

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.142/2003 /viz

Arrêt du 4 juillet 2003
Cour de cassation pénale

Composition
MM. les Juges Schneider, Président, Kolly et Karlen.
Greffière: Mme Kistler.

Parties
A. _____,
recourant, représenté par Me Pierre Gauye, avocat,
rue de la Dixence 19, case postale 640, 1951 Sion,

contre

Ministère public du canton du Valais, Palais de Justice, case postale 2050, 1950 Sion 2.

Objet
crimes dans la faillite etc. (art. 163, 164 et 166 CP); mesure de la peine (art. 63 et 64 CP, art. 6
CEDH),

pourvoi en nullité contre le jugement du Tribunal cantonal du Valais, Cour pénale II, du 21 mars 2003.

Faits:

A.
Par jugement du 6 juin 2001, le juge ad hoc du district de Sion a condamné A. _____ à la peine de cinq mois d'emprisonnement, avec sursis pendant deux ans, pour banqueroute frauduleuse, diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers, gestion fautive et violation de l'obligation de tenir une comptabilité.

Statuant le 21 mars 2003, la Cour pénale II du Tribunal cantonal valaisan a admis partiellement l'appel interjeté par A. _____. Elle l'a libéré du chef d'accusation de gestion fautive et a réduit sa peine à quatre mois d'emprisonnement.

B.

En résumé, les faits à la base de cette condamnation sont les suivants:

Sous la raison sociale individuelle "X. _____", B. _____ exploitait deux commerces de lingerie et de vêtements féminins. Par acte constitutif du 18 décembre 1997, il a fondé la société Y. _____ avec A. _____ et C. _____. Il a remis à la société en formation le stock de marchandises de son commerce de lingerie, estimé par les fondateurs à 73'700 francs, au prix d'achat, et à 154'918 fr. 50, au prix de vente, ce qui a permis de libérer entièrement le capital social de 60'000 francs. Les trois fondateurs se sont attribués à chacun une part sociale de 20'000 francs; B. _____ n'a rien reçu en sus pour son apport. Les trois associés géraient ensemble la société et la représentaient avec signature collective à deux.

Le 28 janvier 1998, B. _____ a été déclaré en faillite. Interpellés par le proposé de l'office des faillites, A. _____ et C. _____ ont prétendu que les parts sociales de la société Y. _____ constituaient le remboursement de prêts octroyés par chacun d'eux (à concurrence de 22'000 francs pour A. _____ et de 19'166 francs pour C. _____) à B. _____ entre septembre 1996 et septembre 1997; ils ont également invoqué un solde de loyer de 15'800 francs réclamé au failli par l'hoirie D. _____ et que la société avait dû reprendre. A l'appui de leurs explications, ils ont produit différents documents, signés par B. _____. Ces créances ne correspondaient pas à la réalité à l'exception des loyers réclamés par l'hoirie D. _____.

Y. _____ est tombée en faillite le 10 novembre 1999. Elle n'avait pas tenu de comptabilité régulière; il n'y avait ni bilan, ni comptes d'exploitation ni grand livre pour l'exercice 1998 et les pièces comptables étaient totalement insuffisantes "pour dégager quoi que ce soit sur l'exercice 1998".

C.

A. _____ se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Il conclut à l'annulation de celui-ci. En outre, il sollicite l'assistance judiciaire.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

Saisi d'un pourvoi en nullité, le Tribunal fédéral contrôle l'application du droit fédéral (art. 269 PPF) sur la base exclusive de l'état de fait définitivement arrêté par l'autorité cantonale (cf. art. 277bis et 273 al. 1 let. b PPF). Le raisonnement juridique doit se fonder sur les faits retenus dans la décision attaquée, dont le recourant ne peut s'écarter.

Le Tribunal fédéral n'est pas lié par les motifs invoqués, mais il ne peut aller au-delà des conclusions du recourant (art. 277bis PPF). Celles-ci, qui doivent être interprétées à la lumière de leur motivation, circonscrivent les points litigieux (ATF 126 IV 65 consid. 1 p. 66).

2.

Le recourant a été condamné, en application de l'art. 164 ch. 2 CP, pour avoir aidé B. _____ à vider l'entreprise "X. _____" de ses actifs au profit de la nouvelle société Y. _____. Il conteste cette condamnation, faisant valoir qu'il était dépourvu de toute volonté délictueuse. Il relève que l'apport en nature du stock de la boutique "X. _____" a été publié au registre du commerce et que chacun, y compris les créanciers, pouvait avoir accès aux pièces y relatives; les créanciers auraient donc pu, par l'intermédiaire de l'office des poursuites, faire valoir leurs droits sur ce stock; il soutient en outre que la vente du stock par Y. _____ permettait une récupération d'argent beaucoup plus importante que son bradage par l'office des poursuites.

2.1 Selon l'art. 164 CP, le débiteur qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, aura diminué son actif, en endommageant, détruisant, dépréciant ou mettant hors d'usage des valeurs patrimoniales, en cédant des valeurs patrimoniales à titre gratuit ou contre une prestation de valeur manifestement inférieure, en refusant sans raison valable des droits qui lui reviennent ou en renonçant gratuitement à des droits sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement (ch. 1). Le chiffre 2 dispose que le tiers qui, dans les mêmes conditions, se sera livré à ces agissements de manière à causer un dommage aux créanciers sera puni de l'emprisonnement. En l'espèce, le débiteur est B. _____, et le recourant doit être considéré comme un tiers au sens du chiffre 2.

D'après l'art. 164 ch. 2 CP, le tiers ne sera punissable que s'il s'est livré à "ces agissements", à savoir s'il a accompli un des comportements énumérés de manière exhaustive au chiffre 1. Le troisième alinéa du chiffre 1 - qui seul entre en considération en l'espèce - ne parle que de "cession" et non d'"acquisition", et ne saurait fonder la condamnation d'un tiers qui se borne à accepter les valeurs que lui cède le débiteur. Dans ce cas, le tiers doit être qualifié de participant nécessaire, dès lors que sa participation est indispensable à la commission du délit, et son impunité sera absolue tant qu'il s'en tient au minimum indispensable à la réalisation de l'infraction. En revanche, il engagera sa responsabilité comme participant, principal ou secondaire, et tombera sous le coup de l'art. 164 ch. 2 CP s'il concourt à l'infraction dont il est le bénéficiaire par des actes qui vont au-delà de la seule acceptation de la prestation (ATF 126 IV 5 consid. 2d p. 10/11). En l'occurrence, le comportement du recourant a dépassé les limites de la participation nécessaire non punissable. Il ne s'est en effet pas contenté d'accepter la cession du stock. Il a pris une part active à l'opération de cession; il a participé à la fondation de la société Y. _____, notamment en signant le 18 décembre 1998 le contrat d'apport.

Seules sont constitutives de l'infraction définie à l'art. 164 CP les cessions faites à titre gratuit ou contre une prestation manifestement inférieure. En l'espèce, il est constant que B. _____ a transféré le stock de marchandises d'une valeur de 73'700 francs à Y. _____, sans contre-prestation correspondante; la part sociale qu'il a reçu en contrepartie n'était en effet que d'une valeur nominale de 20'000 francs.

Il résulte des termes "dans les mêmes conditions", qui se réfèrent à l'art. 164 ch. 1, dernier alinéa, CP, que le tiers ne sera punissable que si le débiteur a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui (ATF 126 IV 5 consid. 2d p. 10). Cette condition est réalisée en l'espèce, puisque B. _____ a été déclaré en faillite le 28 janvier 1998.

Sur le plan subjectif, le recourant a agi intentionnellement et de manière à causer un dommage aux créanciers. En l'espèce, il a été retenu que le recourant savait que B. _____ avait des problèmes financiers et que la constitution de la Sàrl, par la reprise du stock de B. _____, avait pour objectif de diminuer le patrimoine de celui-ci aux dépens des créanciers.

Au vu de ce qui précède, les éléments constitutifs de l'infraction définie à l'art. 164 ch. 2 CP sont réalisés, et c'est donc à juste titre que l'autorité cantonale a condamné le recourant pour diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers.

3.

Le recourant a en outre été condamné pour banqueroute frauduleuse au sens de l'art. 163 CP dans la mesure où il a établi des reconnaissances de dette et des quittances fictives pour justifier l'apport du stock de marchandises de B. _____ à la nouvelle société Y. _____. Il conteste cette condamnation, soutenant que ces documents n'avaient pas d'importance dans le cadre du capital

social de Y._____.

Selon l'art. 163 CP, le débiteur qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, aura diminué fictivement son actif, notamment en distrayant ou en dissimulant des valeurs patrimoniales, en invoquant des dettes supposées, en reconnaissant des créances fictives ou en incitant un tiers à les produire sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement (ch. 1). Le tiers qui, dans les mêmes conditions, se sera livré à ces agissements de manière à causer un dommage aux créanciers sera puni de l'emprisonnement (ch. 2). Alors que l'art. 164 CP vise une diminution effective de l'actif, l'art. 163 CP vise une diminution fictive; le comportement délictueux défini à l'art. 163 CP doit conduire à diminuer de manière fictive le patrimoine disponible pour désintéresser les créanciers par la voie de la poursuite pour dettes.

En l'espèce, les conditions de l'art. 163 CP ne sont pas réalisées. En effet, la diminution des actifs de B._____ est effective. En créant la nouvelle société, B._____ a transféré le stock de l'entreprise "X._____" à la société Y._____ et a donc effectivement cédé à cette dernière les actifs qui lui appartenait. L'établissement des quittances et reconnaissances de dettes fictives n'ont servi qu'à justifier ce transfert; celles-ci ne représentent pas de nouvelles dettes fictives. Il ne s'agit pas d'une infraction indépendante, tombant sous le coup de l'art. 163 CP, mais d'un acte subséquent (Nachtat) à la soustraction effective d'actifs, lequel est englobé dans l'infraction principale et reste impunissable (sur la notion de concours entre les art. 163 et 164 aCP, voir Schubarth/Albrecht, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, vol. 2, Berne 1990, n. 55 ad Art. 163 StGB). C'est dès lors à tort que l'autorité cantonale a retenu à l'encontre du recourant, parallèlement à l'art. 164 CP, l'infraction de l'art. 163 CP. Sur ce point, le pourvoi doit donc être admis et l'arrêt attaqué doit être annulé.

4.

Le recourant a enfin été reconnu coupable de violation de l'obligation de tenir une comptabilité pour ne pas avoir tenu la comptabilité de la société Y._____ pendant l'année 1998.

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, puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Seul le débiteur peut commettre l'infraction. Lorsqu'il s'agit d'une personne morale ou d'une société, l'art. 172 CP est applicable; seul sera cependant punissable l'organe qui a l'obligation de tenir la comptabilité (ATF 116 IV 26 consid. 4c p. 31). Pour les sociétés à responsabilité limitée, cette obligation (voir art. 780 al. 1 et 957 CO) incombe aux associés-gérants (art. 811 al. 2 et 812 al. 1 CO) ou, à défaut, à chaque associé (art. 811 al. 1 CO). L'obligation de tenir une comptabilité est violée lorsqu'aucune comptabilité n'a été tenue ou quand la comptabilité n'a pas été conservée ou encore dès que, sur la base des livres existants, un expert ne peut pas acquérir une vue d'ensemble de la situation réelle ou ne le peut que moyennant un sacrifice de temps considérable (Schubarth/Albrecht, op. cit., n. 16 ad Art. 166 StGB). Sur le plan subjectif, l'auteur doit agir intentionnellement; il doit avoir connaissance de son devoir et accepter les conséquences d'une violation de celui-ci. Comme à l'art. 163 et 164 CP, le comportement ne sera punissable que si le débiteur a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui à la suite de la saisie.

Ces conditions sont en l'espèce réunies. L'extrait du registre du commerce de Y._____ indique que les trois associés exerçaient collectivement la gestion et la représentation de la société. La comptabilité faisait totalement défaut; ni l'expert judiciaire, ni le préposé de l'office des poursuites et faillites n'ont été en mesure d'acquérir une vue d'ensemble de la situation réelle de l'entreprise. Sur le plan subjectif, il a été retenu que le recourant avait agi au moins par dol éventuel, dès lors qu'il avait accès à la comptabilité de la société dès le mois de février 1998 et qu'il avait suffisamment d'expérience en la matière pour s'apercevoir que les comptes n'étaient pas tenus correctement. Enfin, la condition objective de punissabilité est réalisée; la société Y._____ a été déclarée en faillite le 10 novembre 1999. Les éléments constitutifs de l'art. 166 CP sont donc réunis et c'est à juste titre que l'autorité cantonale a condamné le recourant en application de cette disposition. Mal fondés, les griefs du recourant relatifs à l'application de l'art. 166 CP doivent être rejetés.

5.

Le recourant se plaint enfin que la peine qui lui a été infligée est excessivement sévère.

5.1 Dans ce cadre, le recourant se plaint d'abord de la violation de l'art. 64 avant-dernier alinéa CP, qui permet au juge d'atténuer la peine en application de l'art. 65 CP à la double condition qu'un temps relativement long se soit écoulé depuis l'infraction (cf. ci-après consid. 5.1.1) et que le délinquant se soit bien comporté pendant ce temps (cf. ci-après consid. 5.1.2).

5.1.1 Selon la jurisprudence, on peut considérer qu'un temps relativement long s'est écoulé seulement si la prescription de l'action pénale est près d'être acquise, c'est-à-dire si le jugement a été rendu à une date proche de celle où la prescription ordinaire serait intervenue (ATF 102 IV 198

consid. 5 p. 209; 92 IV 201 consid. I p. 202 ss). Pour déterminer si l'action pénale est proche de la prescription, il faut se référer à la date à laquelle les faits ont été souverainement établis (ATF 115 IV 95 consid. 3; 102 IV 198 consid. 5 p. 209), sans qu'il y ait lieu de tenir compte d'interruptions de la prescription qui auraient pu intervenir entre-temps conformément à l'art. 72 CP (ATF 92 IV 201 consid. I p. 203). Pour les infractions commises avant l'entrée en force de la modification du code pénal du 5 octobre 2001 (art. 2 al. 1 CP), la période de référence correspond aux délais de l'art. 70 aCP.

D'après l'arrêt attaqué, B. _____ a remis par contrat d'apport du 18 décembre 1997 le stock de marchandises de son commerce de lingerie à la société Y. _____; les associés ont répondu le 24 mars 1998 au préposé de l'office des faillites que cet apport correspondait à des prêts qu'ils avaient accordés à B. _____. Quant à la violation de l'obligation de tenir une comptabilité, elle porte sur l'année comptable 1998 et remonte donc au plus tard à la fin de celle-ci. Ces faits ont été souverainement établis à la date du jugement d'appel, qui a été rendu le 21 mars 2003, soit cinq ans après l'infraction de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (art. 164 ch. 2 CP) et quatre ans et trois mois depuis la violation de l'obligation de tenir une comptabilité (art. 166 CP). Selon l'ancien droit, la prescription ordinaire est de cinq ans (cf. art. 164 ch. 2 et 166 CP; art. 70 aCP). Ce délai était presque échu tant pour la première infraction que pour la seconde; on peut à cet égard se référer à l'ATF 92 IV 201 consid. I p. 204 où il a été admis que cette condition était réalisée après l'écoulement des 9/10 du délai de prescription de l'action pénale. En conséquence, c'est à tort que l'autorité cantonale a retenu que

le temps écoulé depuis les infractions reprochées n'étaient pas "relativement long" et il faut admettre que la première condition de cette circonstance atténuante est réalisée.

5.1.2 Selon la seconde condition, le recourant doit s'être bien comporté durant un temps relativement long depuis l'infraction. La notion de bon comportement est controversée (Wiprächtiger, Basler Kommentar, n. 30 ad Art. 64 StGB). Selon certains, il suffit que l'auteur n'ait pas commis d'infraction (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2e éd., Zurich 1997, n. 25 ad Art. 64 StGB; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, n. 96 ad § 7). Pour d'autres, l'auteur ne doit pas non plus s'être rendu coupable d'actes immoraux (Schultz, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, II, p. 90). Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a jugé qu'il convenait de tenir compte du fait que l'auteur a intentionnellement prolongé la procédure (ATF 92 IV 201 consid. I p. 204). Dans un arrêt non publié, il a refusé de qualifier de bon le comportement de l'auteur qui avait utilisé à son profit, pendant trois ans, des sommes d'argent importantes qui lui avaient été confiées par des clients, même s'il n'avait pas été condamné et qu'il entendait plaider l'acquittement (arrêt du 11 mai 2000 6S.117/2000).

Selon l'état de fait cantonal, le recourant a commis une infraction en 1992 et une autre en 1993. Il n'a commis, depuis la fin 1998, aucune autre infraction. Il faut donc admettre que le recourant s'est bien comporté depuis les infractions qui lui sont reprochées. La seconde condition est dès lors également réalisée et c'est à tort que l'autorité cantonale n'a pas retenu la circonstance atténuante de l'art. 64 avant-dernier alinéa CP. Sur ce point, le pourvoi doit donc être admis et l'arrêt annulé.

5.2 Le recourant invoque la violation du principe de la célérité consacré par les art. 29 al. 1 Cst., 6 par. 1 CEDH et 14 par. 3 let. c Pacte ONU II. Le principe de la célérité doit être distingué de la circonstance atténuante de l'art. 64 avant-dernier alinéa; sa violation peut également aboutir à une réduction de la peine, mais il obéit à des conditions différentes (Wiprächtiger, op. cit., n. 31 ad Art. 64 StGB).

5.2.1 Savoir si le principe de la célérité a été violé est une question concernant l'application du droit constitutionnel ou conventionnel. Savoir si de justes conséquences ont été tirées d'une violation de ce principe est en revanche une question qui touche à la bonne application du droit fédéral, c'est-à-dire à l'application du droit fédéral de manière conforme aux principes constitutionnels et conventionnels. Il s'ensuit que le recourant doit agir par la voie du recours de droit public s'il entend faire grief à l'autorité cantonale de ne pas avoir formellement constaté une violation du principe de la célérité. En revanche, s'il entend se plaindre de ce que celle-ci n'a pas tiré les conséquences que le droit fédéral fait découler d'une violation de ce principe, en particulier sur le plan de la peine, il doit agir par le biais du pourvoi en nullité. Dans ce cas, il importe peu que la violation du principe de célérité ait été constatée ou niée par l'autorité cantonale ou que celle-ci ait ignoré la question, car le Tribunal fédéral examine ce point à titre préjudiciel (ATF 119 IV 107 consid. 1 p. 109 ss). Il s'ensuit que le grief soulevé par le recourant est recevable.

5.2.2 Les art. 29 al. 1 Cst., 6 par. 1 CEDH, 14 par. 3 let. c Pacte ONU II prévoient que toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable. Ces normes consacrent le principe de la célérité, qui impose aux autorités, dès le moment où l'accusé est informé des soupçons qui pèsent sur lui, de mener la procédure pénale sans désespérer, afin de ne pas maintenir inutilement l'accusé dans les angoisses qu'elle suscite. Une violation du principe de la célérité doit en principe être prise en compte au stade de la fixation de la peine; le plus souvent, elle

conduit à une réduction de la peine, parfois même à l'abandon de la poursuite (ATF 124 I 139 consid. 2a p. 140/141).

Pour qu'il y ait une violation du principe de la célérité, il faut qu'il apparaisse une carence choquante de la part de l'autorité pénale imposant une réduction de la peine; il ne suffit pas de constater que tel ou tel acte aurait pu être réalisé plus rapidement, si en définitive, compte tenu du travail à accomplir, la durée totale de la procédure apparaît raisonnable. Selon la jurisprudence européenne, apparaissent comme des carences choquantes une inactivité de treize ou quatorze mois au stade de l'instruction, un délai de quatre ans pour qu'il soit statué sur un recours contre l'acte d'accusation, un délai de dix ou onze mois pour que le dossier soit transmis à l'autorité de recours (ATF 124 I 139 consid. 2c p. 144; 119 IV 107 consid. 1c p. 110).

5.2.3 Le recourant estime que son affaire, qui remonte à 1998, aurait dû globalement être jugée plus rapidement; il se plaint notamment du fait que le jugement de première instance lui a été notifié 17 mois après l'arrêt de renvoi et le jugement d'appel 18 mois après la déclaration d'appel. Cette critique est infondée. Le dossier est relativement volumineux. L'enquête a été dirigée contre quatre accusés, qui ont commis des infractions variées (abus de confiance, escroquerie, abus de cartes-chèques et de cartes de crédit, banqueroute frauduleuse et fraude dans la saisie, diminution effective au préjudice des créanciers, gestion fautive, violation de l'obligation de tenir une comptabilité, actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes, abus de la détresse et violation de l'art. 87 LAVS). Au vu de ces circonstances, une durée de quatre ans et demi entre l'ouverture de l'instruction et le jugement d'appel ne prête pas le flanc à la critique. Infondé, le grief du recourant doit donc être rejeté.

5.3 Le recourant reproche enfin à l'autorité cantonale de n'avoir relevé que les éléments négatifs, à savoir le prononcé de deux condamnations en moins d'un an, sans préciser l'ancienneté et le caractère mineur de ces infractions (amendes de 400 et de 500 francs). Il estime en outre que l'autorité cantonale aurait dû réduire la peine d'au moins un quart en raison de l'abandon du chef d'accusation de gestion fautive (abandon d'une infraction sur quatre).

Ces deux griefs sont infondés. L'autorité cantonale a mentionné que les antécédents du recourant étaient mitigés et qu'ils témoignaient d'une certaine indifférence aux condamnations pénales, à tout le moins lorsqu'elles portaient sur des peines pécuniaires. Pour le surplus, elle a renvoyé au jugement de première instance qui précise la date et les causes des infractions. Quant à la réduction de la peine, à la suite de l'abandon d'un chef d'accusation, elle ne saurait être proportionnelle; en effet, en cas de concours, le juge n'additionne pas les peines infligées pour chacune des infractions, mais prononce une peine pour l'infraction la plus grave et augmente cette peine pour tenir compte des autres infractions.

6.

Au vu de ce qui précède, le pourvoi doit être admis sur le chef d'accusation de banqueroute frauduleuse (consid. 3) et concernant la circonstance atténuante de l'art. 64 avant-dernier alinéa CP (consid. 5.1), la cause étant renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision sur ces points et, par voie de conséquence, sur la peine. Pour le surplus, le pourvoi est rejeté.

Le recourant voit deux de ses griefs admis, alors que les cinq autres sont écartés. Dans ces conditions, il convient de renoncer à percevoir des frais ainsi que d'allouer une indemnité (art. 278 al. 1 et 3 PPF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le pourvoi est partiellement admis, le jugement attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale.

2.

Il n'est pas perçu de frais ni alloué d'indemnité.

3.

Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant, au Ministère public et au Tribunal cantonal du Valais, Cour pénale II.

Lausanne, le 4 juillet 2003

Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse

Le président: La greffière: