

# **NE\_GERICHTE CCP.2004.82 vom 26. November 2004**

NE Tribunal cantonal, 2004-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CCP.2004.82](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CCP.2004.82)

FR: NE\_GERICHTE CCP.2004.82 du 26 novembre 2004

IT: NE\_GERICHTE CCP.2004.82 del 26 novembre 2004

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les formes et délai légaux (art.244 CPP), le pourvoi est recevable.

### **E. 2**

a) Selon l'article 87 al.3 LAVS, celui qui, en sa qualité d'employeur, aura déduit des cotisations du salaire d'un employé ou ouvrier et les aura détournées de leur destination sera puni, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus élevée par le CPS, de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de 20'000.- francs au plus, les deux peines pouvant être cumulées. Cinq conditions doivent être remplies pour que l'infraction de l'article 87 al.3 LAVS soit réalisée ( Glanzmann-Tarnutzer Lucrezia, Die Zweckentfremdung von Arbeitnehmerbeiträgen in der Sozialversicherung, in: AJP/PJA 2003 909 ss et les références citées): il faut premièrement que la procédure de sommation prévue par le RAVS (art.34 ss) ait été régulièrement observée. Deuxièmement, une déduction effective des cotisations de l'employé doit avoir été opérée. Alors que l'ancienne jurisprudence (ATF 107 IV 205; ATF 80 IV 184) considérait que l'article 87 al.3 LAVS sanctionnait l'omission d'une obligation de payer dans le délai de sommation, la nouvelle jurisprudence fédérale exige en effet que l'employeur utilise les cotisations déduites ou le substrat équivalent à d'autres fins. L'article 87 al.3 LAVS ne s'applique par conséquent pas lorsque l'employeur, au moment du paiement du salaire, ne dispose pas des moyens ou d'un substrat équivalent nécessaires pour acquitter les cotisations des employés (ATF 117 IV 78 = JdT 1994 IV 10, 12, cons.2 d aa). L'infraction de l'article 87 al.3 LAVS suppose troisièmement que l'employeur ne paie pas les cotisations dues à l'échéance de l'ultime délai. Il faut quatrièmement que l'employeur viole son obligation de conserver un substrat équivalent aux cotisations de l'employé qui ont été déduites de son salaire. Il n'y a en effet détournement que lorsque l'employeur utilise à d'autres fins les cotisations déduites ou leur équivalent. Comme il est loisible à l'employeur d'utiliser économiquement ce substrat, il n'y a pas détournement quand on peut considérer que l'employeur disposera des crédits nécessaires au moment déterminant. Enfin, l'infraction de l'article 87 al.3 LAVS nécessite comme cinquième condition que soit réalisé l'élément constitutif subjectif de l'intention, qui doit porter sur tous les éléments objectifs de l'infraction. Dans son arrêt de 1991, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir si "l'obligation de garder de quoi s'acquitter auprès de la caisse ne passe pas après le devoir, en cas de nécessité, de tout faire pour sauver l'entreprise" (ATF 117 IV 78 = JdT 1994 IV 10, 14, cons.2 e in fine). Il a cependant admis, dans ce même arrêt, l'application de l'article 87 al.3 LAVS dans un cas où les moyens à disposition du prévenu ont été utilisés pour désintéresser en priorité les créanciers dont dépend l'existence de l'entreprise (ATF 117 IV 78 = JdT 1994 IV 10, 14, cons.2 e). Un arrêt récent du Tribunal fédéral des assurances, relatif à l'article 52 LAVS, confirme que celui qui ne peut, sérieusement et objectivement, penser qu'il pourra

s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable ne saurait invoquer avec succès l'état de nécessité dans lequel se trouve son entreprise (arrêt du Tribunal fédéral des assurances non publié du 22 décembre 2003 dans la cause D. et S., réf. H 259/03, cons.7). La Cour de céans interprète également strictement la jurisprudence du Tribunal fédéral. Elle a eu l'occasion de préciser que "la nouvelle jurisprudence (ATF 117 IV 78) ne saurait signifier qu'en cas de difficultés de liquidités, dues à certaines options – la société débitrice choisissant de parer au plus pressé, voire de donner suite aux réclamations des créanciers les plus incisifs – la société serait en droit de choisir librement les dettes dont elle veut s'acquitter. Il ne paraît pas douteux que dans un tel cas le paiement des cotisations AVS, et tout particulièrement des cotisations salariales, ne saurait être négligé au profit d'autres versements. Comme c'est le cas dans d'autres délits par omission, il appartient au débiteur de régler avec une certaine priorité les dettes constitutives d'infractions pénales" (RJN 1993 128, 131, cons.3 b). La Cour de cassation pénale a confirmé sa propre jurisprudence dans plusieurs arrêts ultérieurs (RJN 1997 163; arrêt de la Cour de cassation pénale neuchâteloise non publié du 11 mai 2000 dans la cause Q., réf. CCP.1998.6696; arrêt de la Cour de cassation pénale neuchâteloise non publié du 27 octobre 2004 dans la cause C., réf. CCP.2003.144). Dans un arrêt récent, elle a précisé: "Il convient, en d'autres termes, de distinguer l'employeur qui traverse une crise de trésorerie passagère, sans que le paiement des cotisations d'assurances sociales ne soit à moyen terme mis en péril et 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. Sur la base des faits constatés par le Tribunal correctionnel, celui-ci devait retenir la culpabilité de H., au sens de la jurisprudence précitée. En effet, ce dernier a poursuivi durant plusieurs années l'activité d'une société surendettée et, sous la pression sans doute inévitable de certains créanciers, le maintien de cette exploitation le conduisait immanquablement à prêter les institutions d'assurances sociales, de façon systématique. Or c'est précisément ce que veut éviter l'article 87 al.3 LAVS" (arrêt de la Cour de cassation pénale neuchâteloise non publié du 6 septembre 2002 dans la cause C., réf. CCP.2001.24, p.7, cons.2). La Cour de cassation pénale suivait de la sorte l'opinion du Tribunal pénal économique, lequel relevait que, en toute hypothèse, "celui qui, pendant de nombreux mois, choisit de payer les salaires et les fournisseurs, avec des moyens justes suffisants, mais non les cotisations salariales" ne pouvait pas être mis au bénéfice de la circonstance éventuellement excusable d'avoir porté atteinte à la substance des prélèvements salariaux pour maintenir l'entreprise en vie dans une situation de nécessité (jugement du Tribunal pénal économique neuchâtelois non publié du 26 septembre 2001 dans la cause S., TPE.2001.2, p.11, cons.7). Un jugement récent du Tribunal pénal économique réaffirme cette interprétation stricte de la jurisprudence fédérale en délimitant clairement les comportements punissables au sens de l'article 87 al.3 LAVS: "N'est pas coupable d'une telle infraction, conformément aux principes généraux du droit pénal, l'employeur qui ne dispose véritablement pas d'autres disponibilités que celles nécessaires au paiement des salaires nets (c'est manifestement l'hypothèse d'une entreprise aux abois, immédiatement avant sa faillite ou sa fermeture). N'est peut-être pas coupable non plus celui qui privilégie le paiement des salaires nets, dans une situation de crise qu'il peut raisonnablement tenir pour passagère (c'est l'hypothèse du cas de nécessité laissée ouverte par le Tribunal fédéral). En revanche, l'employeur qui, de manière régulière, voire systématique paie d'autres dettes (fussent-elles importantes pour l'entreprise) mais non les cotisations déduites du salaire des employés réalise objectivement les infractions en cause" (jugement du Tribunal pénal

économique neuchâtelois du 9 novembre 2004 dans la cause B., TPE.2004.1, p.21, cons.3). La doctrine clairsemée qui s'est prononcée à ce sujet confirme l'opportunité d'une interprétation stricte de la jurisprudence fédérale. Lucrezia Glanzmann - Tarnutzer, dans son analyse de l'ATF 122 IV 271, cite comme premier exemple d'une attitude contraire à ce principe les employeurs qui "pour maintenir leur entreprise, consacrent les retenues salariales au paiement d'autres créanciers", sans disposer des moyens nécessaires (liquidités ou crédits) au paiement des cotisations dues (Glanzmann-Tarnutzer Lucrezia, op.cit., p.913). Laurent Moreillon et André Kuhn n'admettent l'invocation d'un fait justificatif au non paiement des cotisations salariales qu'à la condition stricte qu'il apparaisse clairement que le détournement des cotisations n'est que provisoire et que l'impossibilité de s'exécuter n'est que passagère (Moreillon / Kuhn, *Détournement de cotisations sociales et faits justificatifs de l'employeur*, in: *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne 2001, p.187, 195).

b) En l'espèce, le Tribunal de police, qui n'a vérifié la réalisation que de deux des cinq conditions mentionnées ci-dessus sous la lettre a, a conclu à l'acquittement du prévenu. S'agissant de la première condition examinée, soit le point de savoir si le prévenu disposait, au moment du paiement des salaires, des moyens ou d'un substrat équivalent aux cotisations dues, le Tribunal de police a répondu par l'affirmative. E.S. a en effet été en mesure de s'acquitter du loyer et des fournitures nécessaires à l'exploitation de son établissement au moins jusqu'au moment où il est tombé en faillite. S'agissant ensuite de l'obligation faite à l'employeur de conserver ce qu'il a déduit ou l'équivalent, le Tribunal de police a considéré qu'elle n'a pas été violée en l'espèce. Le jugement de première instance a en effet résolu la question laissée ouverte dans la jurisprudence fédérale de savoir si "l'obligation de garder de quoi s'acquitter auprès de la caisse ne passe pas après le devoir, en cas de nécessité, de tout faire pour sauver l'entreprise" (ATF 117 IV 78 = JdT 1994 IV 10, 14, cons.2 e in fine) en ce sens que "celui qui utilise les moyens existants pour sauver l'entreprise ne commet pas le délit de l'article 87 al.3 LAVS, à la condition cependant que les moyens à disposition provenant de l'exploitation de l'entreprise ne soient utilisés qu'en vue du maintien de celle-ci" (jugement, p.4, D.219). En l'espèce, E.S. n'a payé que les dettes nécessaires au maintien de son exploitation, parce qu'il pensait, nonobstant son état dépressif, qu'il pourrait éviter la faillite. Le Tribunal de police en conclut qu'il n'a pas agi dans un but illicite, mais par négligence, et que sa mauvaise gestion de l'entreprise n'est pas punissable par l'article 87 al.3 LAVS (jugement, p.3s., D.219s.). Force est de constater que le juge de première instance, en interprétant la jurisprudence fédérale comme il l'a fait, s'est écarté de la voie jurisprudentielle pourtant claire dégagée par les autorités judiciaires neuchâteloises en la matière.

c) En effet, GASTROSUISSE a adressé à E.S. de nombreux rappels pour le paiement des quatre acomptes trimestriels de 2001, et notamment en date des 31 mai, 3 août et 1<sup>er</sup> novembre 2001, ainsi que le 7 février 2002 (cf. annexes à la plainte de GASTROSUISSE du 24 juillet 2002, D. 79ss). E.S. lui-même a cependant reconnu que sa situation a commencé à se détériorer fin 1998 déjà, pour devenir catastrophique après le départ de son épouse le 1<sup>er</sup> juin 1999 (recte: 1<sup>er</sup> juin 2000, cf. point A ci-dessus) (D. 32). C.S. a confirmé que la gestion du pub était totalement négligée en 1999 déjà et que les manquements de son époux ont provoqué la fermeture de l'établissement (D. 34). Leur ancien associé N. a rapidement quitté la société en nom collectif qui gérait le pub car il "sentait venir" (D. 38s.). La situation de E.S. était obérée au point que le 15 septembre 2001, il a dû emprunter de l'argent à son père pour couvrir des arriérés concernant le pub (D. 73). Dans ces circonstances, et au vu des éléments du dossier, il paraît évident que E.S. a poursuivi durant de nombreux mois une exploitation qu'il savait

déficitaire, sans prendre aucune mesure d'assainissement et en décidant délibérément de ne plus s'acquitter de certaines factures, en sachant pertinemment, au vu de sa situation financière et de l'arriéré accumulé, qu'il ne serait jamais en mesure de les payer ultérieurement. C'est donc vainement qu'il argue avoir détourné les montants réclamés par la caisse de compensation dans l'unique but de maintenir en sursis son exploitation. En outre, et au vu de l'état de fait présenté ci-dessus, il est manifeste que le comportement de E.S. ne relève pas de la négligence au sens de l'article 18 CP et que l'élément subjectif de l'infraction est réalisé. Il convient à cet égard de préciser qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur ait eu conscience du caractère illicite ou punissable de son acte (RJN 1993 129, 131, cons.3 a). A mesure que le juge de première instance a nié l'application de l'article 87 al.3 LAVS au cas d'espèce pour une question de principe résolue de manière incorrecte, le jugement entrepris doit être cassé. Pour le surplus, le dossier ne permet pas d'établir que les autres éléments constitutifs de l'infraction sont remplis. A cet égard, l'intimé pourra reprendre une argumentation, apparemment nouvelle par rapport aux faits du jugement et développée dans ses observations, qui consiste à dire qu'il n'avait plus d'employés pendant la période concernée. La cause doit par conséquent être renvoyée au tribunal de première instance pour nouveau jugement.

### **E. 3**

Le pourvoi est donc bien fondé. Le jugement entrepris doit être cassé en tant qu'il acquitte le prévenu de la prévention d'infraction à l'article 87 al.3 LAVS et la cause renvoyée au Tribunal de police du district du Val-de-Ruz pour nouveau jugement au sens des considérants.

### **E. 4**

Au vu de ce qui précède, les frais de la présente instance seront laissés à la charge de l'Etat (art.254 al.2, art.89 al.1 a contrario CPP).

### **E. 26**

novembre 2004

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