

# **GE\_GERICHTE AARP/541/2013 vom 8. November 2013**

GE Cour de justice, 2013-11-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AARP\\_541\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_541_2013)

FR: GE\_GERICHTE AARP/541/2013 du 8 novembre 2013

IT: GE\_GERICHTE AARP/541/2013 del 8 novembre 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Les appels sont recevables pour avoir été interjetés et motivés selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP).

La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à

- 10/17 - P/4126/2007 savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; les conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g).

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. 1.2**

X\_\_\_\_\_ requiert l'examen d'office de la recevabilité du mémoire d'appel de Y\_\_\_\_\_ reçu par le greffe de la Cour le 5 juillet 2013, alors qu'un délai au 3 juillet 2013 lui avait été imparti. La Chambre de céans constate que cette écriture lui a été envoyée par courrier recommandé du 3 juillet 2013, de sorte que le délai a été respecté.

### **E. 1.3**

S'agissant des réquisitions de preuve formulées par Y\_\_\_\_\_ dans son mémoire d'appel, la Chambre de céans relève d'une part que sa déclaration d'appel en était exempte et que la procédure écrite a par conséquent été ordonnée antérieurement à sa requête de comparution personnelle. D'autre part, les parties ne se sont aucunement opposées à ce choix et Y\_\_\_\_\_ n'a pas persisté dans sa requête dans le cadre de son mémoire de réponse du 22 août 2013. En ce qui concerne l'apport de la procédure A/849/2912 et de celle instruite contre X\_\_\_\_\_ suite à la plainte du 15 mars 2007, la Chambre de céans constate que ces informations figurent d'ores et déjà la procédure.

## **E. 2**

2.1.1 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 (ATF 117 IV 78, consid. 2a et 2d/dd p. 80 et 82s). 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 créancières un risque déraisonnable ou inutile dont un employeur avisé se serait abstenu (ATF 122 IV 270 consid. 2c p. 274ss).

- 11/17 - P/4126/2007 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). 2.1.2 La notion d'employeur vise également les organes statutaires ou légaux d'une personne morale employant des salariés (ATF 123 V 15 consid. 5b et les références). La notion d'organe ne coïncide pas en droit pénal avec celle du droit civil; elle est plus étendue et comprend toutes les personnes qui ont un pouvoir de décision propre dans le cadre des activités sociales, et cela même si elles doivent le partager avec d'autres (ATF 116 IV 26). Ainsi, par exemple, dans une société anonyme, il faut considérer comme organe de l'administration au sens de la disposition précitée non seulement les membres du conseil d'administration, mais aussi les personnes qui utilisent les membres de l'administration statutaire, les directeurs ou fondés de pouvoir comme des hommes de paille et dirigent effectivement la société (ATF 107 IV 175, 97 IV 10, 81 IV 278, 78 IV 30). Que les personnes exerçant effectivement le pouvoir dans la société doivent être considérées comme des organes de celle-ci ne signifie pas que les hommes de paille auxquels elles ont pu le cas échéant avoir recours échappent à toute condamnation. Selon le Tribunal fédéral, celui qui, en droit, assume des obligations doit en répondre et ne peut dégager sa responsabilité qu'en se démettant de ses fonctions. Il ne peut invoquer à sa décharge sa dépendance à l'égard d'autres responsables, fussent-ils ses employeurs. Il a en effet le choix entre le respect de ses obligations légales et celui des directives des personnes auxquelles il se considère comme soumis (ATF 96 IV 79 ; ATF 105 IV 106). Il serait faux toutefois d'en déduire que les membres du conseil d'administration encourrent une responsabilité pénale du seul fait de la fonction qu'ils exercent en vertu des statuts; ce qui compte avant tout, c'est la place qu'ils occupent en réalité dans l'entreprise. Il faut encore que tant les conditions objectives que subjectives de l'infraction soient réalisées (ATF 105 IV 117). Par "organe", il faut donc entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci. Dans le cas d'une société anonyme, il convient de se référer aux art. 754 al. 1 et 759 al. 2 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO ; RS 220), qui prescrivent que toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion, au sens de l'art. 756 CO, non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985).

- 12/17 - P/4126/2007 La responsabilité incombe ainsi non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 29 consid. 3a p. 30 et les références). Un organe de fait n'est ainsi appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité. Contrairement à un organe au sens formel, il n'a donc pas un devoir de surveillance (cura in custodiendo) à l'endroit de l'activité des autres organes, de fait ou de droit, de la société (ATF 114 V 223 consid. 4a).

### **E. 2.2**

En l'espèce, il est établi que B\_\_\_\_\_ SA ne comptait que deux employés. F\_\_\_\_\_ a expliqué que son salaire net lui était versé en espèces directement par X\_\_\_\_\_, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté. Cette déclaration est, en tout état, corroborée par les pièces versées à la procédure, notamment l'avis de débit de CHF 6'000.- datant d'août 2006 et portant le libellé "paiement salaire F\_\_\_\_\_", dont le montant correspond au salaire net de la précitée et pour lequel il n'existe aucune écriture comptable correspondante. Il est établi que les salaires des mois de janvier à septembre 2006 inclus avaient été versés à F\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ déduction faite des cotisations sociales, lesquelles n'avaient pas été reversées à la A\_\_\_\_\_, ce qui n'est également pas contesté. Les pièces produites permettent également de retenir que, durant cette période, B\_\_\_\_\_ SA avait continué son activité, sa faillite n'étant prononcée qu'en mars 2007 et les salaires ayant été versés jusqu'en septembre 2006 inclus en ce qui concerne X\_\_\_\_\_ et août 2006 s'agissant de F\_\_\_\_\_.

### **E. 2.3**

Les appelants s'opposent sur la question de savoir à qui incombait la responsabilité du paiement des cotisations sociales à l'intimée, Y\_\_\_\_\_ soutenant qu'il n'était qu'un administrateur de paille et X\_\_\_\_\_ faisant valoir qu'il n'était pas un organe de fait de la société, mais un simple employé. Reste ainsi à déterminer, pour que les éléments constitutifs de l'art. 87 a1. 3 LAVS soient réalisés, si les appelants revêtaient la qualité "d'employeur" au sens de cette disposition.

#### **E. 2.3.1**

Y\_\_\_\_\_ a été inscrit comme administrateur de la société, au registre du commerce, avec signature individuelle, depuis sa création jusqu'à la faillite. Il revêtait ainsi la qualité d'organe formel de la société, de sorte que sur le principe, sa responsabilité peut être engagée.

- 13/17 - P/4126/2007 Y\_\_\_\_\_ conteste toute responsabilité pénale au motif qu'il n'aurait été qu'un administrateur de paille et que l'infraction qui lui est reprochée n'est pas punissable par négligence. Cette argumentation ne lui est d'aucun secours dans la mesure où il lui appartenait de s'assurer personnellement que les cotisations sociales soient effectivement payées à la A\_\_\_\_\_, conformément aux prescriptions légales, qu'il ait uniquement agi comme homme de paille ou ait réellement rempli sa fonction d'administrateur. Il ressort certes des documents produits que X\_\_\_\_\_ procédait à de la rétention d'informations et ne fournissait pas les pièces comptables requises, mais Y\_\_\_\_\_

ne pouvait rester passif et ne peut se décharger de sa responsabilité en se retranchant derrière les agissements de X\_\_\_\_\_. Au demeurant, il ressort des propres déclarations de l'appelant, ainsi que de l'ensemble de la procédure, qu'il était beaucoup plus impliqué dans le fonctionnement de la société qu'il ne le prétend. Il se rendait régulièrement dans les locaux de B\_\_\_\_\_ SA, a admis être soucieux de son bon fonctionnement et avoir pris les mesures nécessaires pour déposer le bilan. Il lui appartenait ainsi également de veiller à ce que les cotisations sociales prélevées sur les salaires des employés soient dûment versées à l'intimée. Certes, Y\_\_\_\_\_ avait menacé de démissionner de son mandat s'il ne recevait pas toutes les informations de X\_\_\_\_\_. Il n'a cependant rien fait et a continué à exercer ses fonctions.

### **E. 2.3.2**

Il ressort du dossier, des déclarations des parties, ainsi que des témoignages, notamment celui de D\_\_\_\_\_, que X\_\_\_\_\_ s'occupait des tâches administratives et que son rôle ne se limitait pas à l'acquisition de la clientèle et à la surveillance des chantiers comme il le prétend. Il dirigeait la société et prenait les décisions afférentes à un tel poste. Il est par ailleurs notable, au vu des pièces produites, qu'il avait tout pouvoir sur la comptabilité de la société, puisque E\_\_\_\_\_ avait démissionné au motif qu'elle ne possédait pas les pièces lui permettant de remplir son mandat et que Y\_\_\_\_\_ avait menacé, en novembre 2006, d'en faire de même si X\_\_\_\_\_ continuait à lui cacher la situation financière de la société. Il ressort en outre du courrier adressé par la H\_\_\_\_\_ à Y\_\_\_\_\_ en mars 2007, que X\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_ disposaient des pouvoirs d'exploitation du système Netbanking, et il est établi que X\_\_\_\_\_ procédait aux paiements de la société par ce biais. Les déclarations de G\_\_\_\_\_ et les pièces produites démontrent que ce dernier n'exerçait aucun contrôle sur la gestion de la société, en particulier sur les montants retirés par X\_\_\_\_\_ du compte courant 1\_\_\_\_\_ et se contentait de signer les reçus qui lui étaient présentés.

- 14/17 - P/4126/2007 X\_\_\_\_\_ disposait au surplus de la signature individuelle sur le compte courant 2\_\_\_\_\_, exclusivement alimenté par des versements provenant du compte courant 1\_\_\_\_\_, et dont il a admis qu'il servait au fonctionnement de la société. A cet égard, il ressort des documents produits que X\_\_\_\_\_ procédait à des virements sur le compte 2\_\_\_\_\_ sous le libellé "paiement de salaire", ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas. Il possédait en outre le pouvoir d'accorder des avances sur salaires. Il est ainsi établi que X\_\_\_\_\_ dirigeait la société. Il ne pouvait assumer ses fonctions sans disposer du pouvoir décisionnel y afférent, d'autant qu'il s'agissait d'une petite structure et qu'il bénéficiait des signatures pour ce faire. Il a d'ailleurs lui-même admis qu'il procédait aux paiements des frais généraux de la société, y compris des salaires, avant de transmettre les documents à la fiduciaire. Il revêtait ainsi la qualité d'organe de fait de par sa position centrale au sein de la société et il importe dès lors peu de déterminer s'il en était véritablement l'actionnaire, comme l'atteste le procès-verbal de l'assemblée extraordinaire des actionnaires de B\_\_\_\_\_ SA du 29 novembre 2006, dont X\_\_\_\_\_ soutient qu'il serait faux.

### **E. 2.3.3**

En tant qu'employeurs, les appelants étaient responsables de la bonne marche des affaires de la société. A ce titre, ils devaient réagir immédiatement aux sommations de la A\_\_\_\_\_, ce qu'ils n'ont pas fait, continuant à verser des salaires et déduire les charges y afférentes, sans s'acquitter des cotisations sociales. Ils étaient en outre, tous deux, conscients de la situation, X\_\_\_\_\_ étant responsable du paiement des salaires et des frais généraux de la

société et Y\_\_\_\_\_ étant au fait des difficultés de celle-ci et de ce que X\_\_\_\_\_ lui dissimulait des informations comptables importantes. Ce faisant, les appelants ont intentionnellement engagé leur responsabilité au regard de l'art. 87 al. 3 LAVS. C'est ainsi à juste titre que le Tribunal de police a reconnu X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ coupables d'infraction à l'art. 87 al. 3 LAVS. Le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

### **E. 3**

Les appelants n'ont pas pris de conclusions subsidiaires sur la peine à laquelle ils ont été condamnés, concluant uniquement à leur acquittement, mais remettant ainsi implicitement celle-ci en cause. Le prononcé d'une peine pécuniaire consacre une application adéquate des art. 40 et suivants CP.

- 15/17 - P/4126/2007 La quotité de celle-ci, soit 30 jours-amende chacun, a été fixée en tenant compte des critères de l'art. 47 CP et est également adéquate. En ce qui concerne le montant du jour-amende, le premier juge a tenu compte, à juste titre, de la situation financière des deux appelants, Y\_\_\_\_\_, à teneur du dossier, se trouvant dans une situation financière plus précaire que celle de X\_\_\_\_\_. Le jugement entrepris sera par conséquent également confirmé sur ce point. Les sursis qui leur ont été accordés, dont les conditions sont réalisées, ainsi que les délais d'épreuve fixés, leur sont acquis (art. 391 al. 2 CPP).

### **E. 4**

Les appelants, qui succombent, supporteront chacun la moitié des frais de la procédure d'appel, comprenant dans leur totalité un émolument de CHF 2'000.- (art. 428 CPP et art. 14 al. 1 let. e du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale ; E 4 10.03). \* \* \* \* \*

- 16/17 - P/4126/2007

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