

NE_GERICHTE CCP.2011.1 vom 15. November 2011

NE Tribunal cantonal, 2011-11-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CCP.2011.1

FR: NE_GERICHTE CCP.2011.1 du 15 novembre 2011

IT: NE_GERICHTE CCP.2011.1 del 15 novembre 2011

Erwägungen

E. 1

a) Selon l'article 453 al. 1 du code de procédure pénale suisse, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, les recours formés contre les décisions rendues avant son entrée en vigueur sont traités selon l'ancien droit par les autorités compétentes sous l'empire de ce droit. Les recours, déposés les 17 et 22 décembre 2010 contre une décision du 12 novembre 2010, sont donc de la compétence de la Cour de cassation pénale (art. 85 OJN) et soumis au code de procédure pénale neuchâtelois.

E. 2

ss à l'art. 49CPPNet les références citées ; RJN 2005, p. 167).

b) Le 15 février 2008, Y., au bénéfice de deux actes de défaut de biens après faillite, l'un contre la société T. SA, l'autre contre X., s'est, après avoir obtenu la cession des droits de la masse le 12 décembre 2006, adressé au juge d'instruction pour manifester son intention d'intervenir dans le procès pénal, soit se constituer partie plaignante.

Peu avant les débats devant le tribunal de police, X. s'est opposé le 13 octobre 2010 à l'intervention de Y. dans la procédure pénale. Il maintient cette position dans son pourvoi en cassation au motif que ce dernier n'aurait pas indiqué quelles dispositions légales il visait à son encontre ni en vertu de quel titre il se constituait plaignant.

S'il incombe au plaignant de désigner les faits qu'il entend voir poursuivre, leur qualification juridique appartient aux autorités pénales (Favre, Pellet et Stoudmann, code pénal annoté, n. 1.11 ad. art. 30 CP et les références). Il ressort clairement de l'écrit de Y. qu'il entendait intervenir dans le procès pénal étant donné qu'il était au bénéfice de deux actes de défaut de biens et avait obtenu la cession des droits de la masse. Il intervenait dès lors manifestement en qualité de « personne lésée » par la cession des actifs de la société T. SA à la société S. SA. Le recourant persiste par ailleurs à penser que la créance de Y. procède d'un taux usuraire, ce qui lui enlèverait toute possibilité de porter plainte. Comme l'a justement relevé le jugement entrepris, l'article 165 ch. 2 al. 3 CP, selon lequel le créancier qui aura entraîné le débiteur à contracter des dettes à la légère, à faire des dépenses exagérées, à se livrer à des spéculations hasardées, ou qu'il aura exploité usurairement n'aura pas le droit de porter plainte, est applicable au seul débiteur soumis à la poursuite par voie de saisie (Feuille fédérale 1991, p. 1'037).

C'est dès lors en vain que X. s'oppose à la qualité de partie plaignante de Y., ce dernier étant au bénéfice de deux actes de défaut de biens après faillite.

c) Le recours de ce dernier, interjeté dans les formes et délai légaux, est dès lors recevable. Il en est de même de celui déposé par X..

3. Liée par les constatations de fait du premier juge, la Cour de céans, à l'instar du Tribunal fédéral, examine seulement si le premier juge a, en matière d'appréciation des preuves, outrepassé son pouvoir et établi les faits de manière arbitraire (ATF127 I 38, cons. 2 a ; 124 IV 86, cons. 2 ; 120 la 31p. 37-38). On ne peut parler d'arbitraire que si la juridiction inférieure a admis ou nié un fait en se mettant en contradiction évidente avec le dossier (ATF118 la 28p. 30, cons. 1b), ou si elle a abusé de son pouvoir d'appréciation, en particulier si elle a méconnu des preuves pertinentes ou qu'elle n'en a arbitrairement pas tenu compte (ATF100 la 119p. 127), lorsque les constatations sont manifestement contraires à la situation de fait, reposent sur une inadvertance manifeste, ou heurtent gravement le sentiment de la justice, enfin lorsque l'appréciation des preuves est tout à fait insoutenable (ATF134 I 140, cons. 5.4 ; 129 I 8, cons. 2.1 ; 128 I 81, cons. 2 ; 128 I 177, cons. 2.1 ; 128 I 273, cons. 2.1 ; 128 II 259, cons. 5 ; 125 II 134 ; 123 I 1 ; 121 I 113 ; 120 la 31 ; 118 la 28 et références). En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision soient insoutenables, il faut encore que celle-ci soit arbitraire dans son résultat. A cet égard, il ne suffit pas non plus qu'une solution différente de celle retenue par l'autorité de première instance apparaisse également concevable ou même préférable (ATF133 I 149, cons. 3.1 ; ATF132 I 13, cons. 5.1 ; ATF131 I 57, cons. 2 ; 128 II 259, cons. 5 ; 124 IV 86, cons. 2a ; cf. également ATF1P. 106/2006 du 26 avril 2006, ATF1P. 87/2007 du 12 juin 2007 et ATF6B_681/2007 du 25 janvier 2008).

Du recours de X.

4.a) Selon l'article 167 CP, le débiteur qui, alors qu'il se savait insolvable et dans le dessein de favoriser certains de ses créanciers au détriment des autres, aura fait des actes tendant à ce but, notamment aura payé des dettes non échues, aura payé une dette échue autrement qu'en numéraire ou en valeur usuelle, aura, de ses propres moyens, donné des sûretés pour une dette alors qu'il n'y était pas obligé, 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 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire. L'infraction consiste en une atteinte portée au principe de l'égalité entre les créanciers. La clause générale et les exemples figurant à l'article 167 CP doivent être interprétés à la lumière des articles 287 et 288 LP visant l'action révocatoire ensuite d'insolvabilité ou de dol (Favre, Pellet et Stoudmann, op. cit., n. 1.1 ad. art. 167 CP ; Corboz, Les infractions en droit suisse 2002, p. 500, no 4, tome I, 2002).

Subjectivement, l'auteur doit avoir réalisé avec conscience et volonté, ou par dol éventuel, tous les éléments matériels de l'infraction. L'article 167 CP n'exige cependant pas qu'il ait réellement avantagé certains créanciers au détriment des autres mais simplement qu'il en ait eu l'intention. Il n'est au demeurant pas nécessaire que le fait de favoriser un créancier aux dépens des autres soit également le mobile de son acte ; il suffit qu'il ait cherché intentionnellement à atteindre un résultat dont il savait qu'il aurait pour effet de profiter à un des créanciers au préjudice des autres. Son intention peut enfin n'être qu'éventuelle. L'infraction est subjectivement réalisée lorsque, sans être certain que son acte aura pour effet d'avantager un créancier aux dépens des autres, l'auteur tient ce résultat pour possible et l'accepte pour le cas où il devrait se produire (RJN 1986, p. 91 et les références citées ; Corboz, op. cit., p. 500).

5.a) Le jugement entrepris retient que X., en versant des loyers arriérés à la société A. SA par 65'300.50 francs le 14 octobre 2004 a avantagé ce créancier au sens de l'article 167 CP. Il relève de plus qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de l'existence d'un droit de

rétenition puisque le témoin U. a évalué les objets inventoriés à 10'000 francs, lors de son audition par le tribunal.

Peut demeurer indéciise la question de savoir si le tribunal a constaté les faits de manière arbitraire en se basant sur l'évaluation faite par le témoin plutôt que sur l'inventaire établi de manière officielle par l'office des faillites le 11 octobre 2010. En effet, la valeur réelle des biens n'est en l'occurrence pas pertinente. Il y a bien plutôt lieu de déterminer si, au moment où il a payé sa créancière en octobre 2004, X. avait l'intention d'avantager cette créancière au détriment des autres créanciers soit s'il a tenu ce résultat pour possible.

Déterminer ce qu'une personne a su, voulu, envisagé ou accepté relève de l'établissement des faits. Le tribunal de police ne s'est pas déterminé à cet égard si bien qu'il y ait lieu d'annuler le jugement entrepris et de lui renvoyer la cause.

Il y a lieu de relever à cet égard que l'estimation faite à l'office des poursuites est établie par une autorité compétente dans l'optique d'une réalisation des biens et crée dès lors à tout le moins une présomption quant à la bonne foi de celui qui se fonde sur cette estimation (arrêt du TF du 15.09.2003 [5C.261/2002] cons. 3.3.2). Il n'est dès lors pas exclu que l'on puisse considérer que X. pouvait se fier au dit inventaire et penser, vu l'exercice du droit de rétenition, que, malgré que les poursuites en réalisation de gage pendantes à l'ouverture de la faillite s'éteignent, le créancier gagiste garde le droit d'être désintéressé en priorité sur le produit de la réalisation du gage (art. 219 LP, ATF116 III 23 cons. 2, JT 1992 II 83).

b) Le recourant conteste avoir avantagé la créancière la société P. SA.

Le premier juge s'est basé sur le rapport de l'analyste financier qui lui, s'est basé sur la comptabilité de la société T. SA et sur une lettre d'accompagnement au bilan. Or il résulte de la comptabilité que le poste à l'actif « march.-appar.-outillages » a été réduit de 80'613.45 francs le 21 septembre 2005 et qu'il en est de même du poste « fournisseur » au passif. Quant à la lettre d'accompagnement précitée, elle mentionne :

« Concernant les moules chez la société P. SA, cet (sic) entreprise accepte d'effacer la dette de la société T. SA de 80'613.85 francs contre accord d'amortissement du 21.09.2005 avec la société S. SA. Ils ont été portés en déduction de l'actif machines, appareils et outillages ».

Le recourant ne démontre pas en quoi le juge aurait commis arbitraire dans la constatation des faits en considérant cette opération comptable comme révélatrice de la réalité. Il résulte par ailleurs bien de la remarque précitée que les moules ont été portés en déduction de l'actif de la société. De plus, X. a expliqué lors de l'audience devant le tribunal de police.

« qu'il y avait une facture ouverte de 85'000 francs à l'époque pour la confection de moules. Il s'agit en fait de moules qui, à la demande de la société T. SA, étaient fabriqués par la société P. SA. Ces moules étaient conservés par cette dernière société qui, avec ses moules, fabriquait les produits ensuite distribués sur le marché par la société T. SA. La société P. SA est demeuré le principal fournisseur de la société S. SA, cela pour environ 200'000 francs de factures par année. L'idée a ainsi été que la société P. SA demeure le fournisseur de la société S. SA, conserve les moules d'ores et déjà confectionnés, et admette que sa facture de 85'000 francs soit amortie peu à peu. Aujourd'hui, cette facture est totalement payée. La société S. SA a de la sorte payé à la fois les factures courantes et un montant pour cet arriéré ».

Il résulte de ce qui précède que c'est avec raison que le premier juge a considéré que la société P. SA a été favorisée puisque sa créance a été, de l'aveu même du recourant, honorée par des versements successifs. N. n'a pas produit la créance de la société P. SA dans la faillite de la société T. SA, comme le mentionne la société P. SA dans son courrier du 26 octobre 2010 à X. Cela ne signifie pas encore qu'elle a renoncé à sa créance sans aucune contrepartie, comme le prétend le recourant. Il ressort bien plutôt des déclarations de ce dernier que la facture de la société P. SA a été totalement payée. Enfin, le fait que l'analyste financier évoque la possibilité de nullité ou d'annulabilité de la compensation en application des articles 213 et 214 LP, n'exclut pas que les éléments constitutifs de l'article 167 CP soient réunis. Il y a lieu de rappeler ici que cet article est applicable lorsque le débiteur a manifesté l'intention d'avantager un créancier mais qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit parvenu à ses fins (ATF74 IV 40cons. 2,75 IV 106cons. 2). Par analogie, on peut citer la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'article 167 CP est applicable même si l'action révocatoire de la LP a supprimé le dommage (ATF93 IV 16cons. 1b).

6. Le recours de X. doit dès lors être partiellement admis et la cause renvoyée au premier juge pour instruction complémentaire puis nouveau jugement.

Du recours de Y.

7.a) Selon l'article 165 CP, le débiteur qui, de manières autres que celles visées à l'article 164, 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 (ch.1). La faute de gestion peut consister en une action ou en une omission, cette dernière ne pouvant être reprochée que s'il existait un devoir juridique d'agir. L'article 165 ch.1 CP ne décrit pas, de manière précise et exhaustive, en quoi consiste la faute de gestion. Selon le message du Conseil fédéral, la norme ne vise pas un comportement en soi illégal, mais plutôt une gestion, en principe autorisée, que l'auteur exerce d'une façon telle qu'il cause ou aggrave sa situation alors qu'il se sait insolvable (FF 1991 II 1033). On ne peut souvent pas dire qu'un comportement de gestion (actif ou passif) est d'emblée et par nature prohibé; il faut examiner dans quel contexte il intervient pour apprécier s'il constitue une faute de gestion. C'est d'abord en fonction des dispositions spécifiques qui définissent les devoirs de l'auteur qu'il faut déterminer si celui-ci a usé des précautions commandées par les circonstances et sa situation personnelle. Dans la gestion d'une société anonyme par exemple, on doit examiner si l'accusé a violé un devoir prévu par le Code des obligations compte tenu du rôle dévolu à chaque organe. L'imprécision législative en cette matière, qui laisse un large pouvoir d'appréciation au juge, a été critiquée par la doctrine. Les exemples cités par la loi aident cependant à cerner la notion et montrent que les fautes de gestion doivent revêtir une certaine gravité. Il s'agit en définitive de porter un jugement sur le comportement adopté, en fonction des circonstances concrètes, pour dire si l'auteur a fait preuve ou non d'un manque de sens des responsabilités. Il ne faut pas réprimer n'importe quel choix inadéquat ou n'importe quelle appréciation malencontreuse, mais seulement un comportement qui dénote indiscutablement une légèreté blâmable (Corboz, op. cit., N.15 ss

ad art.165 CP et les références citées).

b) Selon la doctrine majoritaire (Pozo, Droit pénal, Partie spéciale, 2009, n. 1'807, p. 531 ; Corboz, op. cit. n. 14 ad art. 165 CP) et le Tribunal fédéral (ATF127 IV 110, 116 IV 26p. 29), l'organe de révision fait partie intégrante des organes de la société et peut être condamné en application de l'article 165 CP. Tel est le cas lorsqu'il viole l'article 729b al. 2 CO selon lequel, en cas de surendettement manifeste, l'organe de révision avise le juge si le Conseil d'administration omet de le faire. Cet article a pour but d'éviter que l'ouverture de la faillite soit retardée et de protéger les créanciers actuels ou futurs d'une augmentation de leur perte ainsi que de sauvegarder les intérêts collectifs en s'opposant à ce que les personnes morales surendettées restent dans le circuit économique. En cas de controverse entre le Conseil d'administration et l'organe de révision sur la présence d'un surendettement, l'organe de révision n'est pas habilité à aviser le juge tant que cette divergence se situe dans les limites d'une marge normale d'appréciation. Il ne doit le faire que si le surendettement est manifeste et si le Conseil d'administration reste inactif. Un surendettement est manifeste au sens de l'article 729b al. 2 CO lorsqu'il n'est plus douteux que l'actif ne peut couvrir les engagements et qu'aucune postposition suffisante n'est accordée. Il en va de même lorsque le surendettement apparaît de manière évidente à toute personne capable de discernement ou encore lorsque son déni déborderait les limites d'une marge normale d'appréciation (ATF127 IV 110p. 113 cons. 5a et les références citées). L'on ne saurait toutefois exiger des réviseurs qu'ils procèdent à des investigations en cours d'exercice (ATF116 IV 26) même si la société s'achemine vers une situation d'insolvabilité. Si le bilan montre un surendettement sans que celui-ci soit manifeste, l'organe de révision n'est pas tenu d'exercer un contrôle continu sur la comptabilité afin de ne pas manquer le jour où le surendettement devient manifeste (ATF127 IV 110p. 114 cons. 5a).

8. Il y a lieu d'examiner, au regard des faits retenus par le jugement entrepris, si le comportement de L. constitue une grave négligence dans la profession de réviseur et se situe dans un rapport de causalité adéquate avec l'aggravation de l'insolvabilité de la société.

Le jugement retient qu'il ressort des constatations de l'analyste financier que la société connaissait un surendettement manifeste à partir de la clôture de l'exercice 1998 pour un montant estimé à plus de 400'000 francs, que dès 1998 l'organe de révision a émis une réserve concernant la réalisation du poste de l'actif « recherche et développement », qu'il était prévu que ledit actif de la société T. SA (CHF 770'000.00) dont les difficultés de réalisation ont été soulignées par l'organe de révision, soit repris par la société C. SA, que dès le moment où cette société a fait faillite une reprise n'entrait plus en ligne de compte, que toute la difficulté liée à la réalisation de cet actif était dès lors reportée sur la société T. SA, elle-même déjà en difficultés financières, que pour être inscrites à l'actif « les dépenses liées à la recherche et au développement doivent donner lieu de façon probable à des avantages futurs et pouvoir être mesurés de façon fiable » et qu'une telle valeur incorporelle doit être amortie, la prudence dictant de tenir compte des incertitudes économiques. Il a retenu également que dans la cas présent la surévaluation de ce poste saute aux yeux, qu'il n'a pas été possible de retrouver de justificatifs probants en lien avec des dépenses concrètes, que le montant à l'actif est trop important si on le compare aux fonds propres du bilan de l'ordre de 50'000 francs, qu'il n'y jamais eu d'amortissements et qu'il est contraire à toutes les règles de prudence en matière

comptable d'estimer à cette hauteur, au titre de la recherche et développement, le produit F.. Le tribunal ajoute que L. a d'ailleurs lui-même indiqué que tout le problème de la société était lié à ce poste là qui représentait à lui seul le 55 % de l'actif de la société.

Il résulte de ces éléments, soit notamment des rapports établis par l'organe de révision dont le mandat s'est étendu du 17 avril 1998 au jour de la faillite, que L. a eu connaissance des graves problèmes économiques liés à la réalisation de l'actif immatériel « recherche et développement » puisqu'il a régulièrement émis des réserves y relatives. Si la surévaluation de ce poste « saute aux yeux » comme l'a relevé le premier juge en se basant sur le rapport de l'analyste financier, elle devait aussi sauter aux yeux de L. qui a d'ailleurs admis dans son interrogatoire que ledit poste était problématique et n'a pas été réalisé comme prévu, que la situation financière de la société a toujours été mauvaise, et que ce poste aurait dû être réalisé en tous les cas dans les années 2002 à 2005. Si le premier jugement retient, d'ailleurs à juste titre, que X. aurait dû déduire des circonstances un surendettement et aviser le juge, la Cour de cassation estime que tel était également le cas de L., professionnel expérimenté, qui était l'organe de révision tant de la société T. SA que de la société C. SA puis de la société S. SA et avait ainsi une vue d'ensemble des sociétés de X.. A tout le moins dès 2002, suite à la faillite de la société C. SA, l'organe de révision ne pouvait plus prendre le risque de faire confiance à X. et ne pas lui demander plus d'informations. Il ne pouvait pas ignorer que la société était vraisemblablement surendettée. Un examen plus attentif de l'ensemble des circonstances et une prise en considération de l'activité des sociétés de X., l'aurait amené à constater que le surendettement était manifeste. Il résulte en particulier des remarques sur les comptes de la société T. SA qu'en 2003 la diminution du potentiel du produit E. par rapport à 2002 est compensée par la venue du produit F. contre le ronflement. Or, en 2004, ce dernier s'avère inexploitable à grande échelle et le projet est abandonné. L. a pris consciemment le risque que la situation s'aggrave sans tenir compte des conséquences pour les créanciers et, n'a pas veillé à ce que le juge soit avisé conformément à l'article 729b al. 2 CO. Il aurait dû inciter le conseil d'administration à faire l'avis au juge et, à défaut, y procéder lui-même. Ne l'ayant pas fait, il doit se voir reprocher une gestion fautive. En effet, il a favorisé ainsi l'insolvabilité de la société par une négligence grave. Cette dernière peut résider dans l'ignorance d'une situation financière déficitaire préexistante mais reconnaissable ou rendue inéluctable au vu des circonstances concrètes (Favre, Pellet et Stoudmann, op. cit., ch. 1.7 ad. art. 165 CP). Il a nié l'existence du risque d'insolvabilité d'une façon irresponsable.

9. Le recours de Y. doit dès lors être admis et la cause renvoyée au tribunal de police afin qu'il fixe la mesure de la peine à prononcer à l'encontre de L..

10. X. obtenant partiellement gain de cause, devra supporter une partie des frais de la cause. Il doit par ailleurs être condamné à verser à Y., qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, une indemnité de dépens réduite.

L., qui succombe, devra également prendre à sa charge une partie des frais de justice et verser à Y. une indemnité de dépens.

Par ces motifs, LA COUR DE CASSATION PENALE

1. Admet partiellement le pourvoi interjeté par X.

2. Admet le pourvoi interjeté par Y.

3. Annule le jugement du Tribunal de police du district de La Chaux-de-Fonds du 12 novembre 2010 et lui renvoie la cause pour instruction complémentaire et nouveau jugement au sens des considérants.

4. Condamne X. à une partie des frais de la procédure de recours par 600 francs.

5. Condamne L. à une partie des frais de la procédure de recours par 900 francs.

6. Laisse le solde des frais de la procédure de recours à charge de l'Etat.

7. Condamne X. à verser à Y. une indemnité de dépens réduite de 800 francs.

8. Condamne L. à verser à Y. une indemnité de dépens de 1'200 francs.

Neuchâtel, le 15 novembre 2011

1. Le débiteur qui, de manières autres que celles visées à l'art. 164, 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.

2. Le débiteur soumis à la poursuite par voie de saisie ne sera poursuivi pénalement que sur plainte d'un créancier ayant obtenu contre lui un acte de défaut de biens.

La plainte devra être portée dans les trois mois à partir du jour où l'acte de défaut de biens a été délivré.

Le créancier qui aura entraîné le débiteur à contracter des dettes à la légère, à faire des dépenses exagérées, à se livrer à des spéculations hasardeuses, ou qui l'aura exploité usurairement n'aura pas le droit de porter plainte.

Le débiteur qui, alors qu'il se savait insolvable et dans le dessein de favoriser certains de ses créanciers au détriment des autres, aura fait des actes tendant à ce but, notamment aura payé des dettes non échues, aura payé une dette échue autrement qu'en numéraire ou en valeurs usuelles, aura, de ses propres moyens, donné des sûretés pour une dette alors qu'il n'y était pas obligé, 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 trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

E. 3

Liée par les constatations de fait du premier juge, la Cour de cassation, à l'instar du Tribunal fédéral, examine seulement si le premier juge a, en matière d'appréciation des preuves, outrepassé son pouvoir et établi les faits de manière arbitraire (ATF 127 I 38, cons. 2 a ; 124 IV 86, cons. 2 ; 120 la 31 p. 37-38). On ne peut parler d'arbitraire que si la juridiction inférieure a admis ou nié un fait en se mettant en contradiction évidente avec le dossier (ATF 118 la 28 p. 30, cons. 1b), ou si elle a abusé de son pouvoir d'appréciation, en particulier si elle a méconnu des preuves pertinentes ou qu'elle n'en a arbitrairement pas tenu compte (ATF 100 la 119 p. 127), lorsque les constatations sont manifestement

contraires à la situation de fait, reposent sur une inadvertance manifeste, ou heurtent gravement le sentiment de la justice, enfin lorsque l'appréciation des preuves est tout à fait insoutenable (ATF 134 I 140 , cons. 5.4 ; 129 I 8 , cons. 2.1 ; 128 I 81 , cons. 2 ; 128 I 177 , cons. 2.1 ; 128 I 273 , cons. 2.1 ; 128 II 259 , cons. 5 ; 125 II 134 ; 123 I 1 ; 121 I 113 ; 120 la 31 ; 118 la 28 et références). En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision soient insoutenables, il faut encore que celle-ci soit arbitraire dans son résultat. A cet égard, il ne suffit pas non plus qu'une solution différente de celle retenue par l'autorité de première instance apparaisse également concevable ou même préférable (ATF 133 I 149 , cons. 3.1 ; ATF 132 I 13 , cons. 5.1; ATF 131 I 57 , cons. 2 ; 128 II 259 , cons. 5 ; 124 IV 86 , cons. 2a ; cf. également ATF 1P. 106/2006 du 26 avril 2006 , ATF 1P. 87/2007 du 12 juin 2007 et ATF 6B_681/2007 du 25 janvier 2008). Du recours de X.

E. 4

a) Selon l'article 167 CP , le débiteur qui, alors qu'il se savait insolvable et dans le dessein de favoriser certains de ses créanciers au détriment des autres, aura fait des actes tendant à ce but, notamment aura payé des dettes non échues, aura payé une dette échue autrement qu'en numéraire ou en valeur usuelle, aura, de ses propres moyens, donné des sûretés pour une dette alors qu'il n'y était pas obligé, 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 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire. L'infraction consiste en une atteinte portée au principe de l'égalité entre les créanciers. La clause générale et les exemples figurant à l'article 167 CP doivent être interprétés à la lumière des articles 287 et 288 LP visant l'action révocatoire ensuite d'insolvabilité ou de dol (Favre, Pellet et Stoudmann, op. cit., n. 1.1 ad. art. 167 CP ; Corboz , Les infractions en droit suisse 2002, p. 500, no 4, tome I, 2002). Subjectivement, l'auteur doit avoir réalisé avec conscience et volonté, ou par dol éventuel, tous les éléments matériels de l'infraction. L'article 167 CP n'exige cependant pas qu'il ait réellement avantagé certains créanciers au détriment des autres mais simplement qu'il en ait eu l'intention. Il n'est au demeurant pas nécessaire que le fait de favoriser un créancier aux dépens des autres soit également le mobile de son acte ; il suffit qu'il ait cherché intentionnellement à atteindre un résultat dont il savait qu'il aurait pour effet de profiter à l'un des créanciers au préjudice des autres. Son intention peut enfin n'être qu'éventuelle. L'infraction est subjectivement réalisée lorsque, sans être certain que son acte aura pour effet d'avantager un créancier aux dépens des autres, l'auteur tient ce résultat pour possible et l'accepte pour le cas où il devrait se produire (RJN 1986, p. 91 et les références citées ; Corboz , op. cit., p. 500).

E. 5

a) Le jugement entrepris retient que X., en versant des loyers arriérés à la société A. SA par 65'300.50 francs le 14 octobre 2004 a avantagé ce créancier au sens de l'article 167 CP . Il relève de plus qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de l'existence d'un droit de rétention puisque le témoin U. a évalué les objets inventoriés à 10'000 francs, lors de son audition par le tribunal. Peut demeurer indéterminée la question de savoir si le tribunal a constaté les faits de manière arbitraire en se basant sur l'évaluation faite par le témoin plutôt que sur l'inventaire établi de manière officielle par l'office des faillites le 11 octobre 2010. En effet, la valeur réelle des biens n'est en l'occurrence pas pertinente. Il y a bien plutôt lieu de déterminer si, au moment où il a payé sa créancière en octobre 2004, X. avait l'intention d'avantager cette créancière au détriment des autres créanciers soit s'il a tenu ce résultat pour possible. Déterminer ce qu'une personne a su, voulu, envisagé ou accepté relève de l'établissement

des faits. Le tribunal de police ne s'est pas déterminé à cet égard si bien qu'il y ait lieu d'annuler le jugement entrepris et de lui renvoyer la cause. Il y a lieu de relever à cet égard que l'estimation faite à l'office des poursuites est établie par une autorité compétente dans l'optique d'une réalisation des biens et crée dès lors à tout le moins une présomption quant à la bonne foi de celui qui se fonde sur cette estimation (arrêt du TF du 15.09.2003 [5C.261/2002] cons. 3.3.2). Il n'est dès lors pas exclu que l'on puisse considérer que X. pouvait se fier au dit inventaire et penser, vu l'exercice du droit de rétention, que, malgré que les poursuites en réalisation de gage pendantes à l'ouverture de la faillite s'éteignent, le créancier gagiste garde le droit d'être désintéressé en priorité sur le produit de la réalisation du gage (art. 219 LP, ATF 116 III 23 cons. 2, JT 1992 II 83). b) Le recourant conteste avoir avantagé la créancière la société P. SA. Le premier juge s'est basé sur le rapport de l'analyste financier qui lui, s'est basé sur la comptabilité de la société T. SA et sur une lettre d'accompagnement au bilan. Or il résulte de la comptabilité que le poste à l'actif « march.-appar.-outillages » a été réduit de 80'613.45 francs le 21 septembre 2005 et qu'il en est de même du poste « fournisseur » au passif. Quant à la lettre d'accompagnement précitée, elle mentionne : « Concernant les moules chez la société P. SA, cet (sic) entreprise accepte d'effacer la dette de la société T. SA de 80'613.85 francs contre accord d'amortissement du 21.09.2005 avec la société S. SA. Ils ont été portés en déduction de l'actif machines, appareils et outillages ». Le recourant ne démontre pas en quoi le juge aurait commis arbitraire dans la constatation des faits en considérant cette opération comptable comme révélatrice de la réalité. Il résulte par ailleurs bien de la remarque précitée que les moules ont été portés en déduction de l'actif de la société. De plus, X. a expliqué lors de l'audience devant le tribunal de police. « qu'il y avait une facture ouverte de 85'000 francs à l'époque pour la confection de moules. Il s'agit en fait de moules qui, à la demande de la société T. SA, étaient fabriqués par la société P. SA. Ces moules étaient conservés par cette dernière société qui, avec ses moules, fabriquait les produits ensuite distribués sur le marché par la société T. SA. La société P. SA est demeuré le principal fournisseur de la société S. SA, cela pour environ 200'000 francs de factures par année. L'idée a ainsi été que la société P. SA demeure le fournisseur de la société S. SA, conserve les moules d'ores et déjà confectionnés, et admette que sa facture de 85'000 francs soit amortie peu à peu. Aujourd'hui, cette facture est totalement payée. La société S. SA a de la sorte payé à la fois les factures courantes et un montant pour cet arriéré ». Il résulte de ce qui précède que c'est avec raison que le premier juge a considéré que la société P. SA a été favorisée puisque sa créance a été, de l'aveu même du recourant, honorée par des versements successifs. N. n'a pas produit la créance de la société P. SA dans la faillite de la société T. SA, comme le mentionne la société P. SA dans son courrier du 26 octobre 2010 à X. Cela ne signifie pas encore qu'elle a renoncé à sa créance sans aucune contrepartie, comme le prétend le recourant. Il ressort bien plutôt des déclarations de ce dernier que la facture de la société P. SA a été totalement payée. Enfin, le fait que l'analyste financier évoque la possibilité de nullité ou d'annulabilité de la compensation en application des articles 213 et 214 LP, n'exclut pas que les éléments constitutifs de l'article 167 CP soient réunis. Il y a lieu de rappeler ici que cet article est applicable lorsque le débiteur a manifesté l'intention d'avantager un créancier mais qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit parvenu à ses fins (ATF 74 IV 40 cons. 2, 75 IV 106 cons. 2). Par analogie, on peut citer la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'article 167 CP est applicable même si l'action révocatoire de la LP a supprimé le dommage (ATF 93 IV 16 cons. 1b).

Le recours de X. doit dès lors être partiellement admis et la cause renvoyée au premier juge pour instruction complémentaire puis nouveau jugement. Du recours de Y.

E. 7

a) Selon l'article 165 CP, le débiteur qui, de manières autres que celles visées à l'article 164, 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 (ch.1). La faute de gestion peut consister en une action ou en une omission, cette dernière ne pouvant être reprochée que s'il existait un devoir juridique d'agir. L'article 165 ch.1 CP ne décrit pas, de manière précise et exhaustive, en quoi consiste la faute de gestion. Selon le message du Conseil fédéral, la norme ne vise pas un comportement en soi illégal, mais plutôt une gestion, en principe autorisée, que l'auteur exerce d'une façon telle qu'il cause ou aggrave sa situation alors qu'il se sait insolvable (FF 1991 II 1033). On ne peut souvent pas dire qu'un comportement de gestion (actif ou passif) est d'emblée et par nature prohibé; il faut examiner dans quel contexte il intervient pour apprécier s'il constitue une faute de gestion. C'est d'abord en fonction des dispositions spécifiques qui définissent les devoirs de l'auteur qu'il faut déterminer si celui-ci a usé des précautions commandées par les circonstances et sa situation personnelle. Dans la gestion d'une société anonyme par exemple, on doit examiner si l'accusé a violé un devoir prévu par le Code des obligations compte tenu du rôle dévolu à chaque organe. L'imprécision législative en cette matière, qui laisse un large pouvoir d'appréciation au juge, a été critiquée par la doctrine. Les exemples cités par la loi aident cependant à cerner la notion et montrent que les fautes de gestion doivent revêtir une certaine gravité. Il s'agit en définitive de porter un jugement sur le comportement adopté, en fonction des circonstances concrètes, pour dire si l'auteur a fait preuve ou non d'un manque de sens des responsabilités. Il ne faut pas réprimer n'importe quel choix inadéquat ou n'importe quelle appréciation malencontreuse, mais seulement un comportement qui dénote indiscutablement une légèreté blâmable (Corboz, op. cit., N.15 ss ad art.165 CP et les références citées). b) Selon la doctrine majoritaire (Pozo, Droit pénal, Partie spéciale, 2009, n. 1'807, p. 531; Corboz, op. cit. n. 14 ad art. 165 CP) et le Tribunal fédéral (ATF 127 IV 110, 116 IV 26 p. 29), l'organe de révision fait partie intégrante des organes de la société et peut être condamné en application de l'article 165 CP. Tel est le cas lorsqu'il viole l'article 729b al. 2 CO selon lequel, en cas de surendettement manifeste, l'organe de révision avise le juge si le Conseil d'administration omet de le faire. Cet article a pour but d'éviter que l'ouverture de la faillite soit retardée et de protéger les créanciers actuels ou futurs d'une augmentation de leur perte ainsi que de sauvegarder les intérêts collectifs en s'opposant à ce que les personnes morales surendettées restent dans le circuit économique. En cas de controverse entre le Conseil d'administration et l'organe de révision sur la présence d'un surendettement, l'organe de révision n'est pas habilité à aviser le juge tant que cette divergence se situe dans les limites d'une marge normale d'appréciation. Il ne doit le faire que si le surendettement est manifeste et si le Conseil d'administration reste inactif. Un surendettement est manifeste au sens de l'article 729b al. 2 CO lorsqu'il n'est plus douteux que l'actif ne peut couvrir les engagements et qu'aucune postposition suffisante n'est accordée. Il en va de même lorsque le surendettement apparaît

de manière évidente à toute personne capable de discernement ou encore lorsque son déni déborderait les limites d'une marge normale d'appréciation (ATF 127 IV 110 p. 113 cons. 5a et les références citées). L'on ne saurait toutefois exiger des réviseurs qu'ils procèdent à des investigations en cours d'exercice (ATF 116 IV 26) même si la société s'achemine vers une situation d'insolvabilité. Si le bilan montre un surendettement sans que celui-ci soit manifeste, l'organe de révision n'est pas tenu d'exercer un contrôle continu sur la comptabilité afin de ne pas manquer le jour où le surendettement devient manifeste (ATF 127 IV 110 p. 114 cons. 5a).

E. 8

Il y a lieu d'examiner, au regard des faits retenus par le jugement entrepris, si le comportement de L. constitue une grave négligence dans la profession de réviseur et se situe dans un rapport de causalité adéquate avec l'aggravation de l'insolvabilité de la société. Le jugement retient qu'il ressort des constatations de l'analyste financier que la société connaissait un surendettement manifeste à partir de la clôture de l'exercice 1998 pour un montant estimé à plus de 400'000 francs, que dès 1998 l'organe de révision a émis une réserve concernant la réalisation du poste de l'actif « recherche et développement », qu'il était prévu que ledit actif de la société T. SA (CHF 770'000.00) dont les difficultés de réalisation ont été soulignées par l'organe de révision, soit repris par la société C. SA, que dès le moment où cette société a fait faillite une reprise n'entraînait plus en ligne de compte, que toute la difficulté liée à la réalisation de cet actif était dès lors reportée sur la société T. SA, elle-même déjà en difficultés financières, que pour être inscrites à l'actif « les dépenses liées à la recherche et au développement doivent donner lieu de façon probable à des avantages futurs et pouvoir être mesurés de façon fiable » et qu'une telle valeur incorporelle doit être amortie, la prudence dictant de tenir compte des incertitudes économiques. Il a retenu également que dans la cas présent la surévaluation de ce poste saute aux yeux, qu'il n'a pas été possible de retrouver de justificatifs probants en lien avec des dépenses concrètes, que le montant à l'actif est trop important si on le compare aux fonds propres du bilan de l'ordre de 50'000 francs, qu'il n'y jamais eu d'amortissements et qu'il est contraire à toutes les règles de prudence en matière comptable d'estimer à cette hauteur, au titre de la recherche et développement, le produit F.. Le tribunal ajoute que L. a d'ailleurs lui-même indiqué que tout le problème de la société était lié à ce poste là qui représentait à lui seul le 55 % de l'actif de la société. Il résulte de ces éléments, soit notamment des rapports établis par l'organe de révision dont le mandat s'est étendu du 17 avril 1998 au jour de la faillite, que L. a eu connaissance des graves problèmes économiques liés à la réalisation de l'actif immatériel « recherche et développement » puisqu'il a régulièrement émis des réserves y relatives. Si la surévaluation de ce poste « saute aux yeux » comme l'a relevé le premier juge en se basant sur le rapport de l'analyste financier, elle devait aussi sauter aux yeux de L. qui a d'ailleurs admis dans son interrogatoire que ledit poste était problématique et n'a pas été réalisé comme prévu, que la situation financière de la société a toujours été mauvaise, et que ce poste aurait dû être réalisé en tous les cas dans les années 2002 à 2005. Si le premier jugement retient, d'ailleurs à juste titre, que X. aurait dû déduire des circonstances un surendettement et aviser le juge, la Cour de céans estime que tel était également le cas de L., professionnel expérimenté, qui était l'organe de révision tant de la société T. SA que de la société C. SA puis de la société S. SA et avait ainsi une vue d'ensemble des sociétés de X.. A tout le moins dès 2002, suite à la faillite de la société C. SA, l'organe de révision ne pouvait plus prendre le risque de faire confiance à X. et ne pas lui demander plus d'informations. Il ne pouvait pas ignorer que la société était

vraisemblablement surendettée. Un examen plus attentif de l'ensemble des circonstances et une prise en considération de l'activité des sociétés de X., l'aurait amené à constater que le surendettement était manifeste. Il résulte en particulier des remarques sur les comptes de la société T. SA qu'en 2003 la diminution du potentiel du produit E. par rapport à 2002 est compensée par la venue du produit F. contre le ronflement. Or, en 2004, ce dernier s'avère inexploitable à grande échelle et le projet est abandonné. L. a pris consciemment le risque que la situation s'aggrave sans tenir compte des conséquences pour les créanciers et, n'a pas veillé à ce que le juge soit avisé conformément à l'article 729b al. 2 CO. Il aurait dû inciter le conseil d'administration à faire l'avis au juge et, à défaut, y procéder lui-même. Ne l'ayant pas fait, il doit se voir reprocher une gestion fautive. En effet, il a favorisé ainsi l'insolvabilité de la société par une négligence grave. Cette dernière peut résider dans l'ignorance d'une situation financière déficitaire préexistante mais reconnaissable ou rendue inéluctable au vu des circonstances concrètes (Favre, Pellet et Stoudmann , op. cit., ch. 1.7 ad. art. 165 CP). Il a nié l'existence du risque d'insolvabilité d'une façon irresponsable.

E. 9

Le recours de Y. doit dès lors être admis et la cause renvoyée au tribunal de police afin qu'il fixe la mesure de la peine à prononcer à l'encontre de L..

E. 10

X. obtenant partiellement gain de cause, devra supporter une partie des frais de la cause. Il doit par ailleurs être condamné à verser à Y., qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, une indemnité de dépens réduite. L., qui succombe, devra également prendre à sa charge une partie des frais de justice et verser à Y. une indemnité de dépens.

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