

[AZA 0/2]
6S.23/2002/DXC

COUR DE CASSATION PENALE

8 avril 2002

Composition de la Cour: M. Schubarth, Président,
M. Wiprächtiger et M. Kolly, Juges.
Greffière: Mme Angéloz.

Statuant sur le pourvoi en nullité
formé par

Y._____, représenté par Me Grégoire Rey, avocat à Genève,

contre

l'arrêt rendu le 14 décembre 2001 par la Cour de cassation genevoise dans la cause qui oppose le recourant au
Procureur général du canton de G e n è v e;

(escroqueries; fixation de la peine)

Vu les pièces du dossier, d'où ressortent
les faits suivants:

A.- En 1980, X._____ a créé à Genève la société N._____ SA, dont le but était la gestion de fortune.

Y._____ est devenu actionnaire et administrateur de cette société depuis le 24 janvier 1990. Dès 1987, il s'était associé avec X._____ et Z._____, constituant la société G._____ SA, dont ils étaient tous trois actionnaires et administrateurs et qui a donné mandat à N._____ SA de gérer conjointement les avoirs confiés par les clients.

X._____, Y._____ et Z._____ recevaient les avoirs des clients sous forme d'une remise de fonds, via des garanties bancaires en faveur de N._____ SA et G._____ SA. Les avoirs n'étaient pas déposés sur des comptes individualisés, mais confondus dans les comptes ouverts par les deux sociétés auprès de banques, dont la banque M._____ à Zürich. La gestion des comptes était censée s'effectuer grâce à un programme informatique traitant d'opérations spéculatives sur devises.

Dès 1989, N._____ SA et G._____ SA ont essuyé des pertes de change importantes. A la fin 1990, les sociétés se trouvaient en état de grave surendettement. Les opérations de change étaient généralement fictives et systématiquement déficitaires.

Y._____ et ses associés ont caché cette situation à leurs clients, qui reçurent dès lors des relevés falsifiés dans le but d'éviter qu'ils ne découvrent le désastre et ne réclament le remboursement de leurs avoirs. Les clients ont ainsi été induits à renouveler leurs placements en main de N._____ SA et G._____ SA.

Pour éviter de prendre les mesures qui s'imposaient et masquer les pertes des deux sociétés, les associés ont en outre comptabilisé les débits consécutifs à ces pertes dans les livres d'une société N._____ Company Ltd, créée dans les îles vierges britanniques, dont les comptes n'étaient pas remis au contrôleur des comptes des sociétés suisses. Ces dernières comptabilisaient une créance envers N._____ Company Ltd, en cachant le fait qu'en réalité cette créance n'avait aucune valeur en raison de la situation financière de cette société, qui n'a jamais détenu quelque actif que ce soit.

Y._____ a persisté avec ses deux associés à attirer de nouveaux clients en vantant faussement des performances qui n'existaient pas et en taisant la déconfiture du groupe. Les avoirs ainsi nouvellement confiés par des clients dans l'erreur ont servi exclusivement à garantir les dettes des sociétés, à couvrir leurs frais de fonctionnement, à rembourser les quelques clients qui en ont fait la demande et à alimenter les dépenses largement somptuaires de X._____.

En 1993, la banque M._____ a mis le groupe en demeure de rembourser les encours. Les administrateurs ont alors sollicité et obtenu un prêt de la banque A._____, aux Bahamas. Ce prêt n'étant consenti que contre remise en garantie par N._____ SA et G._____ SA d'un montant correspondant à l'intégralité du prêt, X._____ a établi 21 fausses déclarations de clients de N._____ SA et G._____ SA, selon lesquelles ceux-ci donnaient leur accord pour que les avoirs soient mobilisés aux fins de garantie du prêt accordé par la banque A._____.

N'ayant pas été intégralement remboursée, la banque M._____ a fait appel, en décembre 1993, aux garanties émises par les clients de N._____ SA et G._____ SA, de sorte que les avoirs de ceux-ci confiés à ces deux sociétés ont été utilisés pour amortir la dette de N._____ Company Ltd envers la banque M._____.

La déconfiture des sociétés a été mise à jour en 1994. Il s'est notamment avéré que les déficits atteignaient, au 31 décembre 1993, 84 millions de francs pour N._____ SA et 70 millions de francs pour G._____ SA et que X._____ avait prélevé 19 millions de francs sur les actifs des sociétés pour assurer son propre train de vie et financer d'autres activités sans rapport avec le but social. Le dommage résultant de la déconfiture a été évalué à 120 millions de francs.

B.- Par arrêt du 16 février 2001, la Cour d'assises de Genève a notamment condamné Y._____, pour escroqueries commises par métier et gestions fautives, à la peine de 2 ans de réclusion.

Saisie d'un pourvoi en cassation du condamné, la Cour de cassation genevoise l'a rejeté par arrêt du 14 décembre 2001. La cour cantonale a notamment écarté le grief par lequel le recourant contestait s'être rendu coupable, en qualité de coauteur, d'escroqueries au préjudice des clients de N._____ SA ainsi que le grief par lequel il s'en prenait à la peine qui lui avait été infligée. S'agissant des escroqueries contestées, la cour a considéré qu'un comportement par omission pouvait être reproché au recourant, qui n'avait rien entrepris pour éviter que les clients ne soient trompés, car il avait, en tant qu'administrateur, une position de garant et qu'il avait agi en tant que coauteur, ayant pris part aux décisions essentielles. En ce qui concerne la peine, elle a estimé que, par sa quotité, qui était justifiée, elle excluait le sursis.

C.- Y._____ se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral. Contestant sa condamnation comme coauteur des escroqueries commises au détriment des clients de N._____ SA et se plaignant de la peine prononcée à son encontre, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué, en sollicitant l'assistance judiciaire et l'effet suspensif.

Considérant en droit :

1.- Saisie d'un pourvoi en nullité, qui ne peut être formé que pour violation du droit fédéral (art. 269 PPF), la Cour de cassation contrôle l'application de ce droit sur la base d'un état de fait définitivement arrêté par l'autorité cantonale (cf. art. 277bis et 273 al. 1 let. b PPF). Le raisonnement juridique doit donc être mené sur la base des faits retenus dans la décision attaquée, dont le recourant est irrecevable à s'écarter (ATF 124 IV 53 consid. 1 p. 55, 81 consid. 2a p. 83 et les arrêts cités).

2.- Le recourant soutient qu'il ne pouvait être considéré comme coauteur des escroqueries commises au préjudice des clients de N._____ SA. Il fait valoir que, s'agissant des clients de cette société, on ne peut lui reprocher qu'un comportement passif, soit de n'être pas intervenu pour empêcher que ceux-ci soient trompés, et que, comme administrateur, il n'avait pas envers eux une position de garant.

a) La tromperie que suppose l'escroquerie peut consister soit à induire la victime en erreur, par des affirmations

fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais, soit à conforter la victime dans son erreur (cf. art. 146 al. 1 CP). Pour qu'il y ait tromperie par affirmations fallacieuses, il faut que l'auteur ait affirmé un fait dont il connaissait la fausseté; l'affirmation peut résulter de n'importe quel acte concluant; il n'est donc pas nécessaire que l'auteur ait fait une déclaration; il suffit qu'il ait adopté un comportement dont on déduit qu'il affirme un fait. La tromperie par dissimulation de faits vrais est réalisée lorsque l'auteur s'emploie, par ses propos ou par ses actes, à cacher la réalité; s'il se borne à se taire, à ne pas révéler un fait, une tromperie ne peut lui être reprochée que s'il se trouvait dans une position de garant, à savoir s'il avait, en vertu de la loi, d'un contrat ou d'un rapport de confiance spécial, une obligation de parler. Quant au troisième comportement prévu par la loi, consistant à conforter la victime dans son erreur, il ne suffit pas que l'auteur, en restant purement passif, bénéficie de l'erreur d'autrui; il faut que, par un comportement actif, c'est-à-dire par ses paroles ou par ses actes, il ait confirmé la dupe dans son erreur; cette hypothèse se distingue des deux précédentes en ce sens que l'erreur est préexistante (cf. Corboz, Les principales infractions, vol. I, Berne 1997, p. 140 ss, n° 1 ss et les références citées).

Le coauteur est celui qui collabore, intentionnellement et de manière déterminante, avec d'autres personnes à la décision de commettre une infraction, à son organisation ou à son exécution, au point d'apparaître comme l'un des participants principaux; il faut que, d'après les circonstances du cas concret et le plan d'action, la contribution du coauteur apparaisse essentielle à l'exécution de l'infraction; la seule volonté quant à l'acte ne suffit pas; il n'est toutefois pas nécessaire que le coauteur ait effectivement participé à l'exécution de l'acte ou ait pu l'influencer. La coactivité suppose une décision commune, mais qui ne doit pas nécessairement être expresse; elle peut aussi résulter d'actes concluants et le dol éventuel quant au résultat suffit. Il n'est pas nécessaire que le coauteur participe à la conception du projet; il peut y adhérer ultérieurement. Il n'est pas non plus nécessaire que l'acte soit prémédité; le coauteur peut s'y associer en cours d'exécution. Ce qui est déterminant c'est que l'auteur se soit associé à la décision dont est issue l'infraction ou à la réalisation de cette dernière, dans des conditions ou dans une mesure qui le font apparaître comme un participant non pas secondaire, mais principal (ATF 125 IV 134 consid. 3a p. 136 et les arrêts cités).

b) En l'espèce, la tromperie a consisté à cacher aux clients de N. _____ SA, comme de G. _____ SA, la situation désastreuse de la société, en particulier les pertes qu'elle subissait, et l'utilisation réelle qui était faite de leurs fonds, à savoir qu'ils étaient engloutis dans les dépenses de la société, dans le train de vie de X. _____ et dans le remboursement des dettes contractées auprès des banques.

Des faits retenus, il résulte que les clients n'ont pas seulement été tenus dans l'ignorance de la situation réelle de la société et de l'utilisation effective qui était faite de leurs fonds, mais qu'ils ont notamment reçu des relevés falsifiés. Dans cette mesure, on ne se trouverait pas en présence d'une dissimulation de faits vrais commise par pure omission, mais aussi par commission, les associés n'ayant pas seulement gardé le silence, mais s'étant aussi employés par leurs actes à cacher la réalité. S'agissant du recourant, c'est toutefois essentiellement, voire exclusivement, une omission qui lui a été reprochée, soit de n'avoir rien entrepris pour éviter que les clients ne soient trompés et que leurs avoirs soient détournés. Il y a dès lors lieu de se demander s'il avait une position de garant par rapport aux clients, notamment une obligation de les renseigner (cf. supra, let. a).

c) Il résulte de l'arrêt attaqué que N. _____ SA, dont le but social était d'ailleurs la gestion de fortune, avait reçu mandat de gérer les avoirs des clients. Elle était donc tenue de respecter les règles du mandat (art. 394 ss CO), qui sont applicables au contrat de gestion de fortune, en tout cas en ce qui concerne les devoirs et la responsabilité du gérant (arrêt 4C.97/1997 du 29 octobre 1997 consid. 3a, publié in SJ 1998 p. 198 et les arrêts cités). Elle devait en particulier respecter le devoir de fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO), qui implique notamment celui de renseigner le mandant, lequel s'étend à tout ce qui est d'importance pour ce dernier (ATF 115 II 62 consid. 3a p. 64/65). En tant qu'administrateur de N. _____ SA, le recourant devait veiller au respect de ces règles; cela faisait partie de son obligation de faire preuve de toute la diligence nécessaire à la gestion des affaires sociales (art. 717 al. 1 CO; art. 722 al. 1 aCO), laquelle est étroitement liée aux règles sur la responsabilité figurant à l'art. 754 CO. Il

avait donc bien une position de garant envers les clients de la société.

d) Contrairement à ce que laisse entendre le recourant, sa participation aux escroqueries ne s'est pas limitée à celles commises au préjudice des clients de G._____ SA ni à un rôle purement passif. Selon les constatations de fait cantonales, qui lient la Cour de céans et ne sauraient donc être remises en cause (cf. supra, consid. 1), le recourant, comme ses associés, était au courant de tout ce qui se déroulait dans les sociétés, donc aussi bien dans N._____ SA que dans G._____ SA; il était en particulier au courant des pertes de N._____ SA, des raisons de ces pertes, des prélèvements de X._____, des attributions fictives de gain et du fait que les opérations mentionnées dans la comptabilité ne correspondaient à rien ainsi que de l'utilisation qui était faite des fonds des clients. Or, il a été constaté que le recourant a pris, en commun avec X._____, les décisions essentielles et qu'il a notamment décidé avec celui-ci des opérations financières à effectuer. Le recourant a donc, en toute connaissance de cause, pris part aux décisions dont sont issues les infractions en cause, dans des conditions ou dans une mesure qui le font apparaître comme un participant non pas secondaire, mais principal. Par la suite, alors qu'il avait une position de garant envers les clients de la société (cf. supra, let. c), il s'est abstenu d'intervenir pour éviter que ceux-ci ne soient trompés, omettant notamment de les renseigner sur les pertes subies et sur ce qu'il advenait de leurs fonds. Il n'était dès lors pas contraire au droit fédéral d'admettre que le recourant a participé, en tant que coauteur, aux escroqueries commises au préjudice des clients de N._____ SA.

3.- Le recourant se plaint de la peine qui lui a été infligée, plus précisément de ce qu'il n'ait pas été tenu compte dans la fixation de la peine de la limite de 18 mois au-delà de laquelle le sursis ne peut pas être accordé.

Selon la jurisprudence, la prise en considération de l'élément invoqué suppose, outre la réalisation des conditions permettant l'octroi du sursis, que la peine privative de liberté que le juge envisage de prononcer ne soit pas d'une durée nettement supérieure à 18 mois, ce qui n'est le cas que si elle n'excède pas 21 mois (ATF 127 IV 97 consid. 3 p. 100 s.). Comme, en l'espèce, l'autorité cantonale envisageait de prononcer une peine privative de liberté de 2 ans, le refus de tenir compte de l'élément invoqué ne viole pas le droit fédéral.

Pour le surplus, la peine infligée n'est pas contestée.

On ne voit du reste pas qu'elle aurait été arrêtée sur la base de critères étrangers à l'art. 63 CP ou en omettant de tenir compte d'éléments importants à prendre en considération et on ne saurait dire qu'elle serait excessive au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 123 IV 49 consid. 2a p. 51 et les arrêts cités).

4.- Le pourvoi doit ainsi être rejeté.

Comme il était d'emblée dénué de chances de succès, l'assistance judiciaire ne peut être accordée (art. 152 al. 1 OJ) et les frais seront mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 278 al. 1 PPF).

La cause étant jugée, la requête d'effet suspensif n'a plus d'objet.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le pourvoi.

2. Rejette la requête d'assistance judiciaire.

3. Met à la charge du recourant un émolument judiciaire de 800 francs.

4. Communique le présent arrêt en copie au mandataire du recourant, au Procureur général du canton de Genève et à la Cour de cassation genevoise.

Lausanne, le 8 avril 2002

Au nom de la Cour de cassation pénale
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président, La Greffière,