

VD_FINDINFO AP / 2010 / 53 vom 26. November 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-11-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_AP___2010___53

FR: VD_FINDINFO AP / 2010 / 53 du 26 novembre 2009

IT: VD_FINDINFO AP / 2010 / 53 del 26 novembre 2009

Regeste

VIOLATION DE L'OBLIGATION DE TENIR UNE COMPTABILITÉ, GESTION FAUTIVE | 165 ch. 1 CP, 166 CP, 34 ch. 2 CP, 411 let. h CPP, 411 let. i CPP, 415 CPP, 439 al. 1 CPP

Erwägungen

E. 1

CPP). En l'espèce, les griefs formulés, bien que précisément énoncés en fait, ne sont nullement étayés en droit au regard des exigences légales. Partant, ces conclusions en nullité sont irrecevables. Par surabondance, même réputées recevables, elles ne pourraient qu'être rejetées, ce pour les motifs déjà évoqués. En effet, si le jugement omet certes les faits dont le prévaut la recourante, il n'en reste pas moins qu'il n'y a aucune insuffisance de l'état de fait sur des points de nature à influencer sur la décision attaquée ni doute sur l'existence de faits admis et importants pour le jugement de la cause. En d'autres termes, il ne suffit pas, pour justifier d'un motif de nullité, de reprocher aux premiers juges de ne pas avoir mentionné l'un ou l'autre fait, s'agissant notamment des certificats de travail en cause; encore faut-il que le fait invoqué s'avère déterminant, ce qui n'est pas le cas ici. b) Cela étant, la recourante fait valoir d'autres moyens, également déduits de l'art. 411 let. h et i CPP, qu'il y a lieu d'examiner séparément. Elle soutient d'abord que le jugement omet le fait que, lors de la constitution de la société, elle ne disposait pas de sa part sociale de 19'000 fr. et que ce montant lui avait donc été avancé par son associé. Les premiers juges ont pourtant expressément retenu que son associé d'alors lui avait consenti un prêt de 20'000 fr. pour financer la fondation de la société (jugement, pp. 12 et 13). Elle fait ensuite valoir que le tribunal correctionnel avait omis un paiement auquel elle avait procédé en faveur de la société. Ce moyen est pourtant sans objet, attendu qu'il se rapporte à un chef d'accusation qui n'a pas été retenu. La recourante soutient également que les premiers juges ont passé sous silence le fait qu'elle avait reconnu devoir à titre personnel une dette sociale. Ce moyen est néanmoins également sans pertinence, s'agissant de savoir si les infractions retenues ont ou non été commises. Ainsi, il ne peut constituer une insuffisance de l'état de fait sur des points de nature à influencer sur la décision attaquée, ni un doute sur l'existence de faits admis et importants pour le jugement de la cause au sens des normes procédurales topiques susmentionnées. Dès lors, l'absence de mention de la proposition de règlement ne constitue pas un motif de nullité, que ce soit à l'aune de l'art. 411 let. h CPP ou à celle de l'art. 411 let. i CPP. La recourante a d'ailleurs été libérée de l'accusation d'escroquerie à raison de ces faits aussi (jugement, p. 16). Enfin, la recourante se plaint de l'absence de mention, dans le jugement, de certains éléments du rapport de la police de sûreté. Ce moyen ne suffit cependant pas à justifier d'un motif de nullité. En effet, le rapport récapitulatif de la police de sûreté n'est pas une pièce propre à fonder un recours pour faits douteux ou

contradictoires, dès lors qu'une telle pièce ne contient que le résumé des investigations et l'appréciation des enquêteurs qui en découle (voir JT 1989 III 105). Il s'ensuit que le recours en nullité doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

E. 3

Sous l'angle de la réforme, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (cf. l'art. 447 al. 1 CPP). La cour de cassation ne peut cependant aller au-delà des conclusions du recourant; elle est liée en outre par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes, qu'elle rectifie d'office (art. 447 al. 2, 1^{ère} et 2^e phrases, CPP), ou d'éventuels compléments qui ressortiraient des pièces du dossier (JT 1989 III 105, précité). L'état de fait doit toutefois être complété en ce sens que, par écriture du 8 avril 2004 adressée aux administrateurs de deux établissements nocturnes, le Service de la police du commerce de la Commune de Lausanne, se référant à un préavis émanant du corps de police, a recommandé l'engagement du personnel de sécurité de la société alors exploitée par l'accusée "pour sécuriser les abords (des) établissements".

E. 4

La recourante conteste s'être rendue coupable de violation de l'obligation de tenir une comptabilité. a) Selon l'art. 166 CP, le débiteur qui aura contrevenu à l'obligation légale de tenir régulièrement ou de conserver ses livres de comptabilité, ou de dresser un bilan, de façon qu'il est devenu impossible d'établir sa situation ou de l'établir complètement, sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui à la suite d'une saisie pratiquée en vertu de l'art. 43 LP, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. L'art. 29 CP, remplaçant l'ancien art. 172 CP, reporte la qualité pour répondre des infractions commises par une personne morale sur les organes de celle-ci ou sur leurs membres. Du point de vue objectif, il y a violation de l'obligation de tenir une comptabilité lorsque les livres ne sont pas tenus de manière qu'ils révèlent à la fois la situation financière de l'entreprise, l'état des dettes et des créances se rapportant à l'exploitation, de même que les résultats des exercices annuels (ATF 72 IV 17, c. 4, JT 1946 IV 118). Du point de vue subjectif, il faut que l'auteur ait non seulement l'intention de ne pas tenir les livres prescrits ou de ne pas les tenir de manière régulière, mais encore qu'il sache et veuille par-là qu'il devienne impossible d'établir complètement sa situation financière. A défaut d'une telle intention, l'acte est punissable en vertu de l'art. 325 CP, qui prévoit que celui qui, intentionnellement ou par négligence, aura contrevenu à l'obligation légale de tenir une comptabilité régulière sera puni de l'amende (ATF 72 IV 17, précité). La violation de l'obligation de tenir une comptabilité au sens de l'art. 166 CP suppose que l'auteur ait su que les livres qu'il devait tenir étaient insuffisants et qu'ils ne donnaient pas une image exacte ou complète de la situation financière de son entreprise. Le dol éventuel est suffisant (ATF 117 IV 449, c. 5b, JT 1993 IV 108; ATF 117 IV 163, c. 2b, JT 1993 IV 107). Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait eu l'intention de masquer la situation réelle ou de rendre le contrôle plus difficile (Favre, Pellet et Stoudmann, op. cit., n. 1.2 ad art. 166 CP et les réf. cit.; CCASS, 12 juillet 2005, n° 301). b) Les premiers juges ont retenu que cette infraction était réalisée (c. 2.13 du jugement). La recourante admet que l'élément objectif de la violation de l'obligation de tenir une comptabilité est réalisé (mémoire, p. 7 in medio); en revanche, elle conteste que l'élément subjectif de l'infraction le soit. Il faut consentir à la recourante que le jugement est totalement muet sur la question de l'intention, tant dans sa partie « argumentation » (c. 2.13) que dans sa partie plus factuelle

qui précédait (c. 2.8). S'agissant de purs éléments d'appréciation, l'état de fait ne saurait être complété d'office. Une annulation en application de l'art. 448 al. 2 CPP n'entre pas davantage en ligne de compte. En effet, ce n'est pas tant que le jugement soit entaché de vices tels que le droit matériel ne puisse être appliqué, mais il apparaît bien plutôt qu'il n'y a pas d'éléments permettant de retenir une infraction intentionnelle, même par dol éventuel. Un comportement limité à la négligence grave ne suffirait pas à réaliser l'élément objectif de l'infraction. Du reste, s'agissant de l'élément subjectif de l'infraction, il apparaît douteux que l'on puisse parler de négligence en présence d'une accusée dont il est admis qu'elle a accumulé les pièces justificatives, ce qui exclut toute volonté d'empêcher, et même d'entraver un contrôle des comptes. Ainsi, à défaut de tout élément permettant de fonder la culpabilité de la recourante pour ce qui est de ce chef d'accusation, il y a lieu d'acquitter l'accusée de l'infraction de violation de tenir une comptabilité selon l'art. 165 CP, même si les faits incriminés sont, matériellement, constitutifs d'une contravention à l'art. 325 CP (cf. ci-dessous). Le recours en réforme doit donc être admis dans cette mesure. Au surplus, la contravention - subsidiaire à l'art. 165 CP - réprimée par l'art. 325 CP est prescrite, le délai de trois ans prévu par l'art. 109 CP ayant expiré avant que le jugement ne soit rendu.

E. 5

La recourante conteste ensuite s'être rendue coupable de gestion fautive. a) Selon l'art. 165 ch. 1 CP, le débiteur qui, 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, puni d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire. L'art. 165 ch. 1 CP ne décrit pas, de manière précise et exhaustive, en quoi consiste la 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 par 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 (Corboz, *Les infractions en droit suisse*, Vol. I, Berne 2002, n. 16 et 19 ad art. 165 CP et les réf. cit.). 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 du sens des responsabilités (ATF 115 IV 38, précité). Il ne faut pas réprimer n'importe quel choix inadéquat ou n'importe quelle appréciation malencontreuse, mais seulement un comportement qui dénote une indiscutable légèreté blâmable (Corboz, *op. cit.*, n. 22 ad art. 165 CP). Outre la faute de gestion, l'infraction exige que cette faute ait causé ou aggravé le surendettement. On utilise à cet égard le concept de la causalité adéquate (ATF 115 IV 38, précité). Il n'est pas nécessaire que les actes reprochés à l'auteur soient seuls à l'origine du résultat, ni qu'ils en soient la cause directe (ATF 115 IV 38, précité). Peu importe quel est l'acte qui, en définitive, a provoqué le passage à l'état de surendettement. Il suffit que l'acte ait joué un rôle causal dans l'apparition de la situation ou dans son aggravation et qu'il ait été propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un tel résultat. En revanche, il n'est pas nécessaire de prouver un rapport de causalité entre le comportement fautif d'une part et la faillite d'autre part (Corboz, *op. cit.*, n. 38 à 40 ad art. 165 CP et les réf. cit.). L'ouverture de la faillite ou la délivrance d'un acte de défaut de biens est une condition objective de punissabilité (Corboz, *op. cit.*, n. 58 ad art.

165 CP). Sur le plan subjectif, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait eu l'intention de causer un préjudice, il suffit qu'il ait causé ou aggravé l'insolvabilité par une négligence grave (ATF 115 IV 38, précité; Corboz, op. cit., n. 49 ad art. 165 CP et les réf. cit.). La définition de l'élément subjectif de l'infraction de gestion fautive a cependant donné lieu à quelques incertitudes (cf. Corboz, op. cit., n. 48 à 57 ad art. 165 CP). Selon Corboz, 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 (ibid.). Selon la jurisprudence et la doctrine, la faute de gestion doit ainsi être caractérisée, en ce sens qu'elle doit dénoter un manque du sens des responsabilités. b) En l'espèce, il résulte de l'état de fait du jugement que, si la faillite a été prononcée en 2005, l'exploitation n'a duré que quelques mois, soit de la fin du mois de janvier au mois d'août 2004. Sous l'angle des conditions objectives de la punissabilité, les fautes de gestion sont patentées. En effet, d'abord l'accusée n'avait pas doté la société d'un capital durant son activité, puisque le capital nécessaire à la constitution de la s.à.r.l. avait été reversé à son ancien associé les jours suivant l'inscription de la société au registre du commerce (jugement, p. 13 en bas). Ensuite, la recourante avait subi trois échecs consécutifs aux examens de patente, faute, de son propre aveu, d'avoir étudié; cette carence a eu pour effet que la société ne remplissait pas les conditions concordataires d'exploitation (jugement, p. 14 en haut). De même, les investissements coûteux en personnel et en matériel, qualifiés par l'ordonnance de renvoi de charges « inconsiderées », ont lourdement obéré la situation financière de la société (cf. jugement, p. 13 en haut et p. 14 en haut). La société avait en outre du retard dans la facturation de ses prestations (jugement, p. 15). Enfin, la comptabilité de la société se limitait à un amoncellement de pièces, ce qui, sans constituer pour autant une infraction pénale en soi (cf. le c. 4 ci-dessus), ne permettait nullement aux organes d'appréhender la situation financière de l'entreprise. c) Ces nombreuses carences objectives étant ainsi avérées, la question à trancher est celle de savoir si l'infraction est subjectivement réalisée. En se lançant dans la constitution et la gestion d'une société de sécurité presque sans expérience dans ce domaine ni disposer de la patente nécessaire à cet effet, la recourante a commis des fautes avérées et graves. En effet, elle ne pouvait pas ne pas savoir que, si elle n'effectuait pas l'investissement personnel nécessaire à l'obtention d'une patente, elle se retrouverait dans la situation de ne pouvoir légalement poursuivre l'activité de la société, ce qui rendrait inutiles les investissements en formation et en matériel déjà effectués et priverait de surcroît l'entreprise de la possibilité de facturer ses prestations, donc de rembourser ses créanciers. Aussi bien, il ressort de l'écriture du 8 avril 2004 adressée aux administrateurs de deux établissements nocturnes par le Service de la police du commerce de la Commune de Lausanne que la qualité des prestations matérielles fournies par l'entreprise était reconnue par la police elle-même. A contrario, c'est le défaut de patente de l'exploitante qui a joué un rôle déterminant dans le surendettement de la société. Or, cette carence est imputable exclusivement à la recourante. En outre, et de son propre aveu, l'accusée ne disposait pas du montant du capital afférent à ses parts sociales (19'000 fr.), dès lors qu'elle avait, en dépit de toute diligence et de toute rationalité économique, choisi de rembourser la somme qui lui avait été prêtée. Or, expérimentée ou pas en matière économique, la recourante ne pouvait ignorer que le capital social remplit d'abord la fonction d'une garantie pour les créanciers (cf. l'art. 802 al. 1 CO, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2007, applicable *ratione temporis* en l'espèce), étant précisé que le capital prévu était déjà réduit au minimum prescrit par l'art. 773 CO, respectivement par

l'art. 788 al. 1 CO, également dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2007. A ceci s'ajoute enfin qu'elle a privé son associé de tout renseignements quant à la marche de la société, creusant par là le déficit du compte d'exploitation en retardant l'inéluctable dénonciation pour défaut de patente et, partant, la déconfiture de l'entreprise. Ce faisant, elle a, pour une durée prolongée, agi avec conscience et volonté, dans le dessein de maintenir une exploitation vouée à l'échec. Son comportement dépasse ainsi largement les limites de la simple légèreté, et même celles de la désinvolture. Il constitue une violation caractérisée des devoirs élémentaires de tout administrateur. Dès lors, il est blâmable au sens défini au considérant 5.a ci-dessus. Il est à l'origine du surendettement, puis de la faillite de la société, la causalité entre les actes incriminés et le dommage étant naturelle en fait et adéquate en droit. Il constitue dès lors une faute réprimée par l'art. 165 ch. 1 CP. Partant, c'est à juste titre que le tribunal correctionnel a condamné l'accusée pour gestion fautive. Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

E. 6

Cette dernière infraction demeurant seule à devoir être réprimée, il reste à déterminer la quotité de la nouvelle peine à prononcer, étant précisé que la quotité de la peine n'est pas contestée en tant que telle dans le recours. Le tribunal correctionnel a réprimé la gestion fautive et la violation de l'obligation de tenir une comptabilité par une peine privative de liberté de huit mois, les infractions étant en concours. Il a été vu que la recourante devait être libérée de ce chef d'accusation-ci. Partant, une peine équivalant à six mois de privation de liberté suffit à sanctionner la gestion fautive.

E. 7

Il doit être statué d'office sur le genre de la peine. La nouvelle partie générale du Code pénal offre une palette étendue de sanctions et de possibilités de combinaisons de celles-ci entre elles. Conformément au principe de proportionnalité, lorsque plusieurs peines entrent en considération et paraissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu de choisir celle qui restreint le moins la liberté personnelle de l'intéressé, soit la peine pécuniaire. Le choix du type de la peine doit principalement tenir compte de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur le condamné et l'environnement social de ce dernier ainsi que de l'efficacité de la sanction dans l'optique de la prévention (cf. ATF 134 IV 82, c. 4.1 et la référence à Riklin, Neue Sanktionen und ihre Stellung im Sanktionensystem, in: Bauhofer/Bolle [Hrsg.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Zurich 1994, p. 168; le même, Zur Revision des Systems der Hauptstrafen, ZstrR 117/1999, p. 259; TF arrêt 6B_541/2007 du 13 mai 2008). A titre de sanctions, le nouveau droit fait respectivement de la peine pécuniaire (art. 34 CP) et du travail d'intérêt général (art. 37 CP) la règle dans le domaine de la petite criminalité, de la peine pécuniaire et de la peine privative de liberté la règle pour la criminalité moyenne. Dans la conception de la nouvelle partie générale du Code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale. Les peines privatives de liberté ne doivent être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique (ATF 134 IV 82, précité, c. 4.1). La peine pécuniaire et le travail d'intérêt général représentent des atteintes moins importantes et constituent ainsi des peines plus clémentes. Cela résulte également de l'intention essentielle, qui était au cœur de la révision de la partie générale du Code pénal en matière de sanction, d'éviter les courtes peines de prison ou d'arrêts, qui font obstacle à la socialisation de l'auteur, et de leur substituer d'autres sanctions (TF arrêt 6B_541/2007 du 13 mai 2008 ; ATF 134 IV 60 , c. 4.3). En l'espèce, une peine sous la forme d'un travail d'intérêt général

serait par principe insuffisante à réprimer l'infraction demeurant en cause, qui est d'une gravité relativement significative. Comme déjà relevé, la peine privative de liberté constitue désormais l'exception. La recourante n'a pas d'antécédents. Dans la mesure de ses moyens, elle a accompli d'indéniables efforts pour dédommager au moins un lésé. L'efficacité de la sanction dans l'optique de la prévention n'exige donc pas que l'infraction soit réprimée par une sanction revêtant la forme d'une peine privative de liberté. La peine doit dès lors être prononcée sous la forme d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende.

E. 8

Le jour-amende est de 3000 fr. au plus. Le juge en fixe le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, en tenant compte notamment de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (art. 34 al. 2 CP). Le montant du jour-amende doit être fixé en partant du revenu que l'auteur réalise en moyenne quotidiennement, quelle qu'en soit la source, car c'est la capacité économique réelle de fournir une prestation qui est déterminante. Ce qui est dû en vertu de la loi ou ce dont l'auteur ne jouit pas économiquement doit en être soustrait. Il en va ainsi des impôts courants, des cotisations à l'assurance-maladie et accidents obligatoire, ou encore des frais nécessaires d'acquisition du revenu (arrêt 6B_541/2007, c. 6.4.1). La loi mentionne encore spécialement d'éventuelles obligations d'assistance, familiales en particulier. La raison en est que les membres de la famille ne doivent, autant que possible, pas être affectés par la restriction apportée au train de vie. Le revenu net doit être amputé des montants dus à titre d'entretien ou d'assistance, pour autant que l'auteur s'en acquitte effectivement (ibid., c. 6.4.4). Même pour les personnes à faibles revenus, le revenu journalier moyen net constitue donc le critère en principe déterminant pour la fixation du montant du jour-amende. Le minimum vital, mentionné dans le texte légal, est un critère correctif, tout comme le train de vie de l'auteur, permettant au juge de réduire sensiblement le montant du jour-amende en certaines circonstances. Dans ce contexte, le législateur, préférant s'en remettre à l'appréciation du juge dans chaque cas particulier, a exclu l'exigence d'un montant minimum en matière de fixation du jour-amende. Il s'agit-là d'une décision délibérée du législateur, qui exclut l'adoption d'un montant plancher par la voie jurisprudentielle. Le montant du jour-amende ne saurait toutefois être réduit au point de ne plus avoir qu'une valeur symbolique (cf. TF 6B_217/2007 du 14 avril 2008 c. 2.1.5 et les références citées, BJP 2007 n°190 et CCASS, 18 juin 2007, n°150). Contrairement aux dettes fiscales, le loyer de l'accusé (ou du condamné) n'est pas une charge (ATF 134 IV 60). Les poursuites et les saisies de salaire ne sont pas davantage prises en compte (CCASS, 4 mai 2009, n° 182). En l'espèce, la situation financière de la recourante laisse apparaître un disponible de l'ordre de 1'500 fr. (indemnité chômage de 3'150 fr., sous déduction de la prime de l'assurance obligatoire des soins selon la LAMal et du minimum vital pour une personne seule). Conformément à la jurisprudence résumée ci-dessus, le loyer et les dettes n'ont pas à être pris en compte. Il doit au surplus être précisé que la recourante n'a personne à sa charge, sa fille unique, adulte, étant autonome. Au vu de ces éléments, le jour-amende doit être arrêté à 40 fr. Pour le reste, la suspension de la peine est incontestée. e) La mesure dans laquelle la recourante est libérée en deuxième instance ne justifie pas que la répartition des faits de première instance soit modifiée.

E. 9

Le recours doit donc être partiellement admis et le jugement réformé en ce sens que la recourante est libérée des chefs d'accusation d'escroquerie et de violation de l'obligation de tenir une comptabilité et qu'elle est condamnée, pour gestion fautive, à une peine de 180 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 40 fr.. Le jugement est confirmé pour le surplus. Vu l'issue du recours, s'agissant de la mesure dans laquelle la recourante obtient gain de cause, les frais de deuxième instance seront mis à raison de la moitié à sa charge, le solde restant à celle de l'Etat (art. 450 al. 2 CPP).

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