

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/20418/2010

AARP/329/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du mercredi 9 juillet 2014

Entre

A_____, comparant par M^c Jean-Marie FAIVRE, avocat, rue de la Rôtisserie 2, case postale 3809, 1211 Genève 3,

appelante,

contre le jugement JTDP/488/2013 rendu le 24 juillet 2013 par le Tribunal de police,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6b, case postale 3565, 1211 Genève 3,

B_____, comparant en personne,

C_____.

D_____, comparant par M^c Myriam DE LA GANDARA-COCHARD, avocate, De la Gandara & Ass., Place du Port 1, 1204 Genève,

intimés.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par pli(s) recommandé(s) du 18 juillet 2014 et à l'autorité inférieure.

EN FAIT :

A. a. Par courrier du 5 août 2013, A_____ a annoncé appeler du jugement rendu le 24 juillet 2013 par le Tribunal de police, dont les motifs lui ont été notifiés le 2 octobre 2013, par lequel le tribunal de première instance l'a reconnue coupable de gestion fautive (art. 165 ch. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP ; RS 311.0]), de violation de l'obligation de tenir une comptabilité (art. 166 CP) et d'infraction à l'art. 117 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr ; RS 142.20), et condamnée à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 100.- l'unité, avec sursis durant 3 ans, à verser à D_____ la somme de CHF 5'248.80, au titre d'indemnité de procédure et de participation à ses honoraires d'avocat, ainsi qu'à la moitié des frais de la procédure, en CHF 1'385.-, l'autre moitié étant à la charge de son co-prévenu, B_____, reconnu coupable de gestion déloyale (art. 158 ch. 1 al. 1 CP).

b. Par acte du 22 octobre 2013, A_____ a formé la déclaration d'appel prévue à l'art. 399 al. 3 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0).

c. Par ordonnance pénale du Ministère public du 28 août 2012, valant acte d'accusation, il est reproché à A_____, d'avoir, dès 2003, alors qu'elle intervenait en qualité de directrice, actionnaire et gérante de la société C_____, déclarée en faillite le 23 juin 2009, omis de tenir la comptabilité pour les exercices 2004, 2005 et 2006 à tout le moins, accepté d'octroyer des prêts d'argent à son mari en omettant de l'indiquer au comptable, engagé un nombre exagérément élevé d'employés, notamment étrangers et non déclarés, et de les avoir rémunérés en procédant à des prélèvements dans la caisse, elle-même alimentée par le compte actionnaire, de telle sorte que la société s'est trouvée en situation de surendettement et d'insolvabilité, continué à exploiter le restaurant de la société bien qu'un rapport de l'organe de révision établi le 3 février (recte : décembre) 2007 faisait état de cette situation et ainsi d'avoir aggravé la situation de surendettement et d'insolvabilité de C_____ au préjudice des créanciers dont le découvert, au jour de la faillite, était de CHF 825'000.- environ.

B. Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a.a. A_____ a pris en location, par contrat de bail du 17 juin 1997, une arcade de 120 m² sise _____ afin d'y exploiter, en raison individuelle, le restaurant « E_____ ».

En février 1998, elle a acquis le capital-actions de la société C_____, qui a exploité depuis lors cet établissement.

Selon l'extrait du registre du commerce, F_____ en était administratrice avec signature individuelle à compter du 1^{er} juillet 2003, tandis que A_____ exerçait la fonction de secrétaire hors du conseil d'administration, d'abord avec signature individuelle puis, à compter d'octobre 2006, avec signature collective à deux.

G_____ en était l'organe de révision. Cette société, qui avait pour but social l'exécution de mandats d'ordre comptable, fiscal et administratif, a été dissoute le 21 avril 2006. H_____ et I_____ en étaient les associés et J_____ l'employé.

a.b. C_____ a été dissoute par suite de faillite prononcée le 23 juin 2009. L'office des faillites a dressé l'état de collocation le 9 juin 2010. Le total de l'état de collocation se montait à CHF 855'806.-. La créance de D_____ au titre de loyers impayés a été admise à hauteur de CHF 22'860.- en troisième classe.

b.a. Le 20 décembre 2010, la C_____, soit pour elle l'Office des faillites, a déposé plainte pénale contre les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de la société, visant notamment F_____, A_____ et B_____.

b.b. En tant que cessionnaire des droits de la masse en faillite, D_____, créancière gagiste colloquée dans la faillite, s'est constituée partie civile par courrier du 12 janvier 2011.

c. Entendue par la police et par le Ministère public, F_____ a expliqué qu'elle avait été chargée d'établir en catastrophe les comptes 2005 et 2006, suite au décès en 2005 de K_____, l'ancien réviseur, dont le bureau avait été fermé par l'Office des faillites pendant une année.

De manière générale, le solde comptable des différentes années ne correspondait pas au solde physique remis par A_____. Des correctifs avaient ainsi été faits en débitant le compte courant actionnaire et en créditant la caisse. Il n'y avait toutefois aucune facture ni aucun justificatif. Les correctifs étaient saisis de manière partielle et de façon totalement arbitraire. Le compte caisse de 2004 était déjà erroné et aurait dû être corrigé. F_____ était incapable de savoir si la société était déjà en situation de surendettement en 2004. Elle avait retiré la signature individuelle à A_____ en 2006, car celle-ci avait signé un contrat de vente portant sur l'établissement « E_____ » sans en référer à l'administratrice. Cela n'avait toutefois servi à rien car A_____, qui était considérée par tous comme la seule personne ayant autorité au sein de la société, soit la « patronne », avait continué à payer tout le monde en argent liquide, empêchant tout contrôle. F_____ s'était rendue, pendant quatorze mois, quotidiennement au restaurant entre 11h et 14h pour tenter de prendre en charge les caisses. Cette démarche s'était avérée vaine dans la mesure où les caisses remises étaient pratiquement toujours vides, A_____ donnant systématiquement des ordres d'effectuer des paiements juste avant son passage. Lorsqu'elle avait voulu faire des remarques,

notamment au serveur, elle s'était fait « ramasser » et on lui avait répondu qu'elle n'était pas « la patronne ».

d. B_____ a expliqué qu'il n'avait pas pu réviser le bilan pour 2005, n'avait reçu aucune documentation pour 2004 et n'avait rien pu faire pour 2006. S'agissant de 2005, si la documentation comptable était complète, il avait tout de suite remarqué qu'il y avait « des choses non conformes ». Il avait refusé d'avaliser ces comptes car la société était en surendettement. Surtout, certains postes n'étaient pas cohérents, en particulier le « solde en caisse », qui était excessivement positif. F_____, qui était censée préparer le bilan, n'avait obtenu la documentation relative à 2004 qu'en 2007 et lui avait demandé d'établir un rapport interne, ce qu'il avait fait pour rendre service. Son rapport du 3 décembre 2007 mentionnait que la société se trouvait dans un cas d'application de l'article 725 CO.

e. A_____ a indiqué à la police qu'elle était l'actionnaire unique de C_____ et avait géré le restaurant depuis le début. C'était elle qui effectuait tous les prélèvements, aussi bien par le débit du compte de la société auprès de Q_____ qu'en prenant l'argent dans la caisse. Elle payait ses employés en espèces et leur faisait signer une quittance, qu'elle ne remettait pas au comptable. Une partie des employés n'était pas déclarée. Dans les années 2004 à 2007, elle estimait qu'il y avait trois à quatre employés clandestins par mois ; ils pouvaient être une dizaine lors des Fêtes de Genève. Le nombre d'employés régulièrement déclarés variait entre douze et quinze sur cette même période. Cette situation était inconnue, tant du comptable, que de l'administratrice. En 2006, elle s'était rendue compte qu'il devenait difficile de payer toutes les charges et qu'il y avait trop d'employés. Suite à des difficultés rencontrées avec son époux, elle avait décidé de se séparer de lui et de le licencier. Il s'était alors présenté plusieurs fois dans l'établissement pour lui réclamer de l'argent, causant du scandale à chaque occasion. Elle lui avait remis régulièrement de l'argent sur une durée d'une année à raison d'environ CHF 1'000.- par mois. Interrogée sur une créance de CHF 74'101.- détenue par la société à l'encontre de L_____, elle a expliqué que ce dernier avait exploité un bar à _____ sous l'enseigne « M_____ ». Les locaux abritant l'établissement avaient été pris à bail par C_____. Son époux avait alors exploité plusieurs mois ce bar sans payer le loyer. Elle ne se souvenait pas d'avoir eu connaissance d'un rapport de G_____, daté du 3 décembre 2007, et mentionnant l'existence d'une situation de surendettement de la société. Elle avait toutefois rencontré l'auteur du rapport à deux reprises, lequel lui avait indiqué qu'il y avait trop de dettes et qu'il fallait trouver une solution rapidement. Elle avait toutefois exploité le restaurant jusqu'à la faillite car elle pensait pouvoir faire ainsi face à ses engagements.

Devant le Ministère public, A_____ a indiqué ne pas savoir que son époux, en 2007, avait reçu CHF 12'000.- de la caisse de C_____ ni que la société lui avait prêté environ CHF 75'000.-. Son mari était venu chercher de l'argent pour payer les charges en retard de son bar. En 2006, elle avait été informée du fait que la société avait beaucoup trop de dettes et elle avait commencé à essayer de vendre

le restaurant. Jusqu'en 2009, elle ne savait que faire et avait espéré pouvoir rembourser les dettes de la société. Elle a confirmé que les employés signaient normalement une quittance lorsqu'elle les payait de la main à la main, mais il était possible que ces papiers avaient été perdus.

f. Dans le cadre de l'action en responsabilité introduite par D_____ à l'encontre des organes de C_____, dont F_____ et A_____, une expertise judiciaire a été ordonnée par le juge civil aux fins d'examiner les bilans et comptes de la société, de déterminer si ces derniers avaient été établis dans le respect des règles comptables pour les années 2004, 2005 et 2006, s'ils reflétaient la réalité comptable de la société, et si cette dernière serait apparue surendettée au cas où les règles comptables avaient été respectées.

Le rapport d'expertise, établi par N_____ le 31 janvier 2013, a été versé à la procédure pénale par D_____, par courrier du 7 juin 2013.

Selon l'expert, les comptes annuels de C_____ ne donnaient pas d'aperçu sûr du patrimoine de la société: la valeur des postes « Caisse », « L_____ », « O_____ », « Actionnaire débiteur » et « Intérêts courus » avait été surévaluée. La société ne possédant pas de montant important en caisse, A_____ était incapable de rembourser les sommes imputées sur son compte actionnaire débiteur, s'élevant à CHF 348'156.45 en 2004, CHF 427'565.80 en 2005 et CHF 615'745.05 en 2006. Les créances correspondant aux paiements effectués pour le compte d'autres établissements, comme celui de L_____, étaient mal évaluées, dès lors que ces débiteurs n'avaient pas les capacités financières pour rembourser les sommes prêtées. Dans la mesure où aucune correction de valeur n'avait été enregistrée, le principe de prudence n'avait pas été respecté.

L'évaluation de certains postes d'actifs n'étant pas conforme à l'application des règles comptables, l'expert a procédé à une refonte de ces postes, en vue d'obtenir une situation comptable conforme à la réalité. A titre d'exemple, les actifs présentés sous la rubrique « Caisse », de CHF 261'144.65 en 2004, de CHF 260'753.55 en 2005 et de CHF 176'032.10 en 2006 avaient une valeur comptable de CHF 5'000.- pour chacune de ces années. Les créances à l'égard de « L_____ », enregistrées à hauteur de CHF 74'101.75 dans chacun de ces exercices, valaient en réalité un CHF 1.- symbolique. En comparant les actifs retenus en conformité des règles avec les autres chiffres présentés dans les états financiers de la société, l'expert a constaté que C_____ était en état de surendettement depuis 2004, et que le dépassement du surendettement était de CHF 311'875.20 en 2004, de CHF 369'588.88 en 2005 et de CHF 537'179.93 en 2006.

L'expert a constaté qu'aucun rapport de gestion n'avait été établi ni remis aux actionnaires, que les comptes présentés ne donnaient pas un aperçu sûr du patrimoine de la société, que des amortissements, corrections de valeur et

provisions pour risques et charges n'avaient pas été effectués et qu'aucune assemblée générale statuant sur les comptes n'avait été « protocolée » ou convoquée pour les exercices 2004, 2005 et 2006. Si G_____ avait, par courrier adressé le 3 décembre 2007 au Conseil d'administration et à l'assemblée des actionnaires, fait état des manquements dans la comptabilité, de l'état de surendettement et de l'état des mesures d'assainissement insuffisantes, aucune assemblée générale n'avait été convoquée, aucun bilan intermédiaire n'avait été dressé, et aucun avertissement n'avait été adressé au juge. L'expert a aussi observé que F_____ avait retiré les pouvoirs de représentation de A_____ sur le compte bancaire de la société, invité cette dernière à assainir son compte débiteur au sein de la société, entamé des négociations avec les créanciers de la société et diminué le nombre des employés.

g.a. A l'audience de jugement du 24 juillet 2013, A_____ a affirmé que ses fonctions dans la société se limitaient à faire les commissions et à accueillir la clientèle. Elle n'avait aucune compétence en matière comptable et ne savait pas bien lire, ni écrire. Elle ne s'occupait pas de régler les factures et les salaires, et n'avait jamais géré seule le restaurant. C'était F_____ qui s'occupait des salaires des employés et qui établissait des fiches de paies qui étaient ensuite signées par ces derniers. Elle a contesté avoir engagé du personnel en situation irrégulière, notamment entre 2004 et 2007, son avocat précisant qu'il y avait un étranger non déclaré qui travaillait en permanence pour le restaurant, en 2001-2002. Elle a confirmé que C_____ s'était effectivement chargée d'assumer les loyers des locaux abritant l'enseigne « M_____ » et que son époux lui prenait de force de l'argent, sans toutefois se souvenir des montants de ces prélèvements.

g.b. J_____ a confirmé que les comptes de la société présentaient notamment un solde en caisse exagérément élevé et injustifiable. Le compte actionnaire était par ailleurs un compte « *fourre tout* » où étaient placées les écritures dont on ne savait que faire. Il n'avait pas eu accès aux pièces justificatives.

C. a. Aux termes de sa déclaration d'appel, A_____ conclut, principalement, à son acquittement, au déboutement de la partie plaignante D_____ de toutes ses conclusions et à ce que celle-ci soit condamnée à lui payer une indemnité de CHF 6'000.- au titre des dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. Subsidiairement, elle demande à être exemptée de toute peine en relation avec l'infraction à l'art. 117 LEtr. A titre préalable, elle a sollicité la suspension de la procédure pénale dans l'attente de l'issue de la procédure civile l'opposant à D_____, au motif que celle-ci avait fait l'objet d'une instruction approfondie, concrétisée par une expertise et l'audition de témoins. Elle a requis par ailleurs l'audition de P_____ et de B_____.

b.a. Dans ses observations, le Ministère public a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris.

b.b. D_____ s'est opposée à la demande de suspension, observant que l'instruction pénale avait été complète et que les éléments pertinents issus de la procédure civile, notamment l'expertise judiciaire, avaient été versés à la procédure pénale. En outre, la démarche de A_____ était dilatoire, dans la mesure où la procédure civile, pendante en appel, était elle-même suspendue suite au décès de F_____.

c. Par ordonnance présidentielle du 5 février 2014, la requête de suspension a été rejetée, l'appelante étant par ailleurs autorisée à produire les procès-verbaux issus du contentieux civil qu'elle jugeait pertinents. La demande d'audition de B_____ a été rejetée, dès lors que l'intéressé avait déjà été entendu à la police, par le Ministère public et devant le Tribunal de police et que l'appelante ne fournissait aucune indication quant à l'utilité d'une telle ré-audition. L'audition de P_____, requise pour la première fois en appel, a été aussi rejetée, faute de toute motivation.

d. Par courrier du 7 mars 2014, le conseil de A_____ a produit quelques procès-verbaux de comparution personnelle des parties et d'enquêtes relatifs à la procédure civile, dont le procès-verbal d'audition de P_____ du 28 mars 2012.

e.a. Par courrier du 12 mars 2014, A_____ a conclu à l'octroi d'une indemnité de CHF 9'288.- pour ses frais d'avocat afférents à la procédure pénale.

e.b. Dans ses conclusions en indemnisation du 18 mars 2014, D_____ conclut à ce que A_____ soit condamnée à lui payer CHF 3'645.- pour ses frais d'avocat pour la procédure d'appel.

f.a. Lors des débats d'appel, A_____ a demandé l'audition de B_____. Elle n'a soulevé aucune autre question préjudicielle.

Après délibération, la Chambre de céans a rejeté cette réquisition de preuve au bénéfice d'une brève motivation orale, renvoyant, pour le surplus, aux considérants du présent arrêt.

f.b. S'agissant des faits, A_____ a expliqué que durant les dernières années d'existence du restaurant, elle n'avait plus employé des travailleurs non déclarés. Tous les salaires étaient effectivement payés en espèces, principalement par elle. Elle disposait aussi de la signature sur le compte en banque de la société, auprès de Q_____. Elle était la « patronne » de l'établissement et s'occupait de la gestion courante, tandis que tout ce qui était du ressort administratif relevait de la compétence de F_____. A compter de 2006, la société faisait l'objet de saisies sur recettes à hauteur de CHF 16'500.- par mois en relation avec des dettes fiscales et des charges sociales impayées. B_____ l'avait alertée en 2006 des problèmes de la société, lui expliquant que tous les postes incertains étaient comptabilisés dans le compte courant actionnaire. Elle avait versé sur le compte courant de la société une somme de CHF 80'000.-, correspondant au produit de

vente d'une maison au Maroc, ainsi que le capital de son deuxième pilier, soit environ CHF 60'000.-.

- D. A_____ est née le _____ 1955 à _____. Elle est divorcée et mère d'une fille majeure, née en 1988. Elle n'a pas de personne à charge. Titulaire du certificat de capacité de restaurateur, elle travaille actuellement pour sa fille qui exploite l'enseigne « E_____ ». Son salaire, de CHF 4'200.- bruts, lui est versé treize fois l'an alors que son loyer mensuel s'élève à CHF 1'140.-. Elle a des dettes assez conséquentes, dont elle ignore le montant exact, et fait l'objet d'une saisie sur salaire à hauteur de CHF 1'000.- par mois. Elle dit ne pas avoir de fortune.

Son casier judiciaire est vierge.

EN DROIT :

1. L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP).

La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; les conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitable (art. 404 al. 2 CPP).

2. L'appelante a réitéré, à titre préjudiciel lors des débats d'appel, la demande d'audition de B_____, déjà formulée dans la déclaration d'appel.

2.1.1. Conformément à l'art. 389 CPP, la procédure de recours se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (al. 1). L'administration des preuves du tribunal de première instance n'est répétée que si les dispositions en matière de preuves ont été enfreintes (al. 2 let. a) ; l'administration des preuves était incomplète (al. 2 let. b) ; les pièces relatives à l'administration des preuves ne semblent pas fiables (al. 2 let. c). L'autorité de recours administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (al. 3). Par ailleurs, selon l'art. 343 al. 3 CPP, applicable aux débats d'appel par le renvoi de l'art. 405 al. 1 CPP, le tribunal réitère l'administration des preuves qui, lors de la procédure préliminaire, ont été administrées en bonne et due forme lorsque la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement. Seules les preuves essentielles

et décisives dont la force probante dépend de l'impression qu'elles donnent doivent être réitérées.

2.1.2. Selon l'art. 405 al. 1 et 2 CPP, ne sont citées à comparaître aux débats d'appel que les parties qui ont déclaré l'appel ou l'appel joint.

2.2. En l'espèce, B_____ était en charge de la révision des comptes de C_____, en tant qu'employé de G_____, organe de révision de la société à compter du mois d'octobre 2006. Il ressort du dossier que celui-ci a été entendu par la police le 17 mai 2011, par le Ministère public les 14 mai et 13 août 2012 puis encore par le Tribunal de police le 24 juillet 2013. Tant à l'audience d'instruction du 14 mai 2012, qu'à l'audience de jugement, B_____ a été entendu de manière contradictoire et confronté à A_____ qui, dûment représentée par son conseil, a pu lui poser toute question qu'elle jugeait utile.

L'appelante ne soutient pas que l'audition de B_____ par le premier juge était incomplète ni qu'elle s'était déroulée en violation des règles de procédure, en particulier de son droit d'être entendue. Elle n'a pas non plus fait état de questions complémentaires qu'elle aurait souhaité poser à l'intimé ni avancé qu'il était indispensable que la Chambre de céans entende directement l'intéressé pour pouvoir se forger une opinion.

Cette réquisition de preuve doit partant être rejetée.

- 3. 3.1.1.1.** Selon l'art. 165 ch. 1 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 d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

C'est en premier lieu en fonction des dispositions spécifiques qui définissent les devoirs de l'auteur qu'il convient de déterminer s'il a usé des précautions commandées par les circonstances et sa situation personnelle (ATF 115 IV 38 consid. 2).

3.1.1.2. L'infraction exige qu'il y ait une faute de gestion, mais il faut encore que celle-ci soit en rapport de causalité naturelle et adéquate avec le surendettement ou son aggravation (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3^{ème} édition, Berne 2010, n. 38 ad art. 165 CP).

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. Peu importe quel est l'acte qui, en définitive, a provoqué le passage à l'état d'insolvabilité (ATF 123 IV 195). 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). En revanche, il n'est pas nécessaire de prouver un rapport de causalité entre le comportement fautif d'une part et la faillite ou la délivrance de l'acte de défaut de biens d'autre part (ATF 102 IV 23 consid. 4).

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 du Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220 ; 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 (fonds étrangers/dettes) excèdent les actifs (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 31 ad art. 165 CP). L'alinéa 1 de l'art. 725 CO impose à la société d'entreprendre des mesures d'assainissement en cas de surendettement, alors que l'alinéa 2 fonde l'obligation d'aviser le juge à moins qu'une créance postposée ne couvre la perte au bilan.

Il faut que la faute de gestion ait eu des conséquences concrètes, à savoir provoquer le surendettement ou, si celui-ci existait déjà, avoir empiré durablement la situation patrimoniale (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 34 ad art. 165 CP). Ainsi, une faute de gestion n'est pas punissable si, en réalité, elle n'a pas eu de conséquences négatives ou si ces conséquences étaient tellement imprévisibles qu'elle sortent du cadre de la causalité adéquate. Il est possible que la causalité ne puisse pas être établie si la faute de gestion est très antérieure au surendettement. En revanche, l'auteur ne peut pas échapper à la répression en faisant valoir qu'il y avait déjà surendettement, puisqu'il suffit que la situation patrimoniale se soit aggravée (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 41 ad art. 165 CP).

3.1.1.3. Sur le plan subjectif, l'auteur doit avoir adopté volontairement un comportement qui, considéré objectivement, doit être qualifié de fautif, en fonction des circonstances dont il avait connaissance ou acceptait l'éventualité; il faut encore que ce comportement, de manière prévisible pour lui, ait causé l'insolvabilité ou le surendettement ou aggravé cette situation. Selon la doctrine et la jurisprudence, la faute de gestion doit être caractérisée, en ce sens qu'elle doit dénoter un manque du sens des responsabilités. L'ouverture de la faillite ou la délivrance d'un acte de défaut de biens est une condition objective de punissabilité (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 58 ad art. 165 CP).

3.1.2. Selon l'article 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 à la suite d'une saisie pratiquée en vertu de l'article 43 LP, puni d'une peine privative de liberté de 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Le comportement punissable consiste à violer l'obligation ainsi définie.

On vise ici l'obligation de tenir une comptabilité prévue par le Code des obligations (art. 957 ss CO). Selon l'art. 957 al. 1 CO, quiconque a l'obligation de faire inscrire sa raison de commerce au registre du commerce, doit tenir et conserver, conformément aux principes de régularité, les livres exigés par la nature et l'étendue de ses affaires. Ceux-ci refléteront à la fois la situation financière de l'entreprise, l'état des dettes et des créances se rattachant à l'exploitation, de même que les résultats des exercices annuels.

En mentionnant non seulement l'obligation de tenir les livres, mais aussi celle de dresser le bilan, l'art. 166 CP souligne qu'il ne suffit pas de conserver les pièces justificatives, mais qu'il faut encore établir périodiquement les comptes requis (ATF 77 IV 166). L'art. 166 CP cite également l'obligation de conserver les livres de comptabilité durant dix ans, prévue par l'art. 962 al. 1 CO. En effet, les pièces justificatives font partie intégrante de la comptabilité.

L'obligation est violée lorsqu'il n'y a pas de comptabilité du tout, lorsque la comptabilité est tenue de manière irrégulière ou lacunaire, lorsqu'elle contient de nombreuses erreurs pratiquement impossibles à rectifier ou encore si les comptes et les pièces justificatives n'ont pas été conservés (B. CORBOZ, *op. cit.*, p. 536 ss ad art. 166 CP et les références citées).

Pour satisfaire aux obligations légales et ne pas se rendre punissable pénalement, il ne suffit pas de conserver des pièces justificatives, ni de présenter une comptabilité exacte sur le plan formel, mais ne reflétant pas la situation de la société du point de vue matériel (ATF 108 IV 25).

En raison de la violation de l'obligation, il n'est plus possible d'établir la situation du débiteur ou de l'établir complètement. C'est la conséquence de la violation qui constitue une sorte de résultat (CORBOZ, *op. cit.*, no 8 ad art. 166 CP).

Le prononcé de la faillite du débiteur est une condition objective de punissabilité (CORBOZ, *op. cit.*, no 9 ad art. 166 CP).

Sur le plan subjectif, l'infraction est intentionnelle mais le dol éventuel suffit. L'auteur doit avoir connaissance de son devoir et accepter les conséquences d'une violation de celui-ci ; il n'est pas nécessaire qu'il ait la volonté de dissimuler sa situation réelle (ATF 117 IV 164). Faute d'intention, l'acte est punissable en

application de l'art. 325 CP (ATF 72 IV 17) pour inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité.

3.1.3. Lorsque le débiteur, au sens des articles 165 et 166 CP, est une personne morale, l'art. 29 CP reporte la qualité pour répondre des manquements prévus dans ces dispositions, notamment, sur les organes de celle-ci ou sur ses membres, ainsi que sur le dirigeant effectif qui n'est ni un organe ni membre d'un organe, ni un collaborateur.

Cette définition du dirigeant effectif découle de la notion d'organe en droit pénal. Cette notion, plus large que celle connue en droit civil, comprend toutes les personnes qui ont un pouvoir de décision propre dans le cadre des activités sociales, et cela même si elles doivent le partager avec d'autres, par exemple du fait d'une signature collective à deux ou d'une organisation collégiale. Indépendamment de l'utilisation d'un homme de paille, celui qui exerce des compétences décisionnelles indépendantes décisives dans l'activité du débiteur, cela même s'il partage ces compétences avec d'autres personnes, doit par conséquent être qualifié, à défaut d'être un organe au sens formel ou un collaborateur muni d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont il est chargé, de dirigeant effectif. En principe et à l'instar de ce qui a été tranché en matière civile, l'accomplissement d'actes isolés ou la simple assistance dans la prise de décisions ne suffit en revanche pas à fonder la qualité de dirigeant effectif (arrêts du Tribunal fédéral 6B_635/2010 et 6B_637/2010 du 19 avril 2011, consid. 3.3.2 et les références citées).

3.2. En l'espèce, l'appréciation du premier juge, qui a retenu que A_____ avait agi en qualité d'organe de fait de C_____, doit être confirmée. L'appelante s'occupait en effet de la gestion courante du restaurant, dont elle était la patronne. Elle payait notamment les salaires des employés en prélevant l'argent directement de la caisse. Elle réglait aussi d'autres factures et disposait de la signature individuelle sur le compte en banque. L'appelante a d'ailleurs indiqué à la police qu'elle était la seule personne qui opérait des prélèvements pour le compte de sa société. A_____ a aussi accepté de payer le loyer commercial de son époux, à hauteur de CHF 74'000.-, avec l'argent de la société, ce qui montre qu'elle gérait les affaires de manière autonome. Ses explications tardives, selon lesquelles elle ne s'occupait que de faire les courses et d'accueillir la clientèle, sont de pure circonstance et n'emportent pas la conviction. Elles sont du reste contredites par le témoignage de F_____.

L'appelante était par conséquent un organe de fait de la société et devait en assumer toutes les obligations, notamment vérifier que celle-ci fût gérée de façon adéquate et que la comptabilité fût tenue dans le respect des règles fixées par les dispositions du CO.

Le dossier établit également que l'appelante, en sa qualité d'exploitante de l'établissement, a commis des fautes de gestion. Elle a remis de l'argent à son ex-mari, prélevé de la caisse, et a payé le loyer de son bar. En tant que crédits, on doit considérer qu'ils ont été accordés à la légère par l'organe de fait de la société, dès lors qu'il n'y avait ni plan de remboursement, ni garantie quelconque. L'expert judiciaire mandaté par le juge civil a d'ailleurs évalué à CHF 1.- symbolique la créance de la société à l'égard de l'ex-mari de l'appelante.

L'appelante a reconnu qu'elle payait tous les employés du restaurant en espèces, par des prélèvements de caisse, dont elle ne tenait aucune comptabilité, admettant n'avoir remis aucune documentation en relation avec ces charges au comptable de la société. Ce faisant, elle a empêché la tenue d'une comptabilité conforme au CO, de sorte qu'il était impossible de se faire une idée, même approximative, des états financiers de la société. Elle s'est ainsi délibérément privée de tout instrument de contrôle lui permettant de connaître la situation financière de sa société anonyme, et de prendre à temps les mesures susceptibles sinon d'éviter tout au moins de limiter le surendettement (cf. art. 725 CO).

Il ressort aussi de l'expertise judiciaire civile que les montants inscrits sous la rubrique « caisse » de CHF 261'144.65 en 2004, de CHF 260'753.55 en 2005 et de CHF 176'032.10 ne valaient en réalité que CHF 5'000.-. En sa qualité d'actionnaire unique de la société, l'appelante était également responsable du fait que le compte actionnaire de la société était fortement débiteur, pour un montant supérieur à CHF 615'000.- à fin 2006. Enfin, l'appelante a admis que les charges de la société étaient trop élevées car il y avait trop d'employés.

La société était en état de surendettement déjà en 2004 et, nonobstant le rapport interne de B_____ du 3 décembre 2007, adressé au conseil d'administration et à l'assemblée des actionnaires, aucun avis au juge en application de l'art. 725 CO n'a été fait. En laissant perdurer cette situation jusqu'en 2009, l'appelante a violé ses obligations.

Au vu de ce qui précède, la décision du premier juge de reconnaître A_____ coupable d'infraction à l'art. 165 ch. 1 CP sera confirmée.

3.3. L'appelante conteste s'être rendue coupable de violation de l'obligation de tenir une comptabilité.

En l'espèce, il y a lieu de constater que la comptabilité de la société relative aux années 2004 à 2006, notamment, n'a pas pu être établie correctement, ne serait-ce qu'en raison du fait que l'appelante n'a jamais tenu de comptabilité sur les charges du personnel, payées en espèces. F_____ a confirmé l'absence de factures et de

justificatifs pour les comptes 2005 et 2006 et admis qu'elle avait dû procéder à des correctifs, saisis de manière partielle et totalement arbitraire.

Comme cela a été constaté par l'Office des faillites, B_____, F_____ et l'expertise judiciaire, le solde de la caisse en 2004, en 2005 et en 2006 était quasi inexistant, les montants inscrits dans les comptes ne reflétant aucunement la situation financière réelle de la société.

B_____ a retourné la comptabilité relative à l'exercice 2005. Il a en outre confirmé qu'il n'avait pas eu accès aux pièces justificatives. A l'instar de l'expert, il a constaté que le compte actionnaire était un compte « fourre-tout », dans lequel on mettait les écritures dont on ne savait pas quoi faire. Les comptes 2004 n'ont pu être établis qu'en 2007.

Les comptes 2004 à 2006 ont donc été établis tardivement, partiellement, de façon lacunaire et irrégulière. Dans la mesure où l'établissement des comptes de fin d'exercice dépendait pour l'essentiel des décisions de l'appelante, qui disposait seule des pièces comptables relatives aux charges d'exploitation de l'établissement (factures et salaires), il lui incombait d'y veiller, ce qu'elle n'a pas fait.

Au vu de ce qui précède, il y a bien eu infraction à l'art. 166 CP, de sorte que la décision du premier juge sera confirmée.

- 4. 4.1.** L'article 117 al. 1 LEtr punit d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, intentionnellement, emploie un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse ou a recours, en Suisse, à une prestation de services transfrontaliers d'une personne qui n'a pas l'autorisation requise.

Aux termes de l'art. 97 al. 1 let. c CP, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013, l'action pénale se prescrit par sept ans si l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de moins de trois ans, comme en l'espèce. La prescription cesse de courir si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu (art. 97 al. 3 CP).

4.2. En l'espèce, l'infraction à l'art. 117 LEtr est prescrite pour la période antérieure à fin juillet 2006, le jugement du tribunal de première instance, qui a interrompu l'écoulement du délai de prescription, étant intervenu le 24 juillet 2013.

L'appelante a indiqué à la police qu'elle avait estimé à trois ou quatre le nombre de travailleurs clandestins employés par sa société dans les années 2004 à 2007, ce chiffre pouvant être plus élevé durant les Fêtes de Genève. Elle a ajouté que le nombre d'employés régulièrement déclarés étaient de 12 à 15 durant cette même

période et qu'elle payait les salaires en espèces, sans en référer au comptable ou à l'administratrice. Devant le Ministère public, elle a confirmé avoir rétribué son personnel « de la main à la main » sans revenir sur ses déclarations s'agissant de l'emploi de personnel en situation irrégulière. Ce n'est ainsi qu'à l'audience de jugement du 24 juillet 2013 que A_____ a changé sa version des faits, soutenant en substance que le dernier employé étranger en situation irrégulière avait travaillé pour la société en 2001-2002.

Ces revirements tardifs n'emportent pas la conviction de la Cour, ce d'autant que l'appelante a fourni à la police des informations chiffrées sur le nombre d'employés non déclarés et déclarés, durant une période déterminée qu'elle a elle-même indiquée, soit des détails qu'elle était seule à connaître en sa qualité de patronne de l'établissement. Le fait que les salaires ont toujours été payés en espèces et qu'aucun justificatif n'a été trouvé à cet égard, constitue un élément corroboratif supplémentaire du caractère illégal d'une partie de ces emplois.

A_____ sera donc reconnue coupable d'infraction à l'art. 117 al. 1 LEtr. Toutefois, l'emploi d'étrangers entre 2003, selon les faits visés par l'acte d'accusation, et juillet 2006 n'est pas punissable, la période pénale s'étendant d'août 2006 à fin 2007.

- 5. 5.1.1.** Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). Comme sous l'ancien droit, le facteur essentiel est celui de la faute.

5.1.2. Selon l'art. 52 CP, si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte – conditions cumulatives – sont peu importantes, l'autorité compétente renonce à lui infliger une peine. Si les conditions indiquées à l'art. 52 CP sont réunies, l'exemption par le juge est de nature impérative (ATF 135 IV 130 consid. 5.3.2 p. 135). Si elles ne sont réalisées qu'en instance de jugement, un verdict de culpabilité est rendu, mais dépourvu de sanction (ATF 135 IV 130 consid. 5.3.2 p. 135).

L'exemption de peine suppose que l'infraction soit de peu d'importance, tant au regard de la culpabilité de l'auteur que du résultat de l'acte. L'importance de la culpabilité et celle du résultat dans le cas particulier doivent être évaluées par comparaison avec celle de la culpabilité et celle du résultat dans les cas typiques de faits punissables revêtant la même qualification ; il ne s'agit pas d'annuler, par une disposition générale, toutes les peines mineures prévues par la loi (Message concernant la modification du code pénal suisse [dispositions générales, entrée en

vigueur et application du code pénal] et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 p. 1871). Pour apprécier la culpabilité, il faut tenir compte de tous les éléments pertinents pour la fixation de la peine, notamment des circonstances personnelles de l'auteur, tels que les antécédents, la situation personnelle ou le comportement de l'auteur après l'infraction. Une violation du principe de célérité ou un long écoulement de temps depuis les faits peuvent également être pris en considération (ATF 135 IV 130 consid. 5.4 p. 137).

5.1.3. D'après l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion.

5.2. En l'espèce, à l'instar du premier juge, il convient de constater que la faute de l'appelante n'est pas anodine et qu'elle a agi avec légèreté et désinvolture sur une longue période. L'appelante n'a pas eu de cesse de changer sa version des faits pour finir par nier tout comportement répréhensible.

Elle a agi avec conscience, empêchant tout contrôle extérieur sur la marche des affaires du restaurant, ainsi qu'en a témoigné F_____ qui n'avait de cesse de réclamer des justificatifs.

Son comportement a eu des conséquences préjudiciables pour les créanciers de la société, dont le propriétaire de l'immeuble. A supposer que l'appelante ait effectivement injecté dans la société le produit de la vente d'un immeuble au Maroc ainsi que ses avoirs du deuxième pilier, ce qui ne semble pas être établi par le dossier, cela ne rend pas son comportement moins blâmable, étant rappelé que le compte courant actionnaire n'a cessé de croître.

Une exemption de peine n'entre donc pas en considération.

Les infractions retenues entrent en concours (art. 49 CP).

Le premier juge a fait une application correcte des critères dégagés aux art. 47 al. 1 et 2 et 49 al. 1 CP. Toutefois, dans la mesure où la période pénale relative à l'infraction à l'art. 117 LETr a été réduite en appel, une partie des faits étant prescrite, il convient de réduire légèrement la peine prononcée en première instance et de la fixer à 80 jours-amende.

Le montant du jour-amende, fixé à CHF 100.- par le premier juge, est adapté à la situation financière de l'appelante, ce que celle-ci ne remet pas en cause, et n'est pas excessif.

La mesure de sursis prononcée, dont les conditions sont au demeurant réalisées, est acquise à l'appelante au vu des dispositions de l'art. 391 al. 2 CPP.

Au vu de ce qui précède, le jugement du Tribunal de police sera réformé s'agissant de la quotité de la peine pécuniaire.

6. **6.1.** Conformément à l'art. 433 al. 1 let. a CPP, applicable en instance de recours (art. 436 al. 1 CPP), si la partie plaignante a conclu à l'octroi d'une indemnité dans une procédure de recours où elle a obtenu gain de cause, cette indemnité sera mise à la charge du prévenu, non de l'État (ACPR/140/2013 du 12 avril 2013 ; ACPR/230/2013 du 8 mai 2013). L'art. 433 al. 1 CPP permet à la partie plaignante de demander une juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure lorsqu'elle obtient gain de cause (let. a) ou lorsque le prévenu est astreint au paiement des frais conformément à l'art. 426 al. 2 CPP (let. b). L'al. 2 prévoit que la partie plaignante adresse ses prétentions à l'autorité pénale ; elle doit les chiffrer et les justifier. Si elle ne s'acquitte pas de cette obligation, l'autorité pénale n'entre pas en matière sur la demande.

La partie plaignante obtient gain de cause au sens de l'art. 433 al. 1 CPP, notamment lorsque le prévenu est condamné (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, Bâle 2011, n. 6 ad art. 433 ; N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 2e éd., Zurich 2013, n. 6 ad art. 433). La juste indemnité, notion qui laisse un large pouvoir d'appréciation au juge, couvre les dépenses et les frais nécessaires pour faire valoir le point de vue de la partie plaignante dans la procédure pénale, soit en premier lieu ses frais d'avocat (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 8 ad art. 433 ; N. SCHMID, *op. cit.*, n. 3 ad art. 433).

6.2. D_____ a réclamé une indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure dans son intégralité, arrêtée à CHF 8'893.80.

La condamnation de l'appelante étant confirmée, le principe d'une indemnisation des frais d'avocat de la plaignante est acquis. S'agissant de la procédure de première instance, le montant alloué par le premier juge, de CHF 5'248.80.-, paraît justifié et ne sera donc pas revu, n'étant au demeurant pas contesté par l'appelante.

L'activité relative à la procédure d'appel doit être réduite de 2h40, en relation avec la suite d'assistance à l'audience devant le Tribunal de police, ce poste concernant les frais de la procédure de première instance déjà indemnisés. Il se justifie d'allouer à l'intimée une indemnité de CHF 2'175.- pour la procédure d'appel, plus TVA,

correspondant à 4h50 d'activité d'avocat à un taux horaire de CHF 450.- et de les mettre à la charge de l'appelante.

7. L'appelante, qui succombe pour l'essentiel, supportera les 3/4 des frais de la procédure envers l'Etat, y compris un émolument de jugement de CHF 1'600.- (art. 428 al. 1 CPP et 14 al. 1 let. e du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale ; E 4 10.03).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTDP/488/2013 rendu le 24 juillet 2013 par le Tribunal de police dans la procédure P/20418/2010.

L'admet très partiellement en ce sens que ce jugement est annulé en tant qu'il a condamné A_____ à une peine pécuniaire de 90 jours-amende.

Et statuant à nouveau sur ce point :

Condamne A_____ à une peine pécuniaire de 80 jours-amende.

Confirme pour le surplus le jugement entrepris.

Condamne A_____ à payer à D_____, la somme de CHF 2'175.-, plus TVA, à titre de participation à ses honoraires d'avocat afférents à la procédure d'appel.

Condamne A_____ aux 3/4 des frais de la procédure d'appel, qui comprennent dans leur totalité un émolument de CHF 1'600.-.

Laisse le solde de ces frais à la charge de l'Etat.

Siégeant :

Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, présidente; Monsieur Pierre MARQUIS et Madame Yvette NICOLET, juges.

La greffière :

Melina CHODYNIECKI

La présidente :

Verena PEDRAZZINI RIZZI

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière pénale.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

P/20418/2010

ÉTAT DE FRAIS

AARP/329/2014

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais et dépens en matière pénale (E 4 10.03).

Total des frais de procédure du Tribunal de police : CHF 1'385.00

Condamne A_____ et B_____ à raison d'1/2 chacun (CHF 785.- y compris émolument de CHF 600.-). L'émolument complémentaire également de CHF 600.- est uniquement à charge de A_____.

Bordereau de frais de la Chambre pénale d'appel et de révision

Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c) CHF 0.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 360.00

Procès-verbal (let. f) CHF 50.00

État de frais CHF 75.00

Émolument de décision CHF 1'600.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 2'085.00

Condamne A_____ aux $\frac{3}{4}$ des frais de la procédure d'appel.
