p. 135) ; un préjudice temporaire suffit. 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 (cf. ATF 123 IV 17 consid. 3d p. 22 ; 122 IV 279 consid. 2a ; 121 IV 104 consid. 2c p. 107). Il n'existe que lorsque la personne lésée a un droit protégé par le droit civil à la compensation du dommage subi. La gestion déloyale est donc une infraction de lésion, qui est consommée lorsque l'auteur, ayant violé son devoir de veiller, en qualité de gérant, sur les intérêts pécuniaires d'autrui, a causé un dommage au patrimoine qu'il devait protéger (ATF 129 IV 125 consid. 3.1).

- 23/32 - P/11056/2010 7.1.5. Sur le plan subjectif, l'infraction est intentionnelle. L'intention doit porter sur tous les éléments constitutifs (ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 125 ; 122 IV 279 consid. 2a p. 281 ; 121 IV 104 consid. 2c p. 107 ; 120 IV 190 consid. 2b p. 192 ss). Le dol éventuel suffit, mais il doit être caractérisé vu l'imprécision des éléments constitutifs objectifs de cette infraction (ATF 123 IV 17 consid. e p. 23 ; 120 IV 190 consid. 2b p. 193).

7.1.6. Si l'auteur agit non seulement de façon intentionnelle, mais se trouve de surcroît mû par un dessein d'enrichissement illégitime, l'infraction devient un crime et la peine encourue passe à une peine privative de liberté de cinq ans au plus (M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. SOLL (éd.), Code pénal, Petit commentaire, Bâle 2012, n. 30 ad art. 158). La jurisprudence du Tribunal fédéral considère que le dessein d'enrichissement illégitime réside ordinairement dans la valeur du bien obtenu, ou encore dans la valeur d'aliénation ou d'usage. Il ne sera pas illégitime si l'auteur y a droit (ou croit qu'il y a droit en raison d'une erreur sur les faits). Le dessein d'enrichissement illégitime fait notamment défaut si, au moment de l'emploi illicite de la valeur patrimoniale confiée, l'auteur en paie la contre-valeur (ATF 107 IV 166 consid. 2a p. 167), s'il avait, à tout moment ou, le cas échéant, à la date convenue à cet effet, la volonté et la possibilité de le faire (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34) ou encore s'il était en droit de compenser (ATF 105 IV 39 consid. 3 p. 34 ss et ATF 6B_17/2009 du 16 mars 2009 consid. 2.2.1). S'agissant de l'intention, le dessein d'enrichissement peut également être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_827/2008 du 7 janvier 2009, consid. 1.3). Tel est le cas, selon la jurisprudence, lorsque l'auteur envisage l'enrichissement comme possible et agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait (ATF 105 IV 29 consid. 3a p. 36 ; cf. également ATF 123 IV 155 consid. 1a ; 121 IV 249 consid. 3a et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_827/2008 du 7 janvier 2009, consid. 1.3).

7.2. Dans son arrêt de renvoi, le Tribunal fédéral a considéré que "la courte durée du contrat, expressément désirée par les intimés, les conditions de rémunération du prêt, ainsi que la volonté de la société emprunteuse de rembourser le prêt au moyen des gains d'une opération immobilière qui devait venir prochainement à chef, démontraient (...) qu'il s'agissait d'un placement financier à très court terme, par lequel les intimés procuraient pour une durée limitée des fonds à une société confrontée à des problèmes de liquidité. L'opération avait donc toutes les caractéristiques d'un prêt commercial à court terme destiné au financement de l'activité courante d'une entreprise". Il a également relevé que "c'est un truisme d'affirmer que l'argent prêté doit être utilisé conformément au but social de la société emprunteuse".

- 24/32 - P/11056/2010 En l'espèce, en tant que président du conseil d'administration de D_____ avec signature individuelle, l'appelant revêtait la qualité de gérant et avait ainsi le devoir de veiller à la bonne gestion des intérêts pécuniaires de la société. Il est établi que les B_____ ont versé EUR 50'000.- sur le compte de D_____ en vertu d'un contrat de prêt. En outre, il ressort, des déclarations des parties et des différents témoignages, que le prêt octroyé à la société devait permettre à cette dernière de renflouer sa trésorerie qui était alors insuffisante. L'appelant a admis avoir retiré des sommes d'argent du compte de la société pour les affecter à des fins autres que celles correspondant à son but social, mettant de la sorte en péril sa stabilité financière. Il ressort du dossier que le prêt de EUR 50'000.- octroyé à D_____ a été utilisé pour l'entretien d'un cheval, ainsi que pour les besoins de l'appelant et de ses sociétés D_____ Sàrl et I_____ SA, dont il était le seul ayant droit économique. Les fonds prêtés ont ainsi été presque intégralement retirés du compte de la société en quelques jours, l'appelant s'appropriant un montant total de EUR 41'827.- pour

ses propres besoins ou ceux d'entités tierces, alors que la société rencontrait des difficultés financières. En agissant de la sorte, l'intéressé a agi au préjudice de D_____, lui causant un dommage patrimonial conséquent, et a commis une violation crasse de ses devoirs de gestion. Les éléments constitutifs objectifs du délit de gestion déloyale sont par conséquent réalisés. Sous l'angle de l'élément subjectif, au moment où il a retiré les montants susmentionnés, l'appelant connaissait les difficultés de trésorerie auxquelles D_____ faisait face. Il ne saurait raisonnablement soutenir n'avoir pas eu conscience que les prélèvements effectués allaient engendrer un dommage considérable à la société. Il a au contraire reconnu n'avoir pas toujours agi "dans les règles de l'art", ce qui démontre qu'il comprenait que certains de ses agissements allaient à l'encontre des intérêts de la société. Enfin, il a agi à dessein, dans un but d'enrichissement illégitime. En effet, en affectant une partie des avoirs au paiement de ses propres impôts ou en versant certains montants directement sur le compte de sociétés dont il était actionnaire unique, il a clairement privilégié ses propres intérêts financiers, ce qui lui a permis, pour reprendre ses propres termes, de mener "un certain train de vie". Il ne peut, de surcroît, valablement soutenir avoir pensé qu'il était en droit de s'approprier les sommes précitées. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le prévenu sera reconnu coupable de gestion déloyale aggravée au sens de l'art. 158 ch. 1 al. 1 et 3 CP.

- 25/32 - P/11056/2010 8. 8.1. Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). Comme sous l'ancien droit, le facteur essentiel est celui de la faute. Les critères énumérés, de manière non exhaustive, par cette disposition légale correspondent à ceux fixés par l'art. 63 aCP et la jurisprudence élaborée en application de cette ancienne disposition conserve toute sa valeur, de sorte que l'on peut continuer à s'y référer (arrêt du Tribunal fédéral 6B_992/2008 du 5 mars 2009 consid. 5.1). Le législateur reprend, à l'art. 47 al. 1 CP, les critères des antécédents et de la situation personnelle. Il y ajoute la nécessité de prendre en considération l'effet de la peine sur l'avenir du condamné. A ce propos, le message du Conseil fédéral expose que le juge n'est pas contraint d'infliger la peine correspondant à la culpabilité de l'auteur s'il y a lieu de prévoir qu'une peine plus clémente suffira à le détourner de commettre d'autres infractions (Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 p. 1866). La loi codifie la jurisprudence selon laquelle le juge doit éviter les sanctions qui pourraient détourner l'intéressé de l'évolution souhaitable (ATF 128 IV 73 consid. 4 p. 79 ; 127 IV 97 consid. 3 p. 101). Cet aspect de prévention spéciale ne permet toutefois que des corrections marginales, la peine devant toujours rester proportionnée à la faute (arrêts du Tribunal fédéral 6B_633/2007 du 30 novembre 2007 consid. 4.1 et 6B_673/2007 du 15 février 2008 consid. 3.1.). Codifiant la jurisprudence, l'alinéa 2 de l'art. 47 CP énumère de manière non limitative les critères permettant de déterminer le degré de gravité de la culpabilité de l'auteur. Sur le plan subjectif, le texte légal cite la motivation et les buts de l'auteur, qui correspondent aux mobiles de l'ancien droit, et la mesure dans laquelle l'auteur aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, qui se réfère au libre choix de l'auteur entre la licéité et l'illicéité. Concernant ce dernier

élément, le législateur enjoint au juge de tenir compte de la situation personnelle de l'intéressé et des circonstances extérieures. La situation personnelle peut, sans donner lieu à des troubles pathologiques selon l'art. 19 CP, altérer sa faculté d'apprécier l'illicéité de son comportement. Les circonstances extérieures se réfèrent par exemple à une situation de nécessité ou de tentation, qui n'atteint cependant pas une intensité suffisante pour justifier une atténuation de la peine (arrêts du Tribunal fédéral 6B_211/2007 du 10 octobre 2007 consid. 4.1 et 6B_14/2007 du 17 avril 2007 consid. 5.2).

- 26/32 - P/11056/2010 8.2. Conformément à l'art. 34 CP, la peine pécuniaire est fixée en jours-amende dont le tribunal fixe le nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). Un jour-amende est de CHF 3'000.- au plus. Le juge en arrête le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (al. 2). D'après la conception des nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité (ATF 134 IV 97 consid. 4 p. 100 ss). Conformément au principe de la proportionnalité, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement (ATF 134 IV 97 consid. 4.2.2 p. 101, 82 consid. 4.1 p. 85). A cet égard, une peine pécuniaire, qui atteint l'intéressé dans son patrimoine, constitue une sanction plus clémente qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle. La priorité à donner à une peine pécuniaire correspond au demeurant à la volonté du législateur, dont l'un des principaux buts dans le domaine des sanctions a été d'éviter les courtes peines privatives de liberté, qui entravent la resocialisation de l'auteur (ATF 134 IV 97 consid. 4.2.2 p. 101/102, 60 consid. 4.3 p. 65). Le choix du type de sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention (ATF 134 IV 97 consid. 4.2 p. 100, 82 consid. 4.1 p. 84/85). La situation économique de l'auteur ou le fait que son insolvabilité apparaît prévisible ne constituent en revanche pas des critères pertinents pour choisir la nature de la sanction (ATF 134 IV 97 consid. 5.2.3). La fixation de la peine intervient en deux phases différentes. Le Tribunal détermine d'abord le nombre des jours-amende en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). Il doit ensuite arrêter le montant du jour-amende en fonction de la situation personnelle et économique de l'auteur (al. 2). Le montant total de la peine pécuniaire résulte de la seule multiplication du nombre par le montant des jours-amende. Les deux facteurs doivent être fixés séparément dans le jugement (al. 4). La peine pécuniaire doit remplacer dans le domaine des sanctions les moins graves en particulier, les peines privatives de liberté de courte durée. Elle ne se confond pas avec une simple amende (ATF 134 IV 1 consid. 5 et 6 p. 9 et 15 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_541/2007 du

E. 13

mai 2008 consid. 5 et 6). La détermination du nombre de jours-amende est fonction de la culpabilité de l'auteur (première phase). Il y a lieu d'appliquer la règle générale de l'art. 47 CP,

- 27/32 - P/11056/2010 selon laquelle le tribunal, hormis la faute au sens étroit (art. 47 al. 2 CP), doit prendre en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier

ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (art. 47 al. 1 CP). Le nombre des jours-amende exprime la mesure de la peine. Il n'y a pas lieu de prendre en considération les circonstances personnelles et une éventuelle sensibilité accrue à la sanction au sens de l'art. 47 al. 1 CP qu'autant que ces éléments ne se rapportent pas à la situation financière actuelle de l'auteur. Une double prise en considération de la capacité financière, respectivement de la sensibilité à la peine, lors de la fixation du nombre des jours-amende et dans le calcul de leur montant est exclue (A. DOLGE, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2e éd., 2007, n. 40 ad art. 34 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 6.3). 8.3. Si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement (art. 49 al. 2 CP). Concrètement, le juge doit se demander comment il aurait fixé la peine en cas de concours simultané, puis déduire de cette peine d'ensemble hypothétique la peine de base, soit celle qui a déjà été prononcée (arrêt du Tribunal fédéral 6B_28/2008 du 10 avril 2008 consid. 3.3.1). Une peine privative de liberté ne peut être prononcée comme peine complémentaire d'une sanction pécuniaire (ATF 137 IV 57 consid. 4.3.1). 8.4. Pour l'octroi du sursis, le juge doit poser un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le nouveau droit pose des exigences moins élevées quant au pronostic pour l'octroi du sursis. Auparavant, il fallait que le pronostic soit favorable. Désormais, il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2 p. 5-6 ; SJ 2008 I p. 277 consid. 2.1. p. 280). Une peine complémentaire, aussi dite additionnelle, peut être assortie du sursis pour autant que sa durée, ajoutée à celle de la peine de base, n'excède pas le seuil au-delà

- 28/32 - P/11056/2010 duquel cette mesure ne peut être accordée. Pour décider de l'octroi du sursis, respectivement du sursis partiel, le juge doit donc se fonder sur la peine globale, comprenant la peine de base, soit celle infligée pour les infractions déjà sanctionnées par un précédent jugement, et la peine complémentaire qu'il prononce. Il peut assortir cette dernière du sursis si la durée de la peine globale demeure dans les limites permettant l'octroi de cette mesure, cela quand bien même la peine de base a été prononcée sans sursis, car les perspectives d'amendement du condamné peuvent être réexaminées à l'occasion du nouveau jugement (arrêts du Tribunal fédéral 6B_941/2009 du 28 janvier 2010 consid 3.2, publié in SJ 2010 I p. 329, et 6B_645/2009 du 14 décembre 2009 consid 1.1., avec référence aux ATF 109 IV 68 consid. 1 p. 69/70, 94 IV 49 et 80 IV 10). 8.5. L'interdiction de la *reformatio in pejus*, consacrée par l'art. 391 al. 2 CPP, prohibe la pénalisation de la situation d'une partie par une décision défavorable rendue à la suite d'un recours émanant uniquement de celle-ci. L'interdiction s'attache au dispositif de la décision (arrêt du Tribunal fédéral 6B_875/2013 du 7 avril 2014 consid 3.2.3). Elle s'applique également à l'autorité inférieure ou à la juridiction à qui, le cas échéant, la cause est renvoyée (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), op. cit., n. 5 ad art. 391). 8.6.1. La peine à laquelle l'appelant a été condamné en

première instance peut être considérée comme clémente au regard de la gravité de la faute commise. En effet, il n'a pas hésité à dilapider les avoirs de la société à des fins personnelles, en faisant fi du but social et de la pérennité de celle-ci. Il a agi par appât du gain et a privilégié les dépenses relatives au maintien de son niveau de vie ou de celui de sa fille, notamment en payant ses impôts ou l'entretien de chevaux, plutôt qu'assurer la survie de l'entreprise et permettre le remboursement des montants prêtés. Il a fait preuve de mauvaise foi, prétendant que la société n'avait pas les moyens de payer les charges afférentes à un salaire, mais qu'elle pouvait acheter et entretenir des chevaux. Sa collaboration à l'enquête a été mauvaise. Il n'a donné que peu d'explications sur l'utilisation des fonds, indiquant d'abord que le prêt avait été accordé en vue d'un projet à Q_____, puis qu'il l'avait été pour que les administrateurs de la société soient "plus à l'aise" avec la trésorerie de la société, laissant alors entendre que la société n'avait pas de problème de liquidités, puis que le but du prêt était de renflouer la trésorerie de la société. Il a systématiquement minimisé son rôle, notamment par rapport à celui de son associé, alors même qu'il était le seul à gérer les finances de la société. L'appelant n'a manifesté aucun regret et n'a fait preuve d'aucune prise de conscience par rapport à la gravité de ses actes.

- 29/32 - P/11056/2010 Aucune circonstance atténuante ne peut être retenue, ni n'a d'ailleurs été plaidée. 8.6.2. Compte tenu de ce qui précède et de l'interdiction de la reformatio in pejus, la peine de 90 jours-amende prononcée par les juges de première instance doit être confirmée. La peine prononcée est complémentaire à celles prononcées les _____ juin et _____ octobre 2010 par le Ministère public de Genève. 8.6.3. Au vu de la détermination du total des acomptes 2015 du couple A_____ basée sur la déclaration de taxation 2012 du _____ novembre 2014, la capacité contributive de l'appelant est de toute évidence assez limitée. Il apparaît ainsi que le montant du jour-amende, fixé en 2012 à CHF 100.-, ne correspond plus à sa capacité financière actuelle qui s'est précarisée. Aussi ce montant sera-t-il réduit à CHF 40.-, ce qui entraîne une modification du jugement entrepris sur ce point. 8.7. Le sursis prononcé, dont les conditions sont au demeurant réalisées, est acquis à l'appelant (art. 391 al. 2 CPP) et le délai d'épreuve, arrêté à trois ans, n'est pas critiquable. 9. 9.1. L'art. 429 CPP règle l'indemnisation du prévenu acquitté totalement ou partiellement ou bénéficiant d'un classement. L'autorité pénale examine d'office les prétentions du prévenu, mais elle peut l'enjoindre de les chiffrer et de les justifier (art. 429 al. 2 CPP). 9.2. En l'occurrence, il y a certes eu classement de l'infraction d'abus de confiance mais l'appelant a été reconnu coupable de gestion déloyale aggravée pour les mêmes faits. La qualification juridique de l'infraction retenue en premier lieu ayant été modifiée pour une autre de gravité équivalente, une indemnisation de l'appelant ne saurait entrer en ligne de compte. 10. L'appelant, qui succombe, sera condamné aux frais de la procédure d'appel comprenant un émolument de jugement de CHF 3'000.- (art. 428 al. 1 CPP et 14 al. 1 let. e du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale ; E 4 10.03). *
* * * *

- 30/32 - P/11056/2010

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