Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.24/2007 /rod

Arrêt du 6 mars 2007
Cour de cassation pénale

Composition
MM. les Juges Schneider, Président,
Wiprächtiger et Ferrari.
Greffière: Mme Kistler.

Parties
X._____,
recourante, représentée par Me Eric C. Stampfli, avocat,

contre

Procureur général du canton de Genève,
case postale 3565, 1211 Genève 3.

Objet
Gestion fautive (art. 165 CP),

pourvoi en nullité contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale, du 13 décembre 2006.

Faits :
A.
Par jugement du 16 mai 2006, le Tribunal de police du canton de Genève a condamné X._____ pour gestion fautive à la peine d'un mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans.

Statuant le 13 décembre 2006, la Cour de justice genevoise a rejeté l'appel formé par X._____ et confirmé le jugement de première instance.
B.
La condamnation de X._____ pour gestion fautive repose sur les faits suivants:
B.a X._____ était la directrice et l'administratrice unique avec signature individuelle de la société Y._____SA, inscrite au registre du commerce le 16 janvier 1996. Cette société avait pour but le conseil en ressource humaine et placement de personnel. Le capital de 120'000 fr., était détenu par X._____ (40 %), A._____ (40 %), B._____ (10 %) et C._____ (10 %).

Durant l'année 2000, X._____ a prélevé par le débit du compte courant de la société ouvert auprès du Crédit Suisse un montant total de 226'700 fr. Ce montant comprenait aussi bien son salaire, soit 96'000 fr. plus 500 fr. mensuellement à titre de frais de représentation qu'une avance sur salaire futur de 124'700 fr. qu'elle s'est octroyée et n'a jamais été en mesure de rembourser lorsque, peu après, la société a dû mettre fin à ses activités. En février 2001, elle s'est fait payer par la société un séjour privé à l'Ile Maurice d'une valeur de 9472 fr. En outre, elle a dépensé au titre de frais de représentation des sommes de 14'826 fr. en 2000 et de 7790 fr. 75 en 2001, en sus de ses frais de représentation convenus par contrat.

La société a commencé à connaître des difficultés financières en 1999. Selon le bilan au 31 décembre 2000, elle n'était pas encore surendettée et le réviseur a recommandé l'approbation des comptes lors de l'assemblée

générale ordinaire qui s'est tenue le 9 août 2001, sous réserve du fait que la créance contre X._____ (56'757 fr. 73) était trop élevée. Le surendettement de la société est apparu en 2001. A teneur du bilan au 31 août 2001, la société avait une créance d'un montant de 58'110 fr. 83 contre X._____ et de 16'009 fr. 10 contre un autre actionnaire. Ces deux créances n'étaient pas provisionnées, hormis un montant de 7151 fr. 35 pour débiteurs douteux provisionné au 31 décembre 2000.

Le 4 septembre 2001, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société.
B.b En droit, la cour cantonale a retenu que X._____ s'était rendue coupable de gestion fautive selon l'art. 165 CP. Elle a considéré que cette dernière avait causé ou aggravé, par ses fautes de gestion, le surendettement de la société, qui était tombée en faillite en septembre 2001. Elle a estimé que les crédits dont X._____ avait bénéficié avaient été octroyés à la légère par la société et qualifié de dépenses exagérées les frais de représentation pour les années 2000 et 2001 ainsi que le voyage à l'Ile Maurice. Comme la recourante ne pouvait pas ignorer la situation financière de la société ni que ses actes la mettaient en péril, elle a retenu que l'élément subjectif de l'infraction était réalisé.
C.
Contre l'arrêt cantonal, X._____ dépose un pourvoi en nullité devant le Tribunal fédéral. Dénonçant la violation de l'art. 165 CP, elle conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
L'arrêt attaqué a été rendu avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007, de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110). Or, conformément à l'art. 132 al. 1 LTF, cette loi ne s'applique aux procédures de recours que si l'acte attaqué a été rendu après son entrée en vigueur. C'est donc sur la base de l'ancien droit de procédure, en l'espèce les art. 268 ss PPF concernant le pourvoi en nullité, que doit être tranchée la présente cause.

En outre, le 1er janvier 2007 sont également entrées en vigueur les nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal. Toutefois, celles-ci ne sont pas non plus applicables puisque le Tribunal fédéral saisi d'un pourvoi en nullité examine uniquement la question de savoir si l'autorité cantonale a correctement appliqué le droit fédéral (art. 269 al 1 PPF), soit celui qui était en vigueur au moment où elle a statué (ATF 129 IV 49 consid. 5.3 p. 51 s. et les arrêts cités).
2.
Le pourvoi en nullité n'est recevable que pour violation du droit fédéral (art. 269 PPF), et la Cour de cassation est liée par les constatations de fait de l'autorité précédente (art. 277bis al. 1 PPF) dont elle ne saurait s'écarter. La Cour de cassation ne pouvant dès lors examiner l'application du droit fédéral que sur la base de l'état de fait retenu par l'autorité précédente, le recourant doit mener son raisonnement juridique sur cette seule base et ne peut se fonder sur une version des faits différente. Dans la mesure où son argumentation s'écarte des faits constatés par l'autorité précédente, il n'en est pas tenu compte; si son argumentation est entièrement ou pour l'essentiel fondée sur un autre état de fait, le grief est irrecevable (ATF 126 IV 65 consid. 1 p. 66 s.).
3.
3.1 Selon l'art. 165 CP, le débiteur qui, de manières autres que celles visées à l'art. 164 CP, 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 de l'emprisonnement pour cinq ans au plus.

Condamnée pour gestion fautive selon l'art. 165 CP, la recourante conteste que les éléments constitutifs de cette infraction soient réalisés. Elle relève que la société n'était pas surendettée au 31 décembre 2000 et en conclut que les dépenses et les crédits dont elle a bénéficié pour l'exercice 2000 n'ont pas causé un surendettement. Quant aux frais de représentation et de voyage afférents à l'année 2001, ils ne sauraient être qualifiés d'exagérés, mais correspondraient à la réalité commerciale et à la marche des affaires, compte tenu du chiffre

d'affaires de la société en l'an 2000 de plus de 600'000 fr. Sur le plan subjectif, la recourante conteste avoir adopté volontairement un comportement qui doit être qualifié de fautif.
3.2 L'infraction de gestion fautive ne peut être commise que par le débiteur. Toutefois, lorsque le délit est commis dans la gestion d'une personne morale, l'art. 172 CP assimile au débiteur celui qui a agi en qualité d'organe ou de membre d'un tel organe.

En l'espèce, la recourante, qui est l'administratrice unique de la société débitrice, peut donc être poursuivie.
3.3 L'art. 165 al. 1 CP mentionne comme faute de gestion les dépenses exagérées. Les dépenses peuvent apparaître exagérées en fonction des ressources du débiteur, mais aussi en tenant compte de leur faible justification commerciale (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, Berne 2002, art. 165, n. 24; Brunner, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Bâle, Genève et Munich 2003, art. 165, n. 30; contra: Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2e éd., Zurich 1997, art. 165, n. 3a). Une entreprise fait notamment des dépenses exagérées si elle consacre des sommes manifestement disproportionnées, compte tenu de ses ressources, à des voyages, des invitations ou des missions dont on ne peut raisonnablement attendre des résultats en rapport avec les dépenses (Corboz, op. cit., art. 165, n. 24). Sont aussi qualifiés de dépenses exagérées les prélèvements privés opérés par les organes sur la fortune de la société (Brunner, op. cit., art. 165, n. 30). Le législateur mentionne comme autres exemples de faute de gestion l'octroi à la légère de crédit. Il en va ainsi lorsque le débiteur accorde un crédit à des personnes ne présentant pas de garanties suffisantes (Corboz, op. cit., art. 165, n. 26).
En l'occurrence, les crédits pour un montant de 124'700 fr. que la recourante s'est fait octroyer par la société durant l'année 2000 à titre d'avance de salaires constituent en réalité des prélèvements privés opérés sur la fortune de la société par l'administratrice unique au bénéfice d'une signature individuelle. De tels montants, prélevés sur une brève période, constituent sans aucun doute des dépenses exagérées au sens de la disposition pénale. Au demeurant, le motif invoqué - avances sur salaire - ne saurait en justifier l'importance dès lors que pour l'ensemble de l'année ils dépassent de 20% le salaire contractuel. En tant que crédits, on doit considérer qu'ils ont été accordés à la légère par l'administratrice à elle-même, dès lors qu'il n'y avait ni plan de remboursement, ni garantie quelconque.

Par ailleurs, le voyage privé à l'Ile Maurice, d'une valeur de 9472 fr., que la recourante s'est fait payer par la société en 2001, constitue également une dépense exagérée, dans la mesure où il s'agit d'un prélèvement sans aucune relation véritable avec la gestion des affaires de la société.

Enfin, les frais de représentation de la recourante, outre le montant qu'elle recevait mensuellement à ce titre, s'élèvaient à 14'826 fr. en 2000 et à 7790 fr. 75 en 2001. Ses factures de restaurant ont avoisiné souvent les 1000 fr. (1800 fr. une fois en août 2000) et ses frais d'avion pouvaient se monter à 1800 fr. (le 20 novembre 2000). De tels frais étaient manifestement excessifs par rapport aux moyens financiers d'une société de petite taille qui connaissait des difficultés financières en 1999 déjà. Lorsque la recourante affirme pour justifier l'importance de ces frais que le chiffre d'affaires de la société était de 600'000 fr., elle se fonde sur des faits qui ne figurent pas dans l'arrêt attaqué, de sorte que son argumentation est irrecevable.

En définitive, c'est à juste titre que la cour cantonale a retenu que la recourante avait commis des fautes de gestion, en s'octroyant à la légère des crédits, en se faisant payer un séjour privé à l'Ile Maurice ainsi qu'en se faisant rembourser des frais de représentation et de déplacement excessifs.
3.4 La gestion fautive doit avoir pour conséquence le surendettement du débiteur ou son insolvabilité. La notion de surendettement, qui s'applique au débiteur soumis à la poursuite par la voie de la faillite, découle de l'art. 725 al. 2 CO et signifie que, sur le plan comptable, les dettes ne sont plus couvertes ni sur la base d'un bilan d'exploitation, ni sur la base d'un bilan de liquidation, autrement dit que les passifs excèdent les actifs (Corboz, op. cit., art. 165, n. 31). Il n'est pas nécessaire que les actes reprochés à l'auteur soient seuls à l'origine du surendettement ni qu'ils en soient la cause directe. Il suffit que l'acte de gestion fautive ait joué un rôle causal en contribuant à l'apparition du surendettement ou à son aggravation et qu'il ait été propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie à entraîner un tel résultat (ATF 115 IV 38 consid. 2 p. 41).

Selon le bilan du 31 août 2001, la société se trouvait alors en état de surendettement. En réalité, l'état de collocation a fait apparaître des passifs beaucoup plus importants que ceux portés au bilan du 31 août 2001. Au

moment de la faillite, la société ne disposait plus d'aucun actif liquide pour avancer les frais de liquidation.

La cour cantonale a retenu, de manière à lier la cour de céans, que les fautes de gestion avaient nécessairement joué un rôle causal dans l'apparition du surendettement, dès lors qu'elles avaient grevé inutilement la société (causalité naturelle). Pour le surplus, le fait de mener un train de vie disproportionné est, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, un facteur de nature à entraîner le surendettement d'une société qui connaît déjà des difficultés, de sorte que la condition de la causalité adéquate est également donnée. Il est sans importance que les fautes de gestion commises, pour l'essentiel en 2000, n'aient pas conduit au surendettement de la société déjà en 2000, mais que celui-ci ne soit apparu que dans la première moitié de l'année 2001. Si la société n'était pas déjà en état de surendettement en 2000, cela tient aussi au fait que le bilan au 31 décembre 2000 avait été fortement enjolivé, puisque figurait, à l'actif, une créance de 56'000 fr. à l'égard de la recourante, dont le recouvrement était plus qu'incertain et qui n'était pas provisionnée.

Les fautes de gestions de la recourante ont donc causé le surendettement de la société.
3.5 L'aspect subjectif de l'infraction de gestion fautive a donné lieu à de nombreuses controverses.

Le message du Conseil fédéral présente l'élément subjectif de l'infraction en disant qu'il s'agit d'un délit intentionnel qui, en raison de la définition de formes particulières de gestion fautive (octroi ou utilisation à la légère de crédits, négligence coupable dans l'exercice de la profession ou dans l'administration des biens) contient néanmoins certains éléments de négligence (FF 1991 II 1037).

Critiquant le Conseil fédéral, Stratenwerth et Jenny estiment que sous l'empire du nouveau droit la réalisation de l'infraction suppose l'intention, tout au moins sous la forme du dol éventuel, tant en ce qui concerne le fait de causer ou d'aggraver l'insolvabilité ou le surendettement que les circonstances qui font apparaître son comportement comme léger ou négligent (Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6e éd., Berne 2003, § 23, n. 27; dans le même sens, Bruno Kistler, La gestion fautive en tant que délit intentionnel, PJA 12/1997, p. 1492). Selon Corboz, le délinquant doit avoir adopté volontairement un comportement qui, considéré objectivement, doit être qualifié de fautif, en fonction de circonstances dont il avait connaissance ou acceptait l'éventualité. Cet auteur atténue cependant les exigences de l'intention en ce qui concerne le résultat de l'infraction, en ce sens qu'il n'exige pas que l'intention, même sous la forme du dol éventuel, porte sur toutes les conséquences de la mauvaise gestion. D'après lui, l'acte doit être propre - ce que l'auteur doit savoir - à contribuer à causer l'insolvabilité ou à aggraver l'insolvabilité qui existait déjà (Corboz,
op. cit., art. 165, n. 52 ss; dans ce sens, cf. aussi arrêt du 9 mai 2001 du Tribunal fédéral 6P.180/2000 et 6S.813/2000, consid. 2; arrêt du 26 mai 1983 du Tribunal fédéral Str.52/1983, publié in SJ 1984 169 ss, consid. 2).

Trechsel est d'avis que l'intention n'est exigée que pour les actes de gestion, mais que la négligence grave suffit pour les conséquences des actes (Trechsel, op. cit., art. 165, n. 6; Yann Wermeille, La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive, RPS 117 (1999), p. 393 s.). Pour Brunner enfin, l'infraction de gestion fautive peut être commise intentionnellement ou par dol éventuel, mais aussi par négligence grave (Brunner, op. cit., art. 165, n. 49; cf. aussi Peter Herren, Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB, thèse Fribourg 2006, p. 120 ss).

Il n'y a pas lieu de se prononcer sur cette querelle de doctrine en l'espèce, puisque les faits constatés dans l'arrêt attaqué conduisent à admettre le dol éventuel.
3.6 A cet égard, on peut rappeler que savoir ce que l'auteur voulait, savait ou ce dont il s'accommodait relève du contenu de la pensée, donc de l'établissement des faits, qui ne peuvent être revus dans le cadre d'un pourvoi en nullité (art. 273 al. 1 let. b, art. 277bis PPF; ATF 125 IV 242 consid. 3c p. 252; 119 IV 1 consid. 5a p. 3). En l'espèce, la cour cantonale a retenu que la recourante, en tant qu'administratrice de la société et employée principale, en connaissait la situation financière et qu'elle ne pouvait ignorer que ses actes de gestion mettaient en péril la société. En soutenant que les circonstances dont elle avait connaissance ne lui permettaient pas de considérer que ses actes pouvaient entraîner le surendettement de la société, la recourante s'écarte donc

de l'état de fait cantonal, de sorte que son grief est irrecevable. Du moment qu'il est admis que la recourante était consciente des circonstances qui rendaient blâmables son comportement et des conséquences possibles de celui-ci et qu'elle les avait implicitement acceptées, l'élément intentionnel de l'infraction, sous la forme du dol éventuel, est réalisé.
3.7 Enfin, la condition objective de punissabilité est remplie, puisque la faillite de la société a été prononcée le 4 septembre 2001. Il s'ensuit que la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en condamnant la recourante pour gestion fautive.
4.
Dans la mesure où il est recevable, le pourvoi doit être rejeté.

La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais (art. 278 al. 1 PPF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le pourvoi est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 2000 fr. est mis à la charge de la recourante.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante, au Procureur général genevois et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale.
Lausanne, le 6 mars 2007
Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: