

# **GE\_GERICHTE AARP/516/2016 vom 19. Dezember 2016**

GE Cour de justice, 2016-12-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AARP\\_516\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_516_2016)

FR: GE\_GERICHTE AARP/516/2016 du 19 décembre 2016

IT: GE\_GERICHTE AARP/516/2016 del 19 dicembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

### **E. 2.1**

Selon l'art. 87 al. 3 LAVS, celui qui, en sa qualité d'employeur, aura versé à un salarié des salaires dont il aura déduit les cotisations et qui, au lieu de payer les cotisations salariales dues à la caisse de compensation, les aura utilisées pour lui-même ou pour régler d'autres créances, sera puni d'une peine pécuniaire de 180 jours- amende au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus lourde. Le détournement des cotisations est réalisé si l'employeur, entre le moment du versement du salaire et celui où les cotisations deviennent exigibles, emploie les sommes nécessaires ou les moyens financiers correspondants, qui sont à disposition de son entreprise, de telle manière qu'il ne sera plus à même de s'acquitter, à l'échéance, de son obligation de paiement. Autrement dit, pour pouvoir détourner les cotisations, l'employeur doit avoir disposé ou été en mesure de disposer des moyens pour payer, à l'expiration de l'ultime délai, la partie des salaires correspondant aux cotisations des salariés à l'assurance sociale (ATF 117 IV 78 = JdT 1994 IV 10 consid. 2a, 2b et 2d/cc p. 11ss). La dernière date de paiement possible pour éviter la consommation de l'infraction est celle à laquelle échoit le délai fixé par la caisse dans la procédure de sommation (ATF 122 IV 270 = JdT 1998 IV 84 consid. 2b p. 86 ; arrêt du Tribunal fédéral 6S.85/2001 du 10 avril 2001 consid. 1a ; B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3e éd., Berne 2010, n. 8 ad art. 159 CP). L'employeur qui procède sur de nombreux mois au paiement des salaires tout en provoquant ou en tolérant volontairement une situation qui le prive des moyens de s'acquitter en tout temps des prélèvements obligatoires engage sa responsabilité pénale, dès lors qu'il fait courir, par ses agissements ou omissions, aux institutions

- 7/12 - P/17166/2013 créancières un risque déraisonnable ou inutile dont un employeur avisé se serait abstenu (ATF 122 IV 270 = JdT 1998 IV 84 consid. 2c p. 87 s.). L'obligation de conserver la substance de ces fonds correspond à un devoir général de diligence de l'entrepreneur, dont la violation est punissable. Il ne s'agit pas de fonds confiés à l'employeur par l'employé, mais de cotisations déduites du salaire par l'employeur, qui est chargé de les gérer, sans toutefois pouvoir en disposer, conformément à une obligation imposée par le droit public d'opérer certaines déductions du salaire et de transférer ces sommes à l'organisme auquel elles sont destinées. C'est la raison pour laquelle l'employeur viole l'obligation qui lui incombe s'il provoque ou tolère volontairement une situation qui le

prive des moyens d'effectuer le transfert au dernier moment possible. Il faut entendre par là des actes ou des omissions qui font courir aux montants prélevés des risques déraisonnables ou inhabituels, une gestion propre à porter atteinte à la substance de l'entreprise ou à sa solvabilité, ainsi que tout procédé auquel ne recourrait pas un employeur consciencieux (ATF précité et les références). Il convient ainsi de distinguer le cas de l'employeur qui traverse une crise de trésorerie qu'il peut légitimement tenir pour passagère, ne devant donc pas mettre en péril le paiement à moyen terme des cotisations sociales, de celui qui, de façon systématique et durable, fait l'économie de telles cotisations, parce qu'il reconnaît indûment d'autres priorités ou qu'il cherche à poursuivre une exploitation vouée à l'échec (RJN 2005 p. 224 ss et les références citées). Sur le plan subjectif, l'infraction doit être intentionnelle ou commise au moins par dol éventuel, la simple négligence ne suffisant pas (ATF 113 V 256 consid. 4c p. 260). 2.2.1. En l'espèce, l'appelant, administrateur en charge notamment de la comptabilité et du traitement des salaires et plus généralement de la gestion courante de la société, reconnaît que le montant de CHF 5'112,20 dû pour les années 2010 et 2011 au titre des cotisations sociales AVS-AI-APG-AC sur son propre salaire et celui du seul autre employé de cette dernière n'a pas été versé à la CCGC à l'échéance de la procédure de sommation, dont il admet qu'elle a été régulièrement suivie. Il soutient toutefois qu'il n'a pas détourné ce montant dans la mesure où la société n'avait pas suffisamment de liquidités pour faire face à l'ensemble de ses charges et a dû, afin d'assurer sa survie, régler en priorité d'autres créances, notamment celles des fournisseurs. Il conteste aussi avoir agi intentionnellement, les manquements pouvant lui être reprochés résultant de défaillances professionnelles et organisationnelles. Ce point de vue ne saurait être suivi. En effet, il ressort notamment du dossier que l'appelant avait engagé de nouveaux membres du personnel en 2007 dans l'espoir, demeuré vain, d'accroître les activités de la société. Or, à cette époque, il subsistait déjà des arriérés de cotisations sociales, remontant en partie à deux ans auparavant et dont les seules parts pénales n'ont été réglées que consécutivement à l'ouverture d'une précédente poursuite pénale en 2010.

- 8/12 - P/17166/2013 Cette situation a perduré par la suite, soit avant même que la société ne perde son principal fournisseur, soit de l'évènement survenu vers 2008-2009 qui serait, aux dires de l'appelant, à l'origine de ses difficultés financières. Nonobstant cela, l'appelant a poursuivi pendant encore environ deux ans l'exploitation de la société à la recherche de nouveaux marchés, démarches qui, de son propre aveu, n'ont abouti à rien de concret. Cela signifie clairement que jusqu'à la mise en faillite de la société, l'appelant a privilégié toutes sortes d'autres dépenses au détriment du paiement des cotisations sociales déduites des salaires, qui n'ont cessé d'accroître au fil du temps au point de représenter près du tiers des dettes totales de la société. Le fait d'avoir négligé le règlement de ces dernières au profit d'autres créanciers, sans doute plus insistants et pouvant surtout mener plus rapidement à la faillite de la société, résulte aussi de l'explication fournie par l'appelant, selon laquelle les différents actes de défaut de biens délivrés à l'intimée lui avaient permis de "souffler un peu". Dans ces conditions, l'appelant ne saurait se prévaloir d'un fait justificatif, soit d'une sorte d'état de nécessité visant à sauver l'entreprise, puisque les cotisations sociales ont été systématiquement détournées dès l'affiliation de celle-ci à la CCGC et que l'intéressé savait ou ne pouvait ignorer qu'il serait dans l'impossibilité de s'acquitter des arriérés ainsi accumulés. Ce faisant, l'appelant a pour le moins commis une erreur dans la gestion de la société et a engagé sa responsabilité au regard de l'art. 87 al. 3 LAVS. Si l'appelant n'est pas soupçonné de s'être personnellement enrichi, ses dires ne sont pas pour autant crédibles lorsque, après avoir affirmé à plusieurs reprises que les salaires nets avaient été

intégralement réglés jusqu'à la faillite, laissant même entendre qu'il avait opéré d'autres prélèvements en sa faveur dont il avait omis de préciser qu'ils avaient ensuite été entièrement remboursés, il prétend n'avoir en réalité perçu qu'environ 70% de sa rémunération. Il résulte de ce qui précède que toutes les conditions de l'infraction sont réalisées, y compris l'élément subjectif, le comportement de l'appelant ne relevant pas de la négligence. 2.2.2. L'argument de l'appelant, selon lequel l'intimée ne serait plus lésée, dès lors qu'elle avait obtenu le règlement des parts pénales visées par l'ordonnance pénale du MP, ne résiste pas non plus à l'examen. Comme cela a été relevé, l'infraction a été consommée à l'expiration du délai de paiement fixé par l'intimée dans la procédure de sommation. Au demeurant, le dommage est aussi réputé survenir au jour de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou encore de la faillite (ATF 129 V 193 consid. 2.2. p. 195, 113 V 256 consid. 3c p. 257). Les éventuels paiements intervenus après la commission de l'infraction peuvent uniquement avoir une incidence sur la fixation de la peine. Par ailleurs, une faute concomitante ne saurait être reprochée à l'intimée, ne serait-ce que parce que celle-ci a toujours entrepris les procédures d'exécution forcée aux fins de tenter de recouvrer les cotisations impayées, y compris dans un second temps à l'encontre des organes dirigeants de la société, ayant en outre dénoncé pénalement les manquements de ces derniers.

- 9/12 - P/17166/2013 Le jugement doit ainsi être confirmé en tant que l'appelant a été reconnu coupable d'infraction à l'art. 87 al. 3 LAVS. 3.1.1. 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). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution (objektive Tatkomponente). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur (subjektive Tatkomponente). A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (Täterkomponente), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s. ; 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss ; 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20). L'absence d'antécédents a, en principe, un effet neutre sur la fixation de la peine et n'a donc pas à être prise en considération dans un sens atténuant (ATF 136 IV 1 consid. 2.6 p. 2). 3.1.2. Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, le juge doit respecter, en particulier, le principe d'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999) ; cf. au regard de l'art. 63 aCP, ATF 120 IV 136 consid. 3a p. 144 et les arrêts cités). Appelé à juger les coauteurs d'une même infraction ou deux coaccusés ayant participé ensemble au même complexe de faits délictueux, il est tenu de veiller à ce que la différence des peines infligées aux deux intéressés soit justifiée par une différence dans les circonstances personnelles. La peine doit en effet être individualisée en fonction de celles-ci, conformément à l'art. 47 CP (ATF 141 IV 61 consid. 6.3.2 p. 69 ; ATF 121 IV 202 consid. 2b p. 244 ss ; arrêts du

Tribunal fédéral 6B\_794/2015 du 15 août 2016 consid. 1.1 et 6S.199/2006 du 11 juillet 2006 consid. 4 in fine). Inversement, s'il condamne deux coaccusés à des peines identiques, il doit s'assurer que cette égalité soit justifiée par une équivalence globale des éléments pertinents pour la fixation de la peine (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_569/2008 du 24 mars 2009 consid. 1.2). 3.2. En l'occurrence, la faute du prévenu est relativement importante dans la mesure où, durant plusieurs années et avant même d'être confronté à de sérieuses difficultés financières, il a continué à verser l'intégralité des salaires sans s'acquitter des cotisations sociales correspondantes, poursuivant durant la période pénale

- 10/12 - P/17166/2013 l'exploitation de la société paraissant pourtant vouée à l'échec, occasionnant ainsi un préjudice significatif à l'intimée. Ses motivations relèvent de la désinvolture et d'un regrettable mépris pour la législation en vigueur. Sa prise de conscience paraît très limitée dans la mesure où il cherche par tous les moyens à se soustraire à ses responsabilités. Bien qu'il se soit engagé à plusieurs reprises à rembourser progressivement le dommage causé, il n'a jamais concrétisé son intention. Son absence d'antécédent constitue un facteur neutre du point de vue de la peine. La peine pécuniaire infligée en première instance à l'appelant ne saurait être réduite, car elle apparaît plutôt légère par rapport à sa culpabilité, mais aussi en comparaison de la sanction, identique, prononcée contre ses co-prévenus, dont la faute était pourtant moindre, la CPAR se ralliant sur ce point aux considérations émises par la CJCAS (cf. arrêt du 29 avril 2014 consid. 15 p. 18 ss), sans compter que la période pénale était plus courte pour l'un d'entre eux, qui avait démissionné de sa fonction d'administrateur près d'un an avant la faillite de la société, alors que l'autre avait démontré sa bonne volonté, en réglant un part importante des arriérés dus.

#### **E. 4**

L'appelant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'Etat (art. 428 CPP), ses prétentions en indemnisation devant, par ailleurs, être rejetées.

\* \* \* \* \*

- 11/12 - P/17166/2013

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