

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_433/2007 /rod

Arrêt du 11 février 2008
Cour de droit pénal

Composition
MM. les Juges Schneider, Président,
Ferrari et Favre.
Greffier: M. Vallat.

Parties
X. _____,
recourant, représenté par Me Louis-Marc Perroud, avocat,

contre

Ministère public de l'Etat de Fribourg,
rue de Zaehringen 1, 1700 Fribourg,
intimé.

Objet
Gestion fautive; fixation de la peine,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, Cour d'appel pénal, du 20 juin 2007.

Faits:

A.
Par jugement du 26 février 2007, le Tribunal pénal de l'arrondissement de la Sarine a reconnu X. _____ coupable de gestion fautive, de détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice, de délit contre la LAVS et d'usage abusif de permis ou de plaques (art. 165 ch. 1 et 169 CP, 87 al. 3 LAVS, 97 ch. 1 al. 2 LCR) et l'a condamné à une peine privative de liberté de quatorze mois dont six sans sursis. Cette peine était complémentaire, respectivement partiellement complémentaire, à celles prononcées les 8 février 2002, 23 janvier 2003, 16 novembre 2004 et 16 février 2005, et englobait en outre celle de six mois d'emprisonnement avec sursis prononcée par le Tribunal pénal de la Sarine le 20 juillet 2000, ce qui rendait sans objet la révocation de ce dernier sursis.

En résumé les faits pertinents retenus dans ce jugement en ce qui concerne l'infraction de gestion fautive (art. 165 CP) sont les suivants:

A.a L'entreprise de construction Y. _____ SA a été fondée le 19 février 1999 avec un capital-actions de 100'000 francs, libéré à concurrence de 50'000 francs. La dissolution de cette société a été prononcée le 5 août 2002 et sa faillite ouverte le 17 novembre 2003. Il est apparu un découvert de l'ordre de 680'000 francs. X. _____ en a été administrateur unique, propriétaire économique et liquidateur.

A.b Depuis 1999, la confusion a existé dans les comptes de la société en raison de l'utilisation d'un compte privé actionnaire pour certains encaissements de la société anonyme et ses paiements. De 1999 à fin 2002, X. _____, qui exécutait des travaux sur des chantiers pour son propre compte, a utilisé ce compte pour effectuer des encaissements et des paiements tant pour Y. _____ SA que pour lui-même. Les encaissements par ce compte privé ont été importants, soit au total 334'103 fr. 50 en 1999, 404'213 fr. en 2000 et 1'238'878 fr. 70 en 2001. Il n'a pas été possible de déterminer quelle part des encaissements a été affectée au désintéressement des créanciers et au paiement des salaires de la société anonyme, respectivement quelle part a servi aux intérêts privés de X. _____.

Depuis le 1er août 2001, les comptes de l'entreprise, de même que le livre de caisse n'ont plus été tenus. La comptabilité était déjà déficiente depuis le début de l'année 2001, de nombreux soldes n'ayant pas été reportés de l'exercice précédent. La fiduciaire qui a établi les comptes pour les

années 1999 et 2000 a abandonné son mandat en raison des difficultés d'obtenir les documents nécessaires. L'organe de révision Z. _____ en a fait de même au début de l'année 2002.

B.

Saisie d'un appel du condamné, la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg l'a rejeté par arrêt du 20 juin 2007.

C.

X. _____ interjette un recours en matière pénale contre cet arrêt. Il conclut avec suite de frais et dépens à son acquittement de l'accusation de gestion fautive et au prononcé d'une peine privative de liberté de neuf mois avec sursis pendant cinq ans.

Il n'a pas été ordonné d'échange d'écritures.

Considérant en droit:

1.

Le recours en matière pénale peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est circonscrit par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral l'applique d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est donc limité ni par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue par l'autorité précédente. Il peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été invoqués et il peut rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente (cf. ATF 130 III 136 consid. 1.4 p. 140). Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui. Il ne peut pas entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel ou sur une question relevant du droit cantonal ou intercantonal si le grief n'a pas été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF). Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (ATF 133 III 393 consid. 6 p. 397).

2.

Le recourant soutient que les fautes qui lui ont été reprochées dans la gestion comptable de son entreprise ne seraient pas la cause adéquate du surendettement de sa société. A juste titre, il ne remet en question ni la constatation de l'ouverture de la faillite, ni celle du surendettement (art. 725 al. 2 CO) de la société. Il ne conteste pas non plus avoir eu l'obligation de tenir une comptabilité (art. 957 ss CO) ni, en ne le faisant pas et en mêlant indistinctement ses activités propres avec les activités sociales, avoir violé le devoir de diligence qui lui incombait en qualité d'administrateur (art. 717 CO).

2.1 Pour dire si l'acte a causé ou aggravé la situation, la jurisprudence se réfère à la notion de causalité adéquate. L'acte ou l'omission doit avoir contribué à causer ou à aggraver la situation, sans qu'il en soit forcément la cause unique ou directe, et doit être propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie à entraîner un tel résultat (ATF 115 IV 41 consid. 2).

2.2 Aux 31 décembre 1999 et 2000, la société anonyme disposait d'une fortune nette s'élevant respectivement à 4595 fr. 20 et 9791 fr. 70. Cette situation n'était certes pas brillante, dans la mesure où le capital-actions n'était déjà plus entièrement couvert à ce moment-là en raison de prélèvements sur le compte-courant actionnaire (jugement, consid. 9.8 p. 8), mais les actifs couvraient encore les passifs. Il n'est, par ailleurs, pas contesté que la société était en revanche très largement surendettée lors de sa faillite en 2003, le jugement de première instance constatant un découvert d'au minimum 680'000 francs en prenant en compte uniquement les créances produites dans la faillite (jugement, consid. 9.7 p. 7). En ne tenant aucune comptabilité dès août 2001, ainsi qu'en utilisant un compte unique pour les affaires de la société anonyme et celles qu'il faisait pour son propre compte, le recourant s'est privé de tout instrument de contrôle lui permettant de connaître la situation financière de sa société anonyme, et de prendre à temps les mesures permettant sinon d'éviter tout au moins de limiter le surendettement (cf. art. 725 CO). Il s'ensuit que la faute de gestion reprochée au recourant est dans cette mesure au moins en rapport de causalité avec le surendettement, respectivement avec l'augmentation de ce dernier, ce qui suffit selon la jurisprudence (ATF 115 IV 41 consid. 2 précité; cf. également Alexander Brunner, Strafgesetzbuch II, Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], 2007, Art. 165 n. 40).

2.3 Le recourant soutient encore, en substance, qu'il aurait en réalité utilisé une partie des encaissements afférents à ses activités privées pour acquitter des dettes de la société anonyme.

Cet élément de fait ne ressort pas de l'arrêt entrepris (art. 105 al. 1 LTF). Les autorités cantonales ont d'ailleurs constaté qu'il n'était plus possible de reconstituer les comptes de la société (arrêt entrepris consid. 2 p. 3 s). Il s'ensuit que faute de motivation sur ce point spécifique (art. 106 al. 2 LTF), le grief ainsi formulé est irrecevable. A supposer, au demeurant, qu'il soit établi que le recourant a bien utilisé certains montants comme il le soutient, force serait de constater qu'un tel apport de liquidités n'a pas suffi à endiguer le surendettement de la société anonyme, qui a néanmoins crû à concurrence du découvert constaté dans la faillite. Il s'ensuit que le recourant ne peut rien déduire en sa faveur de ses allégations sous l'angle de la causalité.

Le grief est infondé dans la mesure où il est recevable.

3.

Le recourant, qui ne conclut à la fixation d'une peine de neuf mois de privation de liberté qu'en relation avec sa conclusion tendant à son acquittement du chef d'accusation de gestion fautive, ne soutient pas que l'autorité cantonale aurait excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en arrêtant la quotité de la peine et il n'apparaît pas que tel serait le cas. Il soutient en revanche qu'il aurait dû bénéficier du sursis pour l'intégralité de la peine privative de liberté et remet en question le pronostic posé par les autorités cantonales.

3.1 Lorsque la peine privative de liberté est d'une durée telle qu'elle permette le choix entre le sursis complet (art. 42 CP) et le sursis partiel (art. 43 CP), soit entre un et deux ans au plus, l'octroi du sursis au sens de l'art. 42 est la règle et le sursis partiel l'exception. Cette dernière ne doit être admise que si, sous l'angle de la prévention spéciale, l'octroi du sursis pour une partie de la peine ne peut se concevoir que moyennant exécution de l'autre partie. La situation est comparable à celle où il s'agit d'évaluer les perspectives d'amendement en cas de révocation du sursis (ATF 116 IV 97). Lorsqu'il existe - notamment en raison de condamnations antérieures - de sérieux doutes sur les perspectives d'amendement de l'auteur, qui ne permettent cependant pas encore, à l'issue de l'appréciation de l'ensemble des circonstances, de motiver un pronostic concrètement défavorable, le tribunal peut accorder un sursis partiel au lieu du sursis total. On évite de la sorte, dans les cas de pronostics très incertains, le dilemme du « tout ou rien ». L'art. 43 CP permet alors que l'effet d'avertissement du sursis partiel autorise, compte tenu de l'exécution partielle ordonnée simultanément, un pronostic largement plus favorable pour l'avenir (arrêt 6B_103/2007 du 12 novembre 2007, destiné à la publication aux ATF 134 IV 1, consid. 5.5.2, p. 14).

3.2 Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le juge doit par ailleurs motiver sa décision de manière suffisante (cf. art. 50 CP); sa motivation doit permettre de vérifier s'il a été tenu compte de tous les éléments pertinents et comment ils ont été appréciés (cf. arrêt 6B_103/2007 précité, consid. 4.2.1; ATF 128 IV 193 consid. 3a; 118 IV 97 consid. 2b).

Le nouveau droit pose des exigences moins élevées quant au pronostic pour l'octroi du sursis. Auparavant, il fallait que le pronostic soit favorable. Désormais, il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (cf. arrêt 6B_103/2007 précité, consid. 4.2.2).

Par ailleurs, si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins, il ne peut y avoir de sursis à l'exécution de la peine qu'en cas de circonstances particulièrement favorables (art. 42 al. 2 CP), soit de circonstances qui empêchent que l'infraction antérieure ne détériore le pronostic (Message du 21 septembre 1998 du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi

fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 II p. 1855). Il s'agit, autrement dit, de déterminer s'il existe des circonstances si favorables qu'elles compensent tout au moins la crainte résultant de l'indice défavorable constitué par l'antécédent. Tel peut être le cas lorsque les faits les plus récents n'ont aucun rapport avec le jugement antérieur ou encore en cas de modification particulièrement positive dans la vie de l'auteur (arrêt 6B_103/2007 précité, consid. 4.2.3).

3.3 En l'espèce, les autorités cantonales ont notamment relevé les antécédents peu flatteurs du recourant, qui comparaisait pour la dixième fois devant l'autorité pénale depuis le 27 décembre 1995 et a déjà été condamné à trois reprises pour des infractions en matière économique, dont une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis pendant cinq ans, prononcée le 20 juillet 2000 (escroquerie, détournement de retenues sur salaire, délit contre la LPP, délit contre la LAVS, délit contre la LAA). Elles ont souligné l'absence de sensibilité du recourant aux peines prononcées antérieurement, qui ne l'ont pas dissuadé de persévérer dans sa façon d'agir. Les autorités cantonales étaient ainsi d'autant plus fondées, sur la base de ces éléments, à émettre de sérieux doutes sur les perspectives d'amendement que l'hypothèse visée par l'art. 42 al. 2 CP est réalisée.

Dans cette perspective, le fait allégué par le recourant qu'il s'acquitte régulièrement, malgré ses difficultés financières, de contributions d'entretien importantes envers sa famille n'est certes pas défavorable. Il ne démontre cependant pas qu'il aurait subi une évolution particulièrement positive dans sa vie, mais tout au plus qu'il continue à s'acquitter de ce qu'il estime être nécessaire à l'entretien de sa famille. Quant à son activité professionnelle depuis les faits, le recourant se fonde sur des éléments de fait qui ne ressortent pas de l'arrêt cantonal (art. 105 al. 1 LTF) et ne tente pas de démontrer qu'il y aurait sur ce point une inexactitude manifeste. Le recours est irrecevable dans cette mesure (art. 106 al. 2 LTF). Il convient par ailleurs également de tenir compte du fait que la nouvelle société qu'il a créée en 2006, et dont le jugement de première instance indiquait qu'il était salarié, a été mise en faillite le 8 février 2007 (arrêt entrepris, consid. 4b p. 6), ce qui ne tend pas non plus à démontrer un changement radical dans la vie professionnelle du recourant. On ne saurait, dans ces conditions, reprocher à la cour cantonale d'avoir jugé que seule l'exécution ferme d'une partie de la peine permettait de poser en l'espèce un pronostic favorable.

3.4 Pour le surplus, les autorités cantonales ont fixé à six mois la part de la peine à exécuter, soit au minimum légal (art. 43 al. 2 et 3 CP), ce qui exclut un réexamen de ce point dans le cadre du recours formé par le condamné.

4.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable. Le recourant, qui succombe, supporte les frais de la procédure (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 68 al. 2 et 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2000 francs, sont mis à la charge du recourant.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, Cour d'appel pénal.

Lausanne, le 11 février 2008

Au nom de la Cour de droit pénal

du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Le Greffier:

Schneider Vallat