

VD_GERICHTE PE08.025820 vom 30. November 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-11-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PE08.025820

FR: VD_GERICHTE PE08.025820 du 30 novembre 2011

IT: VD_GERICHTE PE08.025820 del 30 novembre 2011

Erwägungen

E. 31

c. 2c; TF 6B_831/2009, précité c. 2.2.2). Sur ce point, des doutes simplement abstraits et théoriques ne suffisent pas, car de tels doutes sont toujours possibles et une certitude absolue ne peut être exigée. Bien plutôt, il doit s'agir de doutes importants et irréductibles, qui s'imposent au vu de la situation objective (ATF 127 I 38 c. 2a). 4.2 En l'espèce, il résulte de ce qui précède qu'il se justifier de rectifier, respectivement de compléter l'état de fait des premiers juges dans la mesure ressortant du considérant 3 ci-dessus; c'est sur la base de cet état de fait qu'il sera statué en droit. Une fois ces rectifications et compléments apportés, il n'y a plus d'éléments desquels découlerait un doute suffisant qu'il appartiendrait à la cour de céans de lever en faveur du prévenu. Partant, l'argument doit être rejeté pour autant qu'il ait encore un objet. 5. L'appelant conteste s'être rendu coupable de gestion déloyale, concluant à son acquittement. 5.1

- 30 - 5.1.1 Aux termes de l'art. 158 CP, celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (ch. 1 al. 1). Le cas de la gestion déloyale aggravée est réalisé lorsque l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (ch. 1 al. 3). 5.1.2 Sur le plan objectif, l'infraction de gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP suppose la réalisation de trois éléments : il faut que l'auteur ait eu un devoir de gestion ou de sauvegarde, qu'il ait violé une obligation qui lui revient en cette qualité et qu'il en soit résulté un dommage; sur le plan subjectif, il faut qu'il ait agi intentionnellement. Le dol éventuel suffit, à la condition qu'il soit strictement caractérisé (Corboz, *Les infractions en droit suisse*, Vol. I, 3e éd., n. 13 ad art. 158 CP). Le devoir de gestion implique un pouvoir sur les biens d'autrui comportant une indépendance suffisante, un droit de disposition autonome, une certaine latitude qui caractérise le devoir de fidélité dont la violation est punissable (ATF 123 IV 17 c. 3b). Ce pouvoir peut se manifester non seulement par la passation d'actes juridiques, mais également par la défense, sur le plan interne, d'intérêts patrimoniaux ou par des actes matériels. Il faut cependant que le gérant ait une autonomie suffisante sur tout ou partie de la fortune d'autrui, sur les moyens de production ou le personnel d'une entreprise (ATF 123 IV 17, précité c. 3b; 120 IV 190 c. 2b). Un tel devoir incombe notamment aux organes des sociétés commerciales, soit aux membres du conseil d'administration et à la direction, ainsi qu'aux organes de fait (Trechsel, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, St-Gall 2008, n. 6 ad art. 158 CP; Niggli/Wiprächtiger, *Strafgesetzbuch, Basler Kommentar*, n. 21 ss ad art. 158 CP; Garbarski, *La responsabilité pénale des organes dirigeants des sociétés anonymes*, Zurich 2006, p. 282; Donatsch, *Aspekte der*

- 31 - ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung der Delegation von Kompetenzen durch den Verwaltungsrat, in RPS 120/2002, pp. 4 ss.). Pour qu'il y ait gestion déloyale, il ne suffit pas que l'auteur ait été gérant, ni qu'il ait violé une quelconque obligation. Le terme de gestion déloyale et la définition légale de l'infraction exigent que l'obligation qu'il a violée soit liée à la gestion confiée (ATF 120 IV 190, précité c. 2b). Il convient donc d'examiner de manière concrète si les actes de gestion reprochés violaient un devoir de gestion spécifique. Les devoirs de gestion ou de sauvegarde qui déterminent le comportement délictueux sont déterminés par les obligations imposées au gérant. Ces obligations sont d'abord définies par la loi, mais peuvent aussi l'être par les statuts, les règlements ou les décisions de l'assemblée générale pour ce qui est d'une société anonyme (Garbarski, op. cit., pp. 284 s.). Parmi les devoirs des administrateurs et des tiers chargés de tout ou partie de la gestion figurent notamment les devoirs de diligence et de fidélité envers la société, qui leur imposent de veiller fidèlement aux intérêts de celle-ci (art. 717 al. 1 CO). Pour déterminer si la personne recherchée a manqué à son devoir de diligence, on doit se demander si elle a déployé les efforts que l'on pouvait exiger d'elle pour remplir correctement sa mission. Il faut donc se pencher sur sa mission et se demander concrètement ce qu'elle devait faire ou ne pas faire. Le contenu de la mission peut résulter soit des lois et des statuts, soit dépendre des circonstances concrètes (Corboz, dans : Tercier/Amstutz [éd.], Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2008, n. 24 ad art. 754 CO). L'infraction de gestion déloyale n'est consommée que s'il y a eu un dommage patrimonial. Ce préjudice doit être en rapport de causalité avec la violation des devoirs (Corboz, op. cit., n. 10 ad art. 158 CP). Le dommage est une lésion du patrimoine sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation de passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif, mais aussi d'une mise en danger de celui-

- 32 - ci telle qu'elle a pour effet d'en diminuer la valeur du point de vue économique. Par ailleurs, un préjudice temporaire suffit (ATF 122 IV 279 c. 2a; 121 IV 104 c. 2c; 120 IV 122 c. 6b/bb). Il n'est pas nécessaire que le dommage corresponde à l'enrichissement de l'auteur, ni qu'il soit chiffré; il suffit qu'il soit certain (ATF 123 IV 17 c. 3d). L'infraction est consommée lorsque l'auteur a causé un dommage au patrimoine qu'il devait protéger (Corboz, op. cit., ibid.). Il importe peu que le comportement délictueux soit une action ou une omission (FF 1991 II 1019), un acte juridique ou un acte matériel (Corboz, op. cit., n. 9 ad art. 158 CP et les réf. cit.). 5.1.3 S'agissant en particulier de la gestion d'une sàrl, les normes applicables ont fait l'objet d'amples modifications par la loi fédérale du 16 décembre 2005 (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), en vigueur depuis le 1er janvier 2008. Alors même que la vente des parcelles a été parachevée en 2007 encore, les premiers juges se sont expressément fondés sur le nouveau droit des sociétés pour retenir une violation de son devoir de fidélité par le prévenu. L'ancien droit se limitait à prévoir, sous la note marginale Prohibition de faire concurrence, qu'aucun associé gérant ne peut, dans la branche exploitée par la société et sans le consentement des autres associés, faire des opérations pour son compte personnel ou pour le compte d'un tiers (art. 818 al. 1, in initio, aCO, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007). Dans sa teneur actuelle, l'art. 803 al. 2 CO dispose, sous la note marginale Devoir de fidélité et interdiction de faire concurrence, que les associés s'abstiennent de tout ce qui porte préjudice aux intérêts de la société; qu'ils ne peuvent en particulier gérer des affaires qui leur procureraient un avantage particulier et qui seraient préjudiciables au but de la société;

que les statuts peuvent prévoir que les associés doivent s'abstenir de faire concurrence à la société. Sous la note marginale Devoirs de diligence et de fidélité; prohibition de faire concurrence, l'art.

- 33 - 812 CO prévoit que les gérants ainsi que les tiers chargés de la gestion exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société (al. 1) et qu'ils sont tenus au même devoir de fidélité que les associés (al. 2). Indépendamment des termes utilisés par le législateur, il doit être retenu que l'ancien droit, applicable *ratione temporis* aux faits de la cause, imposait aux associés, en tout cas aux associés-gérants, le devoir de fidélité mis en exergue par les premiers juges, même si ceux-ci se sont fondés sur la nouvelle du 16 décembre 2005. Peu importe du reste le droit intertemporel. Il est à cet égard déterminant que les termes prohibition de faire concurrence figurent dans la note marginale tant de l'art. 818 ancien CO que de l'art. 812 nouveau CO, l'art. 803 nouveau CO consacrant pour sa part l'expression interdiction de faire concurrence. Point n'est besoin pour le juge pénal de procéder à une plus ample exégèse du droit commercial pour en déduire que l'obligation de fidélité des associés- gérant n'a pas été instituée par le législateur au 1er janvier 2008 seulement, mais que la nouvelle n'a, bien plutôt, fait que préciser les obligations en question par rapport à l'ancien droit. 5.2 5.2.1 En l'espèce, l'existence d'un devoir de gestion de l'appelant en sa qualité d'associé et de gérant de la sàrl est avérée pour les motifs développés par les premiers juges, même s'ils sont fondés sur les normes topiques selon le nouveau droit des sociétés (cf. ci-dessus). L'appelant ne saurait en particulier se prévaloir du fait que les associés avaient passé certains accords hors du cadre de la sàrl, sachant qu'il résulte des autres achats et ventes de terrains que ces opérations-là avaient lieu au nom de la société. Il est établi, ne serait-ce que par la lettre du 11 janvier 2005 et la présence des deux associés à la rencontre de fin février 2005, que l'intention des deux associés était de faire ensemble, par l'intermédiaire de la sàrl, l'opération P._____. Le premier élément objectif de la gestion déloyale est donc donné.

- 34 - 5.2.2 Il n'en est pas autrement s'agissant du point de savoir si l'appelant a violé ce devoir de gestion en contrevenant à son obligation de fidélité et d'information envers la société : co-gérant d'une petite société dont le but était de faire de la promotion immobilière et qui venait d'entamer des démarches pour discuter de la situation concernant des terrains qu'elle convoitait, l'appelant a violé son devoir de gestion en passant un acte constituant un droit d'emption sur un bien-fonds à fins de revente – donc dans le domaine d'activité statutaire de H._____ – au nom de sa propre société, tout en faisant valoir auprès du promettant- vendeur qu'il envisageait de se séparer de son associé avec lequel ses relations étaient prétendument mauvaises et qu'il fallait donc traiter avec l'un ou avec l'autre seulement. Par cet acte de concurrence accompli à l'insu de la société, dont son associé était l'unique autre gérant, le prévenu a ainsi à l'évidence agi au détriment de la société aux intérêts de laquelle il avait la charge de veiller. L'appelant fait grand cas d'une volonté qu'il impute à P._____ de ne pas traiter avec un professionnel de l'immobilier, ni avec H._____, pas plus qu'avec V._____. Au vu des faits retenus, les déclarations du stipulant, crédibles, ne permettent pas de parvenir à une autre appréciation que celle des premiers juges. Il y a dès lors lieu d'y renvoyer. L'appelant conteste avoir encore été lié par son devoir de fidélité lors des faits litigieux, soutenant notamment avoir alors déjà rompu toute relation avec V._____. Outre qu'une rupture entre associés n'est pas établie, rien ne permettait à l'appelant d'imaginer qu'il était délié de son devoir de fidélité à l'égard de la sàrl. En effet, en 2005, celle- ci n'était ni dissoute, ni en voie de dissolution. Au demeurant,

l'appelant s'opposait encore à sa liquidation l'année suivante (jugement, pp. 24-25, précitées), ce qui démontre davantage encore que les relations entre associées n'étaient pas aussi délétères qu'il le prétend, même s'il existait assurément des désaccords entre eux avant le 13 avril 2005 déjà. Le fait que les associés étaient en litige s'agissant d'une plus-value obtenue par l'un d'entre eux sur l'un des terrains de l'hoirie [...] et quant à la gratuité d'un mandat d'architecte promis par V. _____ en faveur de l'appelant n'exempte pas non plus celui-ci de son devoir de fidélité et d'information

- 35 - envers la société, donc avec son associé en sa qualité d'unique autre gérant. Le deuxième élément objectif de la gestion déloyale est donc également réalisé. 5.2.3

L'existence d'un dommage subi par la sàrl, sous la forme d'un gain manqué, en raison des agissements du prévenu, est aussi manifeste. Le pacte d'emption a privé H. _____ d'une affaire qui lui était promise selon les déclarations du promettant lui-même, lequel aurait sans autre accepté de traiter avec elle pour autant qu'il n'ait eu qu'un seul interlocuteur. Si la société avait réalisé l'opération envisagée par les associés au début de l'année 2005, elle en aurait retiré un profit conséquent, comme le prouve le bénéfice obtenu en 2007 par l'appelant après division et revente du bien-fonds promis-vendu le 13 avril 2005. Le troisième et dernier élément objectif de la gestion déloyale est donc aussi donné. A noter au surplus que les premiers juges considèrent que la signature de l'acte d'emption du 13 avril 2005 n'était pas constitutive de l'infraction, laquelle n'aurait été consommée que lors de l'exercice du droit d'emption par le prévenu aux fins de revente des parcelles.

Indépendamment de son exercice, c'est toutefois le droit d'emption lui-même qui a empêché la sàrl de négocier avec le promettant-vendeur et de signer quelque acte que ce soit avec lui, alors même que la société envisageait de le faire quelque trois mois auparavant en tout cas. En effet, sa lettre à P. _____ du 11 janvier 2005 exprime de manière on ne peut plus claire et reconnaissable la volonté de sàrl d'acquérir les parcelles litigieuses. Partant, l'existence du droit d'emption cédé au prévenu a suffi à causer à la sàrl un dommage sous la forme d'un gain manqué. 5.2.4 Reste à examiner l'élément subjectif de la gestion déloyale. Il est établi qu'une partie au moins des opérations concernant les deux gérants était effectuée en leurs noms propres et que des conventions séparées étaient conclues pour la répartition des bénéfices. C'est ainsi, par exemple, que la pièce 7/6 prévoit notamment l'abandon

- 36 - sur deux parcelles par la société du droit d'emption dont elle était titulaire (cf. P. 5/10). Il est plus insolite que le solde de la pièce 7/6 et l'entier de la pièce 7/3 mentionnent, selon les lots, l'attribution des bénéfices provenant de la vente soit à l'appelant soit à V. _____, alors que l'existence d'une sàrl constituée pour des opérations déterminées commanderait que tous les bénéfices lui reviennent. Il résulte même des comptes au dossier que cette société n'était pas loin d'être une coquille vide. En effet, elle a réalisé 122'000 fr. et 222'000 fr. de chiffre d'affaires en 2005 et en 2006 respectivement, alors qu'elle avait été constituée pour des opérations ayant entraîné des centaines de milliers de francs de plus-value. Malgré ces différents éléments, rien ne permet d'admettre l'existence d'un accord, même tacite, dont il résulterait que chaque associé avait l'assentiment de l'autre pour conclure en son nom propre toutes les affaires qu'il voudrait. La répartition de certains bénéfices directement par les associés est une chose; une liberté de contracter de part et d'autre à l'encontre du but et des intérêts de la société en est une autre. Celle-ci ne peut être déduite de celle-là. Au surplus, et cet élément est décisif, au moment où l'appelant a fait le choix de solliciter séparément P. _____ pour obtenir de lui la promesse de vente de la parcelle en cause, la situation était tout à fait claire : agissant ensemble, les deux associés

avaient entrepris moins de trois mois auparavant, soit le 11 janvier 2005, de négocier au nom de la sàrl, qui venait d'en acquérir d'autres, l'acquisition de dites parcelles. Il s'ensuit que l'inscription au Registre foncier du droit d'emption incriminé pour une durée de quelque deux ans, dont l'appelant se prévaut pour exciper du consentement de V. _____, n'a pas la portée qu'il tente de lui conférer. La publicité de l'acte par l'effet de son inscription n'affecte en effet pas l'intention dolosive initiale de son auteur. De plus, l'inscription est de toute manière postérieure aux négociations menées avec le promettant-vendeur par le prévenu en violation de son devoir de réserve et de fidélité. C'est le lieu de rappeler que le comportement incriminé n'est pas l'aliénation des parcelles issu du démembrement du fonds promis-vendu, mais la captation du droit d'emption quelque deux ans auparavant; une éventuelle connaissance par V. _____ du pacte d'emption par consultation du

- 37 - Registre foncier – du reste non établie – est dès lors à distinguer de tout éventuel consentement tacite à l'acte de gestion déloyale. Pour le reste, il est établi que le prévenu a délibérément agi à l'insu de son associé et, partant, de la société, ce dans le dessein de se procurer un avantage économique indu. La discrétion qu'il a sollicitée de dame [...] en témoigne davantage encore si besoin en était. Les éléments qui précèdent infirment le moyen, articulé par l'appelant en plaidoirie, d'un consentement tacite résultant d'un désintéret manifesté à l'égard de l'opération vu la durée écoulée du 13 avril 2005 aux reventes. Partant, l'intention du prévenu de violer ses devoirs de gestion, dans le dessein de se procurer un enrichissement illégitime, ne fait pas de doute. L'élément subjectif de l'infraction est donc aussi donné. 5.2.5 La condamnation de l'appelant pour gestion déloyale est ainsi bien fondée. 6. L'appelant ne conteste expressément ni le genre, ni la quotité de la peine, pas plus que le délai d'épreuve ou la règle de conduite assortissant le sursis. Il y a cependant lieu de statuer d'office sur ces points, dès lors que l'appelant a expressément conclu à son acquittement. 6.1 La peine prononcée se situe dans les limites de l'art. 158 ch. 1 CP, étant précisé que la circonstance aggravante de l'art. 158 ch. 1 al. 3 CP est donnée vu le dessein d'enrichissement illégitime. Elle ne prête pas le flanc à la critique sous l'angle de l'art. 47 CP, compte tenu de la culpabilité du prévenu, de sa situation personnelle et de l'effet de la peine sur son avenir. L'intéressé ne manifeste en effet aucun remord et n'a pas même pris conscience de la gravité de ses actes; il a agi durant une longue période avec une volonté soutenue et en tirant profit de ses aptitudes de juriste. En particulier, il a mis sur pied un montage financier raffiné en mettant son patrimoine au nom de son épouse pour tenter d'échapper aux conséquences économiques de ses actes illicites. Il a en outre procédé de manière particulièrement dolosive en tentant de suborner un témoin. Enfin, l'infraction a été perpétrée durant le délai d'épreuve d'une précédente condamnation. On relève l'écoulement du

- 38 - temps depuis les faits incriminés. Au regard de l'ensemble des éléments, la peine privative de liberté de quinze mois prononcée par les premiers juges doit être confirmée. 6.2 La durée du délai d'épreuve doit être déterminée en fonction des circonstances du cas, ainsi que du risque de récidive (TF 6B_1030/2008 du 23 février 2009 c. 3.1). En l'espèce, le délai d'épreuve assortissant le sursis octroyé par les premiers juges équivaut à la limite supérieure de l'art. 44 al. 1 CP. Le tribunal correctionnel motive la longueur de ce délai par l'impératif d'aider le prévenu à s'amender. Les premiers juges ont toutefois oublié que le prévenu bénéficie d'une bonne intégration sociale, exerce apparemment avec compétence des activités économiques pérennes et n'a pas attiré l'attention des autorités pénales depuis les faits litigieux, qui remontent à une bonne demi-douzaine d'années, soit plus que le délai

d'épreuve maximal prévu par la loi. Au vu de ces éléments favorables, d'une portée évidente, aucun motif particulier de prévention spéciale n'impose un délai d'épreuve fixé au maximum légal. Le délai d'épreuve retenu par le tribunal correctionnel apparaît ainsi excessif, même s'il convient assurément de fixer un délai proche de la limite supérieure de l'éventail légal. Il doit en effet être tenu compte de l'attitude de déni du prévenu durant toute la procédure et de ses multiples manœuvres pour échapper à ses responsabilités, éléments qui ne sont pas de bon pronostic. Tout bien pesé, c'est un délai d'épreuve de quatre ans qui doit assortir le sursis, un tel délai paraissant adéquat pour prévenir efficacement tout risque de réitération. Le jugement doit être réformé dans cette mesure. 6.3 Pour ce qui est de la règle de conduite assortissant le sursis, prévue par l'art. 44 al. 1 CP, il s'agit d'un aménagement légal tendant à l'amendement du condamné, donc à limiter le danger de réitération; ce sont dès lors des motifs de prévention spéciale qui doivent prévaloir (Kuhn, dans : Roth/Moreillon [éd.], Commentaire romand, Bâle 2009, n. 16 ad art. 44 CP, p. 448). Dans le cas particulier, les premiers juges ont

- 39 - considéré que la règle imposée procède, à l'instar du délai d'épreuve, de l'impératif d'aider le prévenu à s'amender. Cette motivation est conforme à la loi dans son principe, tout comme il est adéquat de prévoir, toujours au titre de la règle de conduite, la réparation du préjudice économique causé du fait de l'infraction réprimée (art. 94 CP). Cependant, quant à l'ampleur de la règle à imposer, il y a lieu de prendre garde à ne pas entamer le minimum vital du condamné. Il est établi qu'en 2010, l'appelant a gagné 218'870 fr. et son épouse, dont il est séparé de biens depuis 1996, 112'649 francs; R._____ a réalisé un bénéfice de 90'343 fr. en 2010; la société S._____ a, selon le prévenu, réalisé un bénéfice d'environ 140'000 fr. en 2010. Le prévenu en est l'administrateur unique; il n'a pas encore été décidé s'il percevra des tantièmes de cette société pour l'exercice 2010; sa fortune personnelle est pour l'essentiel constituée de sa part de 30 % dans S._____ ainsi que d'une part dans R._____. Ces revenus sont certes très confortables. Il n'en reste cependant pas moins qu'il ne saurait être fait abstraction de la charge fiscale y afférente, qui doit être tenue pour élevée à un tel niveau de revenu. A ceci s'ajoute que le prévenu est père de deux enfants. Au vu de ces éléments, le paiement annuel de 120'000 fr. imposé au titre de règle de conduite est de nature à compromettre son minimum vital, même par versements en principe mensuels de 10'000 francs. Ce montant équivaut en effet à la charge hypothécaire de la villa occupée par le couple et excède le gain de R._____ pour ascender à plus de la moitié du revenu propre total du prévenu pour l'année 2010. Il s'ensuit que le condamné serait alors tributaire de la marche des affaires de S._____, ce qui est un aléa auquel il ne peut raisonnablement être exposé par une règle de conduite légale. La réparation du dommage doit ainsi être étalée sur un délai sensiblement supérieur. Le jugement doit donc être réformé en ce sens que le prévenu est tenu, durant le délai d'épreuve, au titre de règle de conduite en réparation du dommage, de rembourser chaque année au 31 décembre au plus tard, la première fois le 31 décembre 2012, à la société H._____ la somme de 60'000 fr., à raison de versements en principe mensuels de 5'000 francs.

- 40 - 7. Outre le principe et la quotité des conclusions civiles allouées à H._____, l'appelant conteste la qualité de partie de celle-ci au procès pénal. Il y a lieu de statuer sur cette conclusion avant tout examen de la créance en réparation au fond, son admission étant de nature à priver d'objet la question du dédommagement en droit matériel comme on le verra plus en détail ci-dessous. 7.1 La plainte pénale à l'origine de la présente procédure a été déposée par V._____ agissant en son nom propre. La sàrl n'est jamais intervenue,

sachant que les désaccords entre ses organes dirigeants empêchaient à partir de 2009 la tenue de toute assemblée générale. Ce n'est que peu avant l'audience du tribunal correctionnel qu'est devenue exécutoire la décision du juge civil nommant un commissaire à la sàrl, la juridiction fédérale ayant, par décision du 4 octobre 2011, refusé d'accorder l'effet suspensif au recours interjeté par l'appelant contre cette décision. Le commissaire a immédiatement déclaré que la sàrl entendait participer au procès en tant que plaignante au pénal et demanderesse au civil (P. 36). La direction de la procédure du tribunal correctionnel a admis la sàrl au procès en qualité de partie civile plaignante par prononcé du 24 octobre 2011. Le 22 novembre suivant, elle a rejeté la requête du prévenu tendant au rejet de la demande de la sàrl. Enfin, le 29 novembre 2011, le tribunal correctionnel a rejeté la requête du prévenu (jugement, pp. 11 s.). Par arrêt du 10 novembre 2011, la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (476/2011) a déclaré irrecevable le recours dirigé contre le prononcé du 24 octobre 2011, pour le motif que la décision entreprise n'était pas sujette à recours, mais ne pouvait, bien plutôt, être attaquée qu'avec le jugement final. Il s'ensuit que la question doit être tranchée par la cour de céans, l'intérêt juridique de l'appelant étant évident. En effet, si la sàrl ne pouvait être admise au procès, ses conclusions civiles ne pourraient par principe lui être allouées. 7.2 Selon l'art. 94 al. 1er CPP, une partie peut demander la restitution du délai si elle a été empêchée de l'observer et qu'elle est de ce fait exposée à un préjudice important et irréparable; elle doit toutefois rendre vraisemblable que le défaut n'est imputable à aucune faute de sa

- 41 - part. A teneur de l'art. 94 al. 5 CPP, les al. 1 à 4 s'appliquent par analogie à l'inobservation d'un terme. Si la demande de restitution est acceptée, la direction de la procédure fixe un nouveau terme. Les dispositions relatives à la procédure par défaut sont réservées. En l'espèce, la sàrl n'est pas intervenue à la procédure avant la clôture de la procédure préliminaire, contrairement à l'exigence posée par l'art. 118 al. 3 CPP. Elle n'en est cependant pas moins fondée à obtenir une restitution de délai au sens de l'art. 94 al. 1 CPP, cette disposition s'appliquant par analogie (art. 94 al. 5 CPP). En effet, d'une part, on doit, au regard des circonstances, nier toute faute imputable à la société, cette dernière ayant par ailleurs immédiatement réagi (cf. l'art. 94 al. 2 CPP) une fois la décision civile devenue exécutoire. D'autre part, on doit admettre qu'elle subirait un préjudice important et irréparable si elle ne pouvait participer à la procédure pénale. Certes, elle conserve la faculté de faire valoir ses conclusions en réparation contre son ancien associé- gérant dans le cadre d'une procédure civile distincte. Il n'en reste cependant pas moins qu'elle garde un intérêt à obtenir la condamnation de l'appelant (elle s'est d'ailleurs également constituée partie pénale). Ce moyen de l'appelant doit donc être rejeté. Il doit dès lors être entré en matière sur les conclusions de l'appel portant sur la réparation civile en droit matériel. 8. L'appelant conteste tant le principe que la quotité des conclusions en réparation allouées à H._____.

8.1 Les premiers juges ont admis le rapport de causalité entre le comportement incriminé (soit, selon eux, le détournement du bénéfice de l'affaire; cf. jugement, p. 45 in fine) et le préjudice allégué par la demanderesse. Ils ont ensuite considéré que le gain manqué par la demanderesse correspondait au bénéfice que le prévenu avait retiré de l'opération, à savoir au gain brut sous déduction des impenses. A noter à cet égard qu'un dommage au sens de l'art. 41 CO peut consister tant en une diminution d'actif qu'en une non-augmentation d'actif, soit en un gain manqué (ATF 133 III 462; 129 III 18).

- 42 - 8.2 L'appelant soutient d'abord que le lien de causalité ferait défaut dès lors que P._____ n'aurait pas traité avec la sàrl. Ce moyen doit être écarté pour des motifs

relevant de l'établissement des faits et qui ont été examinés plus haut. Pour le reste, le lien de causalité, naturel et adéquat, entre la violation du devoir de gestion incombant à l'appelant et le dommage est évident. En effet, comme on l'a vu, la sàrl aurait pu vendre, avec profit, les parcelles promises-vendues par P. _____ si l'appelant n'avait dolosivement acquis un droit d'emption sur le bien-fonds en question dans les circonstances déjà décrites; même si l'acte illicite est la captation de la promesse de vente du 13 avril 2005, le profit issu des quatre ventes effectuées en 2007 était escompté dès le début des négociations avec le stipulant et il est dans le cours normal des choses, en l'état du marché immobilier, que des plus-values sont réalisées en cas de partition d'un terrain constructible pour y édifier des villas. Ensuite, l'appelant fait grand cas des accords passés avec V. _____ pour la répartition du bénéfice résultant des opérations précédentes et des décharges données aux gérants, par les deux associés, dans le cadre des assemblées générales de la sàrl (P. 5/8 et 5/9, précitées). Il se méprend cependant sur la portée de telles décharges. En effet, lorsqu'une société donne quitus à ses organes, la décharge ne peut par définition porter que sur les actes accomplis par dits organes ès qualités ou, en cas d'omission, par les actes qui auraient dû l'être; elle ne peut concerner des actes illicites, surtout lorsqu'ils ont été commis, comme dans le cas d'espèce, en dehors de l'activité de gestion de la sàrl, ce qui est du reste précisément la raison pour laquelle ils sont illicites. Comme l'appelant le relève lui-même (appel, p. 22), la décharge exclut toute action sociale. Or, en l'espèce, les conclusions civiles de la sàrl ne relèvent précisément pas d'une action sociale. C'est donc en vain que l'appelant se prévaut de l'art. 758 al. 1 CO, applicable à la sàrl par renvoi de l'art. 827 CO. Au surplus, les personnes qui ont coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent ou refusent décharge au conseil d'administration

- 43 - (art. 695 al. 1 CO, non modifié par la nouvelle du 16 décembre 2005 et également applicable à la sàrl par renvoi de l'art. 827 CO). Quant à la convention du 17 juin 2005, elle ne saurait être interprétée comme une renonciation de la sàrl à exiger la couverture de son dommage. D'abord parce qu'il s'agit d'un accord entre les associés qui n'engage pas la société. Ensuite car il ne ressort pas de cette convention que V. _____ ait renoncé à se prévaloir d'une couverture du dommage causé par l'opération d'achat des terrains promis-vendus par P. _____. Il n'y a donc pas de faute concomitante selon l'art. 44 al. 1 CO ni tout autre facteur de nature à rompre le rapport causal entre l'acte illicite et le préjudice. 8.3 Pour ce qui est de la quotité du dédommagement, l'appelant conteste les calculs effectués par les premiers juges. A cet égard, le tribunal correctionnel a repris purement et simplement le décompte qui lui était soumis par la partie civile dans son procédé écrit déposé à l'appui de ses conclusions en réparation du gain manqué (P. 72, précitée). Il s'est ainsi fondé sur un gain manqué brut de 699'940 fr., d'où, une fois déduits les droits de mutation et les frais de notaire, un préjudice de 654'571 fr. 10 (jugement, pp. 45 s.). Le gain brut s'élève effectivement à 699'940 francs. Pour le reste, toutefois, les calculs figurant dans la pièce 72 ne sont pas corrects : si on l'on soustrait 18'839 fr. 70, 3'212 fr. 75 et 1'132 fr. 90 du bénéfice brut de 197'720 fr. obtenu par la vente de la parcelle [...], on n'obtient pas 192'874 fr., mais 174'034 fr. 65. Il en va de même pour la parcelle [...]. Il faut retrancher des gains bruts toutes les impenses dont l'existence est établie pour les parcelles [...] à [...] et dont la partie admet dans la pièce 72 qu'elles peuvent l'être, étant précisé que la demanderesse n'avoue aucune impense afférente à la parcelle [...] dans le relevé en question. Pour la parcelle [...], l'appelant n'a pas établi d'impenses par quelque voie que ce soit. La pièce produite avec l'appel n'emporte pas la conviction (P. 90/4/7; cf.

aussi P. 59). En effet une déclaration fiscale

- 44 - signée par la partie qui s'en prévaut n'est pas probante du bien-fondé des déductions qui y sont mentionnées, mais n'exprime que la position du contribuable envers le fisc. Il faut bien plutôt constater d'abord que la quotité du droit de mutation (2,2 % pour le canton et 1,1 % pour la commune, soit 3,3 % de l'assiette fiscale) est prévue par les normes applicables sans que de plus amples calculs soient nécessaires, étant rappelé que la cour de céans applique le droit d'office (art. 10 de la loi cantonale concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations [LMSD], RSV 648.11; art. 23 ss de la loi cantonale sur les impôts communaux [LCom], RSV 650.11). Il convient de relever ensuite que cette quotité résulte des pièces produites pour les autres parcelles, alors que le montant de base (460'720 fr.) est par ailleurs connu. Il faut donc en tenir compte d'office, ce qui implique une déduction supplémentaire de 15'203 fr. 70. Le gain manqué net s'élève ainsi à 621'688 fr. 60 en capital. Le jugement doit être réformé dans cette mesure. Pour le surplus, les points de départ des intérêts tel qu'arrêtés par les premiers juges sur la base de la date de chacune des ventes successives des parcelles peuvent être confirmés. En effet, les dates des aliénations des quatre parcelles à l'origine des gains illicites peuvent être présumées coïncider avec l'encaissement des prix indûment obtenus.

8.4 L'appelant soutient encore que la quotité de son bénéfice doit être appréciée en tenant compte des montants à lui facturés par R. _____, à raison de 43'040 fr. pour chacune des parcelles [...] à [...]. On ignore cependant la cause du versement de montants aussi conséquents à R. _____. D'ailleurs, cette société est en mains de l'appelant et de son épouse, d'où un intérêt économique manifeste de la partie à augmenter les revenus de cette entreprise. Qui plus est, on ne voit au surplus nullement, vu son but social (nettoyage de conteneurs à ordures), à quel titre elle serait intervenue pour faire des impenses sur ces parcelles. La facture de R. _____ à l'appelant mentionne uniquement «(...) notre note d'honoraires d'intervention en ce qui concerne la vente de la parcelle n° (...)» (P. sous liasse 60, non numérotée séparément). A défaut de toute

- 45 - précision, cette mention est très insuffisante pour retenir qu'il y ait ici une impense, à plus forte raison que dite impense soit justifiée. Il n'y a donc pas lieu à tenir compte de ces montants.

9. L'appelant, invoquant l'art. 115 CPP, conteste enfin qu'il soit donné acte de ses réserves civiles à V. _____, faute pour ce dernier d'avoir, selon lui, la qualité de lésé au sens de l'art. 115 CPP. Il conclut dès lors à ce que les conclusions civiles de ce dernier soient rejetées, à savoir qu'il ne lui soit pas même donné acte de ses réserves civiles, et à ce que des dépens ne lui soient pas alloués. L'instruction pénale a été ouverte par suite d'une plainte de V. _____ dirigée contre le prévenu pour gestion déloyale. Le prévenu n'a jamais contesté que V. _____ ait eu qualité pour déposer plainte. V. _____ a été plaignant dès le début de la procédure (introduite sous l'empire de l'ancien droit), sans que l'appelant n'ait soulevé de moyen à ce propos à quelque phase que ce soit de l'instruction pénale. Il a ainsi notamment participé aux débats en qualité de plaignant sans que le prévenu – qui a pourtant contesté par la voie incidente que la sàrl participe au procès en qualité de partie civile – ne s'y soit opposé. Or, le plaignant est de plein droit partie à la procédure pénale selon le principe consacré par l'art. 104 al. 1 let. b CPP, applicable en droit intertemporel en vertu de l'art. 448 al. 1 CPP, ce principe étant du reste prévu auparavant par l'art. 42 CPP-VD. Sachant que la qualité de plaignant de V. _____ n'a pas été mise en cause, il est vain de lui contester désormais celle de lésé, cette qualité-là impliquant celle-ci (art. 115 al. 2 et art. 118 al. 1 et 2 CPP). Il résulte au surplus de l'article 119 al. 2 CPP que le

lésé peut, cumulativement ou alternativement, (a) demander la poursuite et la condamnation de la personne pénalement responsable de l'infraction (plainte pénale) ou (b) faire valoir des conclusions civiles déduites de l'infraction (action civile) par adhésion à la procédure pénale. Au surplus, s'il résulte de l'art. 115 CPP que le lésé doit, pour prétendre à cette qualité, avoir été touché directement par l'infraction et

- 46 - s'il est admis que, en règle générale, tel n'est pas le cas de l'actionnaire d'une personne morale touchée par une infraction (cf., outre les références citées par l'appelant [déclaration d'appel, ch. 4, p. 23], Piquerez/Macaluso, Procédure pénale suisse, 3e éd., Genève/Zurich/ Bâle 2011, n° 1622, p. 555), la situation de l'espèce est bien plus complexe. D'abord parce que la personne morale n'avait tant comme titulaires de parts sociales que comme gérants que les deux parties. Ensuite pour le motif que les relations entre les deux associés quant aux affaires immobilières du quartier des [...] étaient en partie traitées hors du cadre de la sàrl, s'agissant en particulier de la répartition des bénéfices. Dans ces conditions, il eût été arbitraire de dénier à V. _____ la qualité de déposer plainte et de demander la poursuite pénale et la condamnation de l'appelant. Sachant que le plaignant a obtenu gain de cause à l'action pénale, c'est ainsi à juste titre que les premiers juges lui ont alloué des dépens pénaux conformément à l'art. 433 al. 1 let. a CPP, applicable en vertu de l'art. 448 al. 1 CPP pour ce qui est du droit transitoire. La quotité des dépens n'est par ailleurs pas contestée. Il résulte de ce qui précède que ni la qualité de plaignant de V. _____, ni l'allocation de dépens à celui-ci ne peuvent être remises en cause. Cela étant, l'appelant conteste aussi le jugement dans la mesure où son dispositif donne acte au plaignant de ses réserves civiles. Sur ce point, il convient de constater que cette décision n'a pas d'effet condamnatoire. Partant, l'appelant n'a pas d'intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 382 al. 1 CPP à la contester par la voie de l'appel. L'appel doit donc être rejeté pour ce qui est des conclusions civiles de V. _____. 10. Enfin, l'appelant conteste le sort des frais de première instance. Le prévenu succombant à l'action pénale, c'est à juste titre sur le principe que les frais ont été mis à sa charge (cf. l'art. 426 al. 1, 1e phrase, CPP). Cela étant, l'appelant obtient gain de cause à raison de quelque 10

- 47 - % sur les conclusions civiles de l'intimée. Ce gain très partiel du procès ne justifie cependant pas que les frais soient répartis entre ces deux parties. En effet, l'appelant se limite à profiter de menues erreurs de calcul des premiers juges sur le relevé de la demanderesse; il n'obtient gain de cause sur aucun poste de dommage quant au principe. Or, l'art. 427 al. 1, notamment let. c, CPP ne permet de mettre à la charge de la partie plaignante les frais de procédure causés par ses conclusions civiles qu'en cas de perte du procès quant au principe desdites conclusions. Il n'y a dès lors pas matière à déroger au principe posé par l'art. 426 al. 1, 1e phrase, CPP. Cette conclusion de l'appel doit donc aussi être rejetée. 11. Les mêmes considérations s'appliquent mutatis mutandis aux frais de l'instance d'appel. Si le prévenu obtient gain de cause partiellement, il ne bénéficie de l'adjudications de ses conclusions sur aucune question de principe, mais uniquement – et encore dans une mesure limitée – quant à deux modalités du sursis (le délai d'épreuve et la règle de conduite), ainsi, comme on l'a vu, que sur le montant de la réparation civile, dans une faible mesure là encore. En outre, les modalités du sursis n'ont pas même fait l'objet de conclusions séparées mais ont été examinées d'office. La modification de la décision en faveur de l'appelant doit donc être tenue pour de peu d'importance au sens de l'art. 428 al. 2 let. b CPP. A contrario, de telles circonstances excluent toute mise à charge, si partielle soit-elle, des frais à l'Etat ou à une partie intimée en application de l'art. 428 al. 1 CPP. Le sort de l'appel doit ainsi rester

sans effet sur celui des frais, qui doivent donc être entièrement mis à la charge du prévenu.
12. L'intimée H._____ a requis une indemnité au titre des dépenses obligatoires occasionnées par la procédure d'appel. Cette conclusion doit lui être entièrement allouée en application de l'art. 433 al. 1 let. a CPP, sachant que cette partie, représentée par un avocat de choix, obtient gain de cause sur le principe à l'encontre de l'appelant. L'indemnité doit être arrêtée à 5'200 fr., TVA comprise, au vu de la liste détaillée produite à l'audience par le conseil de l'intimée (art. 433 al. 2, 1e phrase, CPP).

- 48 - Quant à l'intimé V._____, il n'a pas requis d'indemnité pour ses dépenses obligatoires occasionnées par la procédure d'appel, ni chiffré et motivé de telles prétentions. Or, l'art. 433 CPP exclut qu'elle soit allouée d'office. L'appelant succombant sur le principe, la conclusion de l'appel tentant à l'octroi d'une indemnité selon l'art. 429 al. 1 CPP en sa faveur doit être rejetée.

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