

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/4126/2007

AARP/541/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre pénale d'appel et de révision**

**Arrêt du 8 novembre 2013**

Entre

**X**\_\_\_\_\_, comparant par M<sup>e</sup> François MEMBREZ, avocat, rue Verdaine 12, case postale 3647, 1211 Genève 3,

**Y**\_\_\_\_\_, comparant par M<sup>e</sup> Arnaud MOUTINOT, avocat, boulevard des Philosophes 17, 1205 Genève

appelants,

contre le jugement JTDP/127/2013 rendu le 5 mars 2013 par le Tribunal de police,

Et

**CAISSE A**\_\_\_\_\_,

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

intimés.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à l'autorité inférieure en date du 12 novembre 2013.

---

**EN FAIT :**

- A.** **a.** Par courriers des 14 et 15 mars 2013, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ont annoncé appeler du jugement rendu par le Tribunal de police le 5 mars 2013, notifié le 20 mars suivant dans sa version motivée, par lequel le tribunal de première instance les a reconnus coupables d'infraction à l'art. 87 al. 3 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10) et les a condamnés chacun à une peine pécuniaire de 30 jours-amende, à CHF 20.- respectivement à CHF 50.- l'unité, avec sursis durant 3 ans, ainsi qu'aux frais de la procédure, chacun pour moitié, par CHF 2'365.-, comprenant un émolument de jugement de CHF 1'600.-.
- b.** Par actes du 9 avril 2013, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ont 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 ordonnances pénales du 19 septembre 2012, valant actes d'accusation, il est reproché à Y\_\_\_\_\_, en sa qualité d'administrateur de B\_\_\_\_\_ SA, et à X\_\_\_\_\_, gérant de la société, d'avoir, pour la période de janvier à septembre 2006, déduit une somme totale de CHF 9'868.50 au titre des cotisations AVS-AI-APG-AC sur l'ensemble des salaires payés à leurs employés et d'avoir détourné cette somme de sa destination, infraction prévue et punie par l'art. 87 al. 3 LAVS.
- B.** Les faits pertinents pour l'issue de la procédure sont les suivants :
- a.a** La société B\_\_\_\_\_ SA, ayant pour but toute activité dans le domaine de la construction, a été constituée le 22 juin 2005 par C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_. Ce dernier en était l'administrateur unique avec signature individuelle. La société E\_\_\_\_\_ SARL (ci-après : E\_\_\_\_\_), fiduciaire animée par D\_\_\_\_\_, était inscrite au Registre du commerce, à titre d'organe de révision, jusqu'au 3 janvier 2007.
- B\_\_\_\_\_ SA ne comptait que deux employés, soit F\_\_\_\_\_, engagée le 1<sup>er</sup> août 2005, pour un salaire mensuel brut de CHF 8'000.-, en qualité de secrétaire et X\_\_\_\_\_, qui en était le directeur, dès le 1<sup>er</sup> septembre 2005, pour un salaire mensuel brut de CHF 9'000.-, auxquels s'ajoutaient CHF 1'500.- de frais de représentation.
- a.b** B\_\_\_\_\_ SA a été affiliée auprès de la CAISSE A\_\_\_\_\_ (ci-après : la A\_\_\_\_\_) dès sa constitution.
- b.a** B\_\_\_\_\_ SA ne s'étant pas acquittée des cotisations paritaires AVS-AI depuis le mois de janvier 2006, la A\_\_\_\_\_ lui a adressé des sommations de paiement, en vain, entre avril 2006 et janvier 2007.

Deux commandements de payer ont été notifiés à B\_\_\_\_\_ SA les 4 août 2006 et 16 février 2007. Le premier a été signé par X\_\_\_\_\_ avec la mention "procuration" et le second par Y\_\_\_\_\_. Aucune opposition n'a été formée à ces poursuites.

**b.b** Par jugement du 12 mars 2007, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de B\_\_\_\_\_ SA. La A\_\_\_\_\_ a produit dans la faillite une créance de CHF 23'330,75.

**c.a** Le 15 mars 2007, Y\_\_\_\_\_ a déposé plainte pénale contre X\_\_\_\_\_.

Il expliquait en substance que X\_\_\_\_\_ avait géré seul la société depuis sa création et lui avait demandé d'en être l'administrateur du fait de sa nationalité suisse. Dès 2006, X\_\_\_\_\_ n'envoyait plus régulièrement les documents comptables à E\_\_\_\_\_, de sorte que cette dernière avait démissionné. X\_\_\_\_\_ avait en outre ouvert un deuxième compte courant au nom de B\_\_\_\_\_ SA sur lequel il était seul à avoir la signature. En 2007, il avait été contraint de déposer le bilan, alors qu'en 2005 la société était encore saine.

**c.b** Le 30 octobre 2007, la A\_\_\_\_\_ a déposé plainte pénale à l'encontre de Y\_\_\_\_\_ et de X\_\_\_\_\_, en leurs qualités respectives d'administrateur et d'organe de fait de B\_\_\_\_\_ SA. De janvier à septembre 2006, ils avaient d'une part éludé l'obligation de payer des contributions en matière d'allocations familiales, pour un montant total de CHF 2'142.-, et d'autre part retenu sur les salaires de leurs employés la part de cotisations incombant à ces derniers, de CHF 7'726.50, sans la verser à la caisse de compensation, malgré les sommations qui leur avaient été adressées entre avril 2006 et janvier 2007.

**c.c** Les procédures ouvertes suite aux deux plaintes précitées ont été jointes. Celle instruite suite à la plainte déposée par Y\_\_\_\_\_ a été partiellement classée, par ordonnance du 19 septembre 2012, faute de charges suffisantes.

**d.** Tant à l'instruction que devant le Tribunal de police, la A\_\_\_\_\_ a confirmé sa plainte et persisté dans ses déclarations. Son dommage global s'élevait à CHF 22'765.-, dont CHF 9'868,50 correspondaient à la part dite pénale.

**e.** Les documents pertinents suivants ont été versés à la procédure:

- les déclarations de salaire de B\_\_\_\_\_ SA auprès de la A\_\_\_\_\_ pour l'année 2006, confirmant que la société ne comptait que deux employés, soit X\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ et que leurs salaires avaient été versés de janvier à septembre 2006 inclus. Toutes les déclarations de salaires, mentionnant les salaires bruts et le taux d'activité des deux employés de B\_\_\_\_\_ SA, adressées à la A\_\_\_\_\_ d'août 2005 à septembre 2006 étaient signées par D\_\_\_\_\_. D'octobre 2006 à mars 2007, les déclarations de salaires, toutes datées des 26 février et 26 mars 2007 et sur lesquelles la mention « pas de salaire » a été apposée, ont été signées par Y\_\_\_\_\_, lequel a annoncé la faillite de la société à la A\_\_\_\_\_ par courrier du 26 mars 2007;

- des avis de débit du compte courant 1\_\_\_\_\_ (signature collective de X\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_) de B\_\_\_\_\_ SA, effectués respectivement le 6 janvier 2006, sur la base d'instructions données la veille et le 22 février suivant, selon instructions du 20 février 2006, pour la couverture des frais généraux de la société, ainsi qu'attestant de virements ordonnés en faveur de la A\_\_\_\_\_. Dès le mois de mars 2006, les avis de débit se rapportant au paiement des frais généraux de la société ne comportent plus aucune mention de versements effectués en faveur de la A\_\_\_\_\_;

- divers reçus pour des retraits de montants provenant du compte courant 1\_\_\_\_\_ et remis en espèces à X\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_, comportant leurs signatures, ou de montants remis à X\_\_\_\_\_ uniquement, mais dont la quittance n'est signée que par G\_\_\_\_\_ ;

- des relevés en capital du compte courant 2\_\_\_\_\_ (signature individuelle de X\_\_\_\_\_) au nom de B\_\_\_\_\_ SA, pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 12 décembre 2006 et du 9 juin 2006 au 20 mars 2007, desquels il ressort que ce compte servait essentiellement pour des retraits d'espèces et était alimenté par le compte 1\_\_\_\_\_. Selon un avis de crédit, un montant de CHF 6'000.- a été viré sur le compte 2\_\_\_\_\_, le 3 août 2006, sous le libellé "SALAIRE F\_\_\_\_\_ MOIS JUILLET", mais aucune écriture correspondante de virement ou retrait de ce montant en faveur de la précitée ne se retrouve dans les relevés de ce compte. Selon d'autres avis de crédit du compte 2\_\_\_\_\_, datant des 17 juillet, 7 août et 19 septembre 2006, les salaires de F\_\_\_\_\_ et de X\_\_\_\_\_ étaient virés sur le compte courant 2\_\_\_\_\_. Des avances sur salaire ont été concédées à F\_\_\_\_\_, notamment le 14 juin 2006;

- un courrier de E\_\_\_\_\_ du 21 novembre 2006 annonçant sa démission en tant qu'organe de révision au motif qu'elle rencontrait des difficultés à recevoir les documents attestant de la situation de B\_\_\_\_\_ SA;

- un courrier de Y\_\_\_\_\_ à X\_\_\_\_\_ du 22 novembre 2006, lui annonçant la convocation d'une assemblée extraordinaire le 29 novembre suivant suite à la démission de E\_\_\_\_\_ et précisant que si la comptabilité de la société, "*comprenant toutes les pièces justifiant les entrées et les sorties d'argent, ainsi que leurs utilisations*", ne lui était pas soumise à cette occasion, alors qu'il la réclamait vainement depuis longtemps, il se verrait contraint de démissionner, avec effet immédiat, de ses fonctions d'administrateur de B\_\_\_\_\_ SA;

- le procès-verbal de l'assemblée extraordinaire des actionnaires de B\_\_\_\_\_ SA daté du 29 novembre 2006, signé par Y\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, dont il ressort que courant 2005, G\_\_\_\_\_ a cédé la totalité de ses actions de la société à X\_\_\_\_\_, sans recevoir d'argent de celle-ci. X\_\_\_\_\_ avait remis "*quelques classeurs*", mais il manquait "*les justificatifs des sorties d'argent, de l'état des dettes et des montants restant à recevoir*", de sorte qu'il s'engageait à les fournir rapidement afin que "*l'assemblée*" puisse avoir une "*vue exacte de la situation de la société*";

- un courrier de D\_\_\_\_\_ à l'Office des faillites du 1<sup>er</sup> mai 2007, expliquant que sa fiduciaire avait refusé de continuer à se charger de la révision des comptes de B\_\_\_\_\_ SA en raison des manquements de X\_\_\_\_\_ dans la fourniture régulière des pièces comptables accompagnées des justificatifs ;

- un courrier du 5 mars 2007 de la H\_\_\_\_\_ adressé à Y\_\_\_\_\_ aux termes duquel ce dernier s'était plaint des modalités d'ouverture du compte 2\_\_\_\_\_ au nom de B\_\_\_\_\_ SA, ainsi que des transferts opérés par Netbanking en faveur de ce compte à partir du compte 1\_\_\_\_\_. Il ressort de ce courrier que, le 17 février 2006, X\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_, sur la base de la signature collective qui leur avait été accordée par Y\_\_\_\_\_, ont conclu un contrat d'adhésion à "*H\_\_\_\_\_ -Netbanking donnant pouvoir à M. X\_\_\_\_\_ d'utiliser H\_\_\_\_\_ -Netbanking afin d'exploiter le compte*" (1\_\_\_\_\_). Le 28 mars 2006, le même pouvoir avait été accordé à G\_\_\_\_\_. L'ouverture du compte 2\_\_\_\_\_ était intervenue suite aux instructions de X\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_. Il en allait de même des transferts du compte 1\_\_\_\_\_ sur le compte 2\_\_\_\_\_.

**f.a** Y\_\_\_\_\_ a contesté, devant la police et le juge d'instruction, les faits qui lui étaient reprochés. X\_\_\_\_\_, unique gérant de B\_\_\_\_\_ SA, était le seul responsable du non-paiement des cotisations sociales. X\_\_\_\_\_ se chargeait des paiements de la société qu'il effectuait par Netbanking, ainsi que du versement des salaires. Il n'avait assumé la fonction d'administrateur qu'en raison de la nationalité et du domicile français de X\_\_\_\_\_, auquel il faisait confiance. Il n'avait jamais participé à la gestion de B\_\_\_\_\_ SA. Il était administrateur de plusieurs autres sociétés, alors même qu'il était endetté suite à des opérations immobilières datant des années 1980.

**f.b** Devant le Tribunal de police, Y\_\_\_\_\_ a persisté à contester les faits qui lui étaient reprochés, même s'il admettait avoir été l'administrateur de B\_\_\_\_\_ SA à l'époque des faits, fonction pour laquelle il était défrayé à hauteur de CHF 450.- par mois. Dans ce contexte, il avait signé les contrats de travail de X\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_. Il se rendait tous les mois, voire plusieurs fois par mois, dans les locaux de la société. X\_\_\_\_\_ lui présentait les états financiers de la société, lui montrait les paiements qu'il avait effectués et l'état de la trésorerie de la société. Si nécessaire, il lui soumettait également des documents et autres contrats pour signature. Il était soucieux de l'état de la société, qui lui paraissait bon à l'époque. Il se considérait comme un administrateur "de paille" dès lors qu'il ne dirigeait pas la société, ce qui était le fait de X\_\_\_\_\_. Il ne lui donnait aucun ordre, pas plus que G\_\_\_\_\_ ou D\_\_\_\_\_.

**g.a** X\_\_\_\_\_ a expliqué à la police qu'en sa qualité de directeur, il était notamment chargé de la négociation et de la conclusion des contrats. Il lui incombait également d'aller chercher les plis recommandés à la poste, sur la base des procurations que lui avait conféré Y\_\_\_\_\_, car il ne possédait aucune signature lui permettant d'engager la société. Il en allait de même lors de la conclusion de contrats pour des chantiers pour lesquels une procuration lui était remise par Y\_\_\_\_\_ au cas par cas. Il avait

dans un premier temps disposé d'une signature collective à deux, avec G\_\_\_\_\_, sur le compte bancaire de la société, puis d'une signature individuelle, sur le second compte sociétaire ouvert par Y\_\_\_\_\_. Il n'avait plus été rémunéré dès octobre 2006 et avait démissionné en février 2007. Les salaires étaient payés en espèces.

**g.b** A l'instruction, il a confirmé ses précédentes déclarations. Le second compte, avec signature individuelle, avait été ouvert à la demande de Y\_\_\_\_\_ et devait servir uniquement pour les petits retraits. Il n'avait finalement pas utilisé ce compte conformément à sa destination initiale, mais pour le règlement des sous-traitants, des notes de frais et des salaires, qui étaient versés en espèces. Il l'avait utilisé pour le fonctionnement de la société, car G\_\_\_\_\_ n'était pas toujours disponible. Il se chargeait des paiements, avec le concours de G\_\_\_\_\_ lorsqu'il s'agissait de retraits en espèces. Les assurances sociales étaient réglées par Netbanking. Les bulletins de salaire et déclarations aux assurances sociales étaient établis par D\_\_\_\_\_. Il classait les factures de la société, avec l'aide de F\_\_\_\_\_, et les remettait une fois par mois à D\_\_\_\_\_. Il ne s'occupait en revanche pas des aspects administratifs, se contentant de la gestion technique des chantiers et de la recherche de la clientèle. Y\_\_\_\_\_ se rendait toutes les deux semaines dans les locaux pour faire le point sur les affaires et l'avancement des chantiers. Il lui remettait, une fois par semaine, une enveloppe contenant les documents administratifs à traiter, afin qu'il fasse le nécessaire.

**g.c** Lors de l'audience de jugement, X\_\_\_\_\_ a persisté sans ses dénégations. Il ne recevait aucune instruction, mais ne s'occupait pas des aspects administratifs de la société, qui étaient confiés à la fiduciaire de D\_\_\_\_\_. Cette dernière et lui-même ne rendaient des comptes qu'à Y\_\_\_\_\_. Il reconnaissait toutefois s'être chargé du paiement des salaires sur la base des fiches de salaire envoyées par la fiduciaire. Il n'y avait aucune initiative de sa part. Il lui était arrivé de consentir des avances de salaire avec ses deniers personnels lorsque la société n'avait plus d'argent. Il avait donné, le 5 janvier 2006, conjointement avec G\_\_\_\_\_, des instructions à la banque de procéder à divers paiements. Les factures, qui étaient envoyées au bureau, étaient rangées dans un classeur, puis soumises à la fiduciaire, qui établissait un bordereau de paiement. Il examinait ensuite les factures avec Y\_\_\_\_\_ et procédait aux ordres de paiement. Il ignorait pour le surplus pour quelle raison seuls G\_\_\_\_\_ et lui-même avaient accès aux avoirs de la société. Il n'était pas actionnaire de la société.

**h.a** G\_\_\_\_\_ a expliqué avoir créé B\_\_\_\_\_ SA notamment avec Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_. Officiellement, il n'avait aucune fonction dans la société. La gestion de celle-ci avait été intégralement reprise par X\_\_\_\_\_ à compter de septembre 2005. Ce dernier était le seul à décider, mais, initialement il ne disposait que d'une signature collective à deux sur le compte bancaire de la société. Le second compte avec signature individuelle avait été ouvert avec son assentiment, mais il signait beaucoup de documents, sur demande de X\_\_\_\_\_, notamment ceux destinés aux transferts de compte à compte. Il n'avait pas fait attention à ce document d'ouverture

d'un second compte sociétaire. Il signait des autorisations de retrait pour que X\_\_\_\_\_ puisse payer les ouvriers et les matériaux nécessaires aux chantiers.

**h.b** A l'instruction, il a confirmé ses précédentes déclarations. Après avoir cédé ses actions à X\_\_\_\_\_, il ne vérifiait pas ce que ce dernier lui demandait de signer, n'ayant plus rien à voir avec B\_\_\_\_\_ SA. Il avait signé tellement de documents, qu'il ne savait plus ce qu'il signait. X\_\_\_\_\_ effectuait, seul, les paiements de la société par voie électronique. Il n'avait personnellement jamais reçu les codes permettant d'effectuer les paiements. X\_\_\_\_\_ prenait les décisions.

**i.** A la police, F\_\_\_\_\_ a expliqué être l'amie intime de X\_\_\_\_\_ depuis janvier 2006, lequel était le père de ses deux enfants, nés en 2006 et 2008. Elle avait été employée de B\_\_\_\_\_ SA à compter du 1<sup>er</sup> août 2005, pour un salaire mensuel net d'environ CHF 5'500.-. Elle avait été engagée par Y\_\_\_\_\_, qui lui avait été présenté par X\_\_\_\_\_. Ce dernier, qui s'occupait des paiements de l'entreprise, lui remettait chaque mois son salaire en espèces. Son dernier salaire lui avait été remis en août 2006.

**j.a** D\_\_\_\_\_ a indiqué à la police que E\_\_\_\_\_ avait refusé de procéder à la révision des comptes de la société pour l'année 2006 dans la mesure où il y avait beaucoup de retraits d'espèces sur le compte avec signature individuelle, dont X\_\_\_\_\_ n'avait jamais justifié l'utilisation. Initialement, la comptabilité était établie par F\_\_\_\_\_. X\_\_\_\_\_ animait la société et Y\_\_\_\_\_ en était l'administrateur "de paille", du fait de sa nationalité suisse. G\_\_\_\_\_ suivait X\_\_\_\_\_ et ne faisait rien.

**j.b** Devant le Juge d'instruction, il a confirmé ses déclarations à la police. E\_\_\_\_\_ n'avait révisé que l'exercice 2005. Il n'avait aucun contact avec X\_\_\_\_\_, G\_\_\_\_\_ ou Y\_\_\_\_\_, si ce n'était pour l'établissement des fiches de salaire et des démarches pour les inscriptions de la société auprès de l'AVS, de la LPP et de la TVA. X\_\_\_\_\_ n'était pas qu'un simple employé de la société mais bien son animateur.

**j.c** Devant le Tribunal de police, D\_\_\_\_\_ a maintenu ses précédentes déclarations. X\_\_\_\_\_ "faisait tout" dans la société et il avait toujours considéré qu'il en était l'unique actionnaire. Y\_\_\_\_\_ s'était passablement investi dans celle-ci, mais il en était l'administrateur de paille dans la mesure où il fallait un administrateur suisse pour B\_\_\_\_\_ SA, tâche qu'il avait assumée.

**C. a.** Dans leurs déclarations d'appel, tant X\_\_\_\_\_ que Y\_\_\_\_\_ ont conclu à leur acquittement.

**b.** Par courrier du 17 avril 2013, le Ministère public a conclu au rejet de l'appel et, faisant siens les considérants du jugement entrepris, à sa confirmation.

**c.** Par courrier du 30 avril 2013, la A\_\_\_\_\_ a confirmé le contenu de sa plainte pénale du 30 octobre 2007.

**d.** Le 15 mai 2013, la Chambre de céans a ordonné l'ouverture d'une procédure écrite.

**e.** Dans son mémoire d'appel du 17 juin 2013, X\_\_\_\_\_ affirme n'avoir jamais été actionnaire de B\_\_\_\_\_ SA. Le procès-verbal de l'Assemblée générale extraordinaire du 29 décembre 2006 était un faux. Il n'était ni administrateur, ni organe formel ou de fait de la société, de sorte qu'aucune responsabilité dans la violation des articles 52 et 87 al.3 LAVS ne pouvait lui être imputée. Au bénéfice de l'assistance juridique, il ne fait valoir aucune prétention en indemnisation. Il conclut à son acquittement, à sa libération des frais de procédure et à la confirmation du jugement entrepris pour le surplus.

**f.** Dans son mémoire d'appel daté du 9 avril 2013, mais posté le 3 juillet 2013, soit dans le délai prolongé par la Cour, Y\_\_\_\_\_ soutient qu'on ne peut lui reprocher aucun manque de diligence dans son rôle d'administrateur. Il passait régulièrement dans les locaux de la société pour s'enquérir de la situation, que X\_\_\_\_\_, qui s'était arrogé tout pouvoir dans la gestion de la société, lui cachait délibérément. Après avoir nourri de sérieux doutes sur la situation de la société, il avait convoqué une assemblée extraordinaire, puis déposé le bilan en janvier 2007. Il conclut à son acquittement.

Il requiert en outre l'apport de la procédure A/849/2012 pendante devant la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice et de celle instruite contre X\_\_\_\_\_ suite à sa plainte du 15 mars 2007, ainsi que sa comparution personnelle.

**g.** Par courrier du 8 juillet 2013, le Tribunal de police conclut à la confirmation de son jugement.

**h.** Le Ministère public se réfère intégralement au jugement entrepris et conclut au rejet des appels.

**i.** Par mémoire de réponse du 31 juillet 2013, la A\_\_\_\_\_ persiste à soutenir que Y\_\_\_\_\_, en sa qualité d'organe formel de la société, se devait de s'assurer personnellement que les cotisations sociales lui étaient bien versées. Il avait dès lors violé ses obligations d'administrateur. X\_\_\_\_\_ bénéficiait de toutes les prérogatives d'un dirigeant et agissait en tant qu'organe de fait. Il lui appartenait de vérifier le paiement des cotisations sociales et de ne pas laisser la société, en grandes difficultés financières, poursuivre son activité sans se soucier du paiement des charges sociales. Elle conclut au rejet des appels.

Elle produit un arrêt de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice du 25 juin 2013, dans la procédure A/849/2012, aux termes duquel la Cour, après avoir demandé l'apport de la présente procédure pénale, a considéré que la responsabilité de Y\_\_\_\_\_ et de X\_\_\_\_\_ était engagée au sens de l'art. 52 LAVS. Y\_\_\_\_\_, en sa qualité d'administrateur, était un organe formel de la société et X\_\_\_\_\_ avait

indiscutablement agi comme organe de fait. Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ avaient tous deux commis une négligence grave en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la A\_\_\_\_\_.

**j.** Dans son mémoire de réponse du 22 août 2013, Y\_\_\_\_\_ se réfère à l'arrêt de la Chambre des assurances sociales du 25 juin 2013 en ce qui concerne l'argumentation soutenue en appel par X\_\_\_\_\_, laquelle était rigoureusement identique dans la procédure administrative et dans la procédure pénale. Il relève également que la Chambre des assurances sociales a retenu qu'il était un administrateur de paille, ce qui lui était précisément reproché. Or, sur le plan pénal, cette faute ne pouvait entraîner sa condamnation du chef de l'art. 87 al. 3 LAVS, cette infraction n'étant pas punissable par négligence. Il conclut au rejet de l'appel formé par X\_\_\_\_\_.

**k.** X\_\_\_\_\_, par mémoire-réponse du 7 août 2013, a persisté dans son argumentation et ses conclusions. Pour le surplus, la recevabilité du mémoire d'appel de Y\_\_\_\_\_ devait faire l'objet d'un examen d'office dans la mesure où cette écriture aurait été déposée hors délai, à savoir le 5 juillet 2013 au lieu du 3 juillet précédent.

**D. a.** Y\_\_\_\_\_, ressortissant suisse, est né le \_\_\_\_\_ 1929. Il est retraité, marié et sans enfant à charge. Il perçoit une rente AVS et des prestations complémentaires totalisant CHF 1'309.- par mois. Occasionnellement, il exerce encore des mandats d'administrateur, sans être rémunéré, mais simplement défrayé. Son épouse, également retraitée, perçoit CHF 2'000.- de rente vieillesse par mois. Le loyer de leur logement s'élève à CHF 2'210.- par mois. Il est endetté à hauteur de CHF 3'000'000.- et fait l'objet d'actes de défaut de biens. Ses enfants l'aident à subvenir à ses besoins.

Il n'a aucun antécédent judiciaire connu.

**b.** X\_\_\_\_\_, ressortissant français, est né le \_\_\_\_\_ 1962. Il est divorcé, vit seul et est père de quatre enfants, tous mineurs, issus de deux unions différentes, dont il a la garde alternée. Il a un certificat de capacité dans le béton armé, et a exercé divers emplois, en dernier lieu dans une société de pose de carrelage et de faïences. Il réalise un revenu annuel de EUR 20'572.-, après déduction des pensions alimentaires de EUR 8'400.- par an. Ses charges mensuelles comprennent le loyer de son logement, de EUR 520.-, et ses primes d'assurances maladie, de EUR 300.-. Il a des dettes à hauteur de CHF 11'000.-.

Son casier judiciaire suisse est vierge.

### **EN DROIT :**

**1. 1.1** Les appels sont recevables pour avoir été interjetés et motivés 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 inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

**1.2** X\_\_\_\_\_ requiert l'examen d'office de la recevabilité du mémoire d'appel de Y\_\_\_\_\_ reçu par le greffe de la Cour le 5 juillet 2013, alors qu'un délai au 3 juillet 2013 lui avait été imparti.

La Chambre de céans constate que cette écriture lui a été envoyée par courrier recommandé du 3 juillet 2013, de sorte que le délai a été respecté.

**1.3** S'agissant des réquisitions de preuve formulées par Y\_\_\_\_\_ dans son mémoire d'appel, la Chambre de céans relève d'une part que sa déclaration d'appel en était exempte et que la procédure écrite a par conséquent été ordonnée antérieurement à sa requête de comparution personnelle. D'autre part, les parties ne se sont aucunement opposées à ce choix et Y\_\_\_\_\_ n'a pas persisté dans sa requête dans le cadre de son mémoire de réponse du 22 août 2013.

En ce qui concerne l'apport de la procédure A/849/2912 et de celle instruite contre X\_\_\_\_\_ suite à la plainte du 15 mars 2007, la Chambre de céans constate que ces informations figurent d'ores et déjà la procédure.

- 2. 2.1.1** Selon l'art. 87 al. 3 LAVS, celui qui, en sa qualité d'employeur, aura versé à un salarié des salaires dont il aura déduit les cotisations et qui, au lieu de payer les cotisations salariales dues à la caisse de compensation, les aura utilisées pour lui-même ou pour régler d'autres créances, sera puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus lourde.

Le détournement des cotisations est réalisé si l'employeur, entre le moment du versement du salaire et celui où les cotisations deviennent exigibles, emploie les sommes nécessaires ou les moyens financiers correspondants, qui sont à disposition de son entreprise, de telle manière qu'il ne sera plus à même de s'acquitter, à l'échéance, de son obligation de paiement (ATF 117 IV 78, consid. 2a et 2d/dd p. 80 et 82s). L'employeur qui procède sur de nombreux mois au paiement des salaires tout en provoquant ou en tolérant volontairement une situation qui le prive des moyens de s'acquitter en tout temps des prélèvements obligatoires engage sa responsabilité pénale, dès lors qu'il fait courir, par ses agissements ou omissions, aux institutions créancières un risque déraisonnable ou inutile dont un employeur avisé se serait abstenu (ATF 122 IV 270 consid. 2c p. 274ss).

Sur le plan subjectif, l'infraction doit être intentionnelle ou commise au moins par dol éventuel, la simple négligence ne suffisant pas (ATF 113 V 256 consid. 4c p. 260).

**2.1.2** La notion d'employeur vise également les organes statutaires ou légaux d'une personne morale employant des salariés (ATF 123 V 15 consid. 5b et les références). La notion d'organe ne coïncide pas en droit pénal avec celle du droit civil; elle est plus étendue et 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 (ATF 116 IV 26). Ainsi, par exemple, dans une société anonyme, il faut considérer comme organe de l'administration au sens de la disposition précitée non seulement les membres du conseil d'administration, mais aussi les personnes qui utilisent les membres de l'administration statutaire, les directeurs ou fondés de pouvoir comme des hommes de paille et dirigent effectivement la société (ATF 107 IV 175, 97 IV 10, 81 IV 278, 78 IV 30). Que les personnes exerçant effectivement le pouvoir dans la société doivent être considérées comme des organes de celle-ci ne signifie pas que les hommes de paille auxquels elles ont pu le cas échéant avoir recours échappent à toute condamnation. Selon le Tribunal fédéral, celui qui, en droit, assume des obligations doit en répondre et ne peut dégager sa responsabilité qu'en se démettant de ses fonctions. Il ne peut invoquer à sa décharge sa dépendance à l'égard d'autres responsables, fussent-ils ses employeurs. Il a en effet le choix entre le respect de ses obligations légales et celui des directives des personnes auxquelles il se considère comme soumis (ATF 96 IV 79 ; ATF 105 IV 106). Il serait faux toutefois d'en déduire que les membres du conseil d'administration encourent une responsabilité pénale du seul fait de la fonction qu'ils exercent en vertu des statuts; ce qui compte avant tout, c'est la place qu'ils occupent en réalité dans l'entreprise. Il faut encore que tant les conditions objectives que subjectives de l'infraction soient réalisées (ATF 105 IV 117).

Par "organe", il faut donc entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci. Dans le cas d'une société anonyme, il convient de se référer aux art. 754 al. 1 et 759 al. 2 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO ; RS 220), qui prescrivent que toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion, au sens de l'art. 756 CO, non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985).

La responsabilité incombe ainsi non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 29 consid. 3a p. 30 et les références). Un organe de fait n'est ainsi appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité. Contrairement à un organe au sens formel, il n'a donc pas un devoir de surveillance (*cura in custodiendo*) à l'endroit de l'activité des autres organes, de fait ou de droit, de la société (ATF 114 V 223 consid. 4a).

**2.2** En l'espèce, il est établi que B\_\_\_\_\_ SA ne comptait que deux employés. F\_\_\_\_\_ a expliqué que son salaire net lui était versé en espèces directement par X\_\_\_\_\_, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté. Cette déclaration est, en tout état, corroborée par les pièces versées à la procédure, notamment l'avis de débit de CHF 6'000.- datant d'août 2006 et portant le libellé "paiement salaire F\_\_\_\_\_", dont le montant correspond au salaire net de la précitée et pour lequel il n'existe aucune écriture comptable correspondante.

Il est établi que les salaires des mois de janvier à septembre 2006 inclus avaient été versés à F\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ déduction faite des cotisations sociales, lesquelles n'avaient pas été reversées à la A\_\_\_\_\_, ce qui n'est également pas contesté.

Les pièces produites permettent également de retenir que, durant cette période, B\_\_\_\_\_ SA avait continué son activité, sa faillite n'étant prononcée qu'en mars 2007 et les salaires ayant été versés jusqu'en septembre 2006 inclus en ce qui concerne X\_\_\_\_\_ et août 2006 s'agissant de F\_\_\_\_\_.

**2.3** Les appelants s'opposent sur la question de savoir à qui incombait la responsabilité du paiement des cotisations sociales à l'intimée, Y\_\_\_\_\_ soutenant qu'il n'était qu'un administrateur de paille et X\_\_\_\_\_ faisant valoir qu'il n'était pas un organe de fait de la société, mais un simple employé.

Reste ainsi à déterminer, pour que les éléments constitutifs de l'art. 87 a1. 3 LAVS soient réalisés, si les appelants revêtaient la qualité "d'employeur" au sens de cette disposition.

**2.3.1** Y\_\_\_\_\_ a été inscrit comme administrateur de la société, au registre du commerce, avec signature individuelle, depuis sa création jusqu'à la faillite. Il revêtait ainsi la qualité d'organe formel de la société, de sorte que sur le principe, sa responsabilité peut être engagée.

Y\_\_\_\_\_ conteste toute responsabilité pénale au motif qu'il n'aurait été qu'un administrateur de paille et que l'infraction qui lui est reprochée n'est pas punissable par négligence. Cette argumentation ne lui est d'aucun secours dans la mesure où il lui appartenait de s'assurer personnellement que les cotisations sociales soient effectivement payées à la A\_\_\_\_\_, conformément aux prescriptions légales, qu'il ait uniquement agi comme homme de paille ou ait réellement rempli sa fonction d'administrateur. Il ressort certes des documents produits que X\_\_\_\_\_ procédait à de la rétention d'informations et ne fournissait pas les pièces comptables requises, mais Y\_\_\_\_\_ ne pouvait rester passif et ne peut se décharger de sa responsabilité en se retranchant derrière les agissements de X\_\_\_\_\_.

Au demeurant, il ressort des propres déclarations de l'appelant, ainsi que de l'ensemble de la procédure, qu'il était beaucoup plus impliqué dans le fonctionnement de la société qu'il ne le prétend. Il se rendait régulièrement dans les locaux de B\_\_\_\_\_ SA, a admis être soucieux de son bon fonctionnement et avoir pris les mesures nécessaires pour déposer le bilan. Il lui appartenait ainsi également de veiller à ce que les cotisations sociales prélevées sur les salaires des employés soient dûment versées à l'intimée.

Certes, Y\_\_\_\_\_ avait menacé de démissionner de son mandat s'il ne recevait pas toutes les informations de X\_\_\_\_\_. Il n'a cependant rien fait et a continué à exercer ses fonctions.

**2.3.2** Il ressort du dossier, des déclarations des parties, ainsi que des témoignages, notamment celui de D\_\_\_\_\_, que X\_\_\_\_\_ s'occupait des tâches administratives et que son rôle ne se limitait pas à l'acquisition de la clientèle et à la surveillance des chantiers comme il le prétend. Il dirigeait la société et prenait les décisions afférentes à un tel poste.

Il est par ailleurs notable, au vu des pièces produites, qu'il avait tout pouvoir sur la comptabilité de la société, puisque E\_\_\_\_\_ avait démissionné au motif qu'elle ne possédait pas les pièces lui permettant de remplir son mandat et que Y\_\_\_\_\_ avait menacé, en novembre 2006, d'en faire de même si X\_\_\_\_\_ continuait à lui cacher la situation financière de la société.

Il ressort en outre du courrier adressé par la H\_\_\_\_\_ à Y\_\_\_\_\_ en mars 2007, que X\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_ disposaient des pouvoirs d'exploitation du système Netbanking, et il est établi que X\_\_\_\_\_ procédait aux paiements de la société par ce biais.

Les déclarations de G\_\_\_\_\_ et les pièces produites démontrent que ce dernier n'exerçait aucun contrôle sur la gestion de la société, en particulier sur les montants retirés par X\_\_\_\_\_ du compte courant 1\_\_\_\_\_ et se contentait de signer les reçus qui lui étaient présentés.

X\_\_\_\_\_ disposait au surplus de la signature individuelle sur le compte courant 2\_\_\_\_\_, exclusivement alimenté par des versements provenant du compte courant 1\_\_\_\_\_, et dont il a admis qu'il servait au fonctionnement de la société.

A cet égard, il ressort des documents produits que X\_\_\_\_\_ procédait à des virements sur le compte 2\_\_\_\_\_ sous le libellé "paiement de salaire", ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas. Il possédait en outre le pouvoir d'accorder des avances sur salaires.

Il est ainsi établi que X\_\_\_\_\_ dirigeait la société. Il ne pouvait assumer ses fonctions sans disposer du pouvoir décisionnel y afférent, d'autant qu'il s'agissait d'une petite structure et qu'il bénéficiait des signatures pour ce faire. Il a d'ailleurs lui-même admis qu'il procédait aux paiements des frais généraux de la société, y compris des salaires, avant de transmettre les documents à la fiduciaire.

Il revêtait ainsi la qualité d'organe de fait de par sa position centrale au sein de la société et il importe dès lors peu de déterminer s'il en était véritablement l'actionnaire, comme l'atteste le procès-verbal de l'assemblée extraordinaire des actionnaires de B\_\_\_\_\_ SA du 29 novembre 2006, dont X\_\_\_\_\_ soutient qu'il serait faux.

**2.3.3** En tant qu'employeurs, les appelants étaient responsables de la bonne marche des affaires de la société. A ce titre, ils devaient réagir immédiatement aux sommations de la A\_\_\_\_\_, ce qu'ils n'ont pas fait, continuant à verser des salaires et déduire les charges y afférentes, sans s'acquitter des cotisations sociales.

Ils étaient en outre, tous deux, conscients de la situation, X\_\_\_\_\_ étant responsable du paiement des salaires et des frais généraux de la société et Y\_\_\_\_\_ étant au fait des difficultés de celle-ci et de ce que X\_\_\_\_\_ lui dissimulait des informations comptables importantes.

Ce faisant, les appelants ont intentionnellement engagé leur responsabilité au regard de l'art. 87 al. 3 LAVS.

C'est ainsi à juste titre que le Tribunal de police a reconnu X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ coupables d'infraction à l'art. 87 al. 3 LAVS.

Le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

3. Les appelants n'ont pas pris de conclusions subsidiaires sur la peine à laquelle ils ont été condamnés, concluant uniquement à leur acquittement, mais remettant ainsi implicitement celle-ci en cause.

Le prononcé d'une peine pécuniaire consacre une application adéquate des art. 40 et suivants CP.

La quotité de celle-ci, soit 30 jours-amende chacun, a été fixée en tenant compte des critères de l'art. 47 CP et est également adéquate.

En ce qui concerne le montant du jour-amende, le premier juge a tenu compte, à juste titre, de la situation financière des deux appelants, Y\_\_\_\_\_, à teneur du dossier, se trouvant dans une situation financière plus précaire que celle de X\_\_\_\_\_.

Le jugement entrepris sera par conséquent également confirmé sur ce point.

Les sursis qui leur ont été accordés, dont les conditions sont réalisées, ainsi que les délais d'épreuve fixés, leur sont acquis (art. 391 al. 2 CPP).

4. Les appelants, qui succombent, supporteront chacun la moitié des frais de la procédure d'appel, comprenant dans leur totalité un émolument de CHF 2'000.- (art. 428 CPP et art. 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 les appels formés par Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ contre le jugement JTDP/127/2013 rendu le 5 mars 2013 par le Tribunal de police dans la procédure P/4126/2007.

Les rejette.

Condamne Y\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ à la moitié chacun des frais de la procédure d'appel, qui comprennent dans leur totalité un émolument de CHF 2'000.-.

**Siégeant :**

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

Le Greffier :

Alain BANDOLLIER

La Présidente :

Verena PEDRAZZINI RIZZI

*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/4126/2007

**ÉTAT DE FRAIS**

AARP/541/2013

**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 2'365.00

**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 180.00

Procès-verbal (let. f) CHF 0.00

État de frais CHF 75.00

Émoluments de décision CHF 2'000.00

---

**Total des frais de la procédure d'appel** CHF 2'255.00

---

**Total général (première instance + appel)** CHF **4'620.00**