

## 1. Kernstrafrecht Droit pénal primaire

### 1.2 Schwerpunkt Besonderer Teil Accent sur la partie spéciale

**Nr. 24** Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. März 2015 i. S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen und A. GmbH – 6B\_20/2015 [zur Publikation vorgesehen]

#### **Art. 158 StGB: ungetreue Geschäftsbesorgung; Einpersonenaktiengesellschaft; strafbare Vermögensverfügung.**

Unter dem Gesichtswinkel der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) können Vermögensdispositionen, die zu einer Verarmung einer Einpersonenaktiengesellschaft führen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit deren leitender Organe gegebenenfalls begründen. Die Tatsache, dass die Verfügungshandlungen durch den alleinigen Aktionär oder mit dessen Einverständnis vorgenommen wurden, ist unerheblich. Denn die Dualität der Rechtsträger und der Vermögen gilt gleichermassen im Strafrecht. Daraus folgt, dass die Regeln bezüglich des Kapitalschutzes auch von demjenigen zu beachten sind, der eine Einpersonengesellschaft leitet, und dies umso mehr, als jene Regeln zugleich die Aufgabe haben, Dritte (Angestellte, Gläubiger), die in Kontakt mit der Gesellschaft treten, zu schützen. Demnach ist eine Vermögensdisposition, welche das gesellschaftliche Reinvermögen (Aktiven minus Passiven) antastet, pflichtwidrig und fällt unter Art. 158 StGB, wenn sie eine (verdeckte) Gewinnausschüttung darstellt. Handelt es sich bei der Vermögensverfügung hingegen um einen Aufwand, so ist sie nur pflichtwidrig unter der weiteren Voraussetzung, dass sie mit den Pflichten des Geschäftsführers zur treuen und sorgfältigen Verwaltung der Geschäfte der Gesellschaft nicht vereinbar ist, was von den gesamten Umständen des konkreten Falles abhängt (Bestätigung der in BGE 117 IV 259 publizierten Rechtsprechung). (Regeste des Anmerkungsverfassers)

#### **Art. 158 CP: gestion déloyale; société anonyme unipersonnelle; acte de disposition punissable.**

Les actes de disposition conduisant à un appauvrissement d'une société dite unipersonnelle sont susceptibles d'engager la responsabilité pénale de ses organes dirigeants, au titre de la gestion déloyale (art. 158 CP). Le fait que les actes aient été accomplis par l'actionnaire unique ou

moyennant son accord est sans pertinence. En effet, la dualité des sujets de droit et des patrimoines vaut aussi en droit pénal. Il en découle que les règles en matière de protection du capital doivent également être respectées par celui qui dirige une société unipersonnelle, d'autant plus qu'elles ont aussi pour vocation de protéger les tiers qui entrent en contact avec cette dernière (employés, créanciers). Partant, lorsqu'un acte de disposition entame la fortune sociale nette (actifs moins les passifs) et qu'il constitue une distribution cachée de dividende, il est illicite et tombe sous l'art. 158 CP. En revanche, si l'acte est assimilé à une dépense, son illicéité dépend encore du point de savoir s'il est ou non compatible avec le devoir général de fidélité et de diligence de l'organe dirigeant, ce qui doit se déterminer à la lumière des circonstances de chaque cas d'espèce (confirmation de la jurisprudence publiée aux ATF 117 IV 259). (Résumé de l'auteur du commentaire)

#### **Art. 158 CP: amministrazione infedele; società anonima unipersonale; disposizione patrimoniali punibile.**

Disposizioni patrimoniali che portano a un impoverimento di una società anonima unipersonale possono all'occorrenza fondare una responsabilità penale dei suoi organi dirigenti per il reato di amministrazione infedele (art. 158 CP). Il fatto che gli atti dispositivi siano stati intrapresi dall'azionista unico o con il suo accordo è irrilevante. Infatti, la dualità dei soggetti giuridici e dei patrimoni vale pure in diritto penale. Ne consegue che le regole relative alla protezione del capitale devono essere osservate anche da colui che dirige una società unipersonale, e ciò a maggior ragione poiché quelle regole hanno anche il compito di proteggere terzi (impiegati, creditori) che entrano in contatto con la società. Di conseguenza, una disposizione patrimoniale che intacca il patrimonio societario netto (attivi meno passivi) è contraria al proprio dovere e configura un reato ai sensi dell'art. 158 CP se rappresenta una distribuzione (dissimulata) di utile. Per contro, se la disposizione patrimoniale rappresenta una spesa, la medesima è contraria al dovere solo se non è compatibile con i doveri dell'amministratore relativi alla gestione diligente degli affari della società; ciò dipende dall'insieme delle circostanze nel caso concreto (conferma della giurisprudenza pubblicata nella DTF 117 IV 259). (Regesto dell'autore dell'annotazione).

#### **Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer war einziger Verwaltungsrat der B. AG. Y. war Alleinaktionär und Direktor der B. AG.

Der Beschwerdeführer erstellte den Jahresabschluss 2001 der B. AG verspätet erst am 25.6.2003 und hielt die Generalversammlung 2001 ebenfalls verspätet erst am 11.7.2003 ab.

Der Jahresabschluss 2002 wurde am 27.6.2003 erstellt.

Der Beschwerdeführer nahm in der Bilanz per 31.12.2001 in Bezug auf eine Forderung der B. AG gegenüber der C. Inc. eine ungenügende Wertberichtigung um CHF 159 870.– auf CHF 35 770.– vor. Die Forderung hätte bei pflichtgemässer Anwendung des Vorsichtsprinzips im Rahmen einer Rechnungslegung nach allgemein anerkannten Grundsätzen vollständig wertberichtigt werden müssen, womit per Ende 2001 eine Überschuldung der B. AG im Umfang von CHF 30 860.96 ausgewiesen worden wäre.

Der Beschwerdeführer aktivierte eine angebliche Schadenersatzforderung der B. AG gegen die A. GmbH in der Bilanz per 1.1.2002 und nahm per 31.12.2002 eine ungenügende Wertberichtigung um CHF 780 000.– auf CHF 485 130.55 vor. In Wahrheit bestand kein realistischer Ansatzpunkt für die Existenz bzw. Berechtigung der behaupteten Schadenersatzforderung und hätte diese jedenfalls per Ende 2002 vollständig wertberichtigt werden müssen, womit per Ende 2002 eine Überschuldung der B. AG im Umfang von CHF 363 456.90 ausgewiesen worden wäre.

In Anbetracht der bei ordnungsgemässen Verbuchungen ausgewiesenen Überschuldungen in den Jahren 2001 und 2002 hätte der Beschwerdeführer als Verwaltungsrat den Richter benachrichtigen müssen, welcher den Konkurs über die B. AG eröffnet hätte. Stattdessen wurde der Konkurs erst viel später, nämlich am 23. September 2004 eröffnet. In dieser Zeit bezogen der Beschwerdeführer zulasten der B. AG weiterhin Honorare und der Alleinaktionär und Direktor Y. Löhne und Spesen. Diese Aufwände zulasten der B. AG wären bei früherer, rechtzeitiger Konkursöffnung unterblieben. In der Summe dieser Zahlungen wurde die B. AG an ihrem Vermögen geschädigt.

Das Obergericht des Kantons Schaffhausen verurteilte X., in teilweiser Gutheissung seiner Berufung, mit Entscheidung vom 18.11.2014 wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), Misswirtschaft (Art. 165 Ziff. 1 StGB) und Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) zu einer Geldstrafe von 360 Tagessätzen zu CHF 230.–, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren.

X. führt Beschwerde in Strafsachen. Er stellt die Anträge, er sei vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung freizusprechen und lediglich der Misswirtschaft und der Bevorzugung eines Gläubigers schuldig zu sprechen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

### Aus den Erwägungen:

[...]

2.

2.1. Der Beschwerdeführer wendet ein, er hätte im Juni 2003 entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht sogleich den Richter anrufen müssen. Vielmehr hätte er nach Massgabe von Art. 725 Abs. 2 OR zuerst noch eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten erstellen und diese zudem einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen müssen. Weiter hätte er auf der Grundlage einer gründlichen rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Analyse (und immer in Rücksprache mit dem Alleinaktionär der Gesellschaft) die Möglichkeit einer Sanierung prüfen dürfen und prüfen müssen. Erst wenn er eine Sanierung pflichtgemäss hätte verwerfen müssen, hätte er den Richter benachrichtigen müssen. All dies hätte noch mehrere Mo-

nate Zeit in Anspruch genommen, sodass er mit einer Deponierung der Bilanz – auch nach den Prämissen der Vorinstanz – jedenfalls noch bis in den Spätherbst 2003 hätte zuwarten dürfen. Als strafrechtlich relevanter Vermögensschaden fielen damit einzig die Ausgaben in Betracht, welche ab Spätherbst 2003 bis zur Konkursöffnung am 23. September 2004 noch zu Lasten der B. AG getätigt worden seien.

2.2. Der Einwand ist unbegründet. Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, dass er in den Jahresrechnungen 2001 und 2002, welche er am 25. beziehungsweise am 27. Juni 2003 erstellte, zwei Forderungen in Verletzung der Buchführungsregeln viel zu hoch bewertete und dadurch die bei korrekter Verbuchung im Juni 2003 ersichtliche Überschuldung der B. AG verschleierte. Im Juni 2003 wäre mithin bei korrekter Buchung die Überschuldung ausgewiesen gewesen und konnte es daher nicht mehr bloss darum gehen, wegen begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz zu erstellen. Eine solche hätte der Beschwerdeführer allenfalls Mitte 2002 erstellen müssen, da gemäss den Ausführungen der Vorinstanz spätestens Mitte 2002 die begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand [...]. Gemäss den vorinstanzlichen Ausführungen ist nicht ersichtlich, inwiefern im Juni 2003, als bei ordnungsgemässer Rechnungslegung in den Jahresabschlüssen 2001 und 2002 eine Überschuldung der B. AG ausgewiesen worden wäre, irgendwelche Sanierungsmassnahmen erfolversprechend hätten sein können, und wurde solches vom Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren auch nicht geltend gemacht. Der Beschwerdeführer legt nicht substantiiert dar, inwiefern diese Ausführungen der Vorinstanz unzutreffend sind.

3.

3.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Zahlungen zulasten der B. AG seien grossenteils – als Lohn und Spesen – an den Alleinaktionär und Direktor Y. gegangen. Dieser habe auch jederzeit Kenntnis von den übrigen Auslagen zu Lasten der B. AG gehabt und sie akzeptiert. Zwischen der B. AG und dem Alleinaktionär Y. habe eine wirtschaftliche Identität bestanden. Das Tun und Unterlassen des Beschwerdeführers im Rahmen seiner Tätigkeit als Verwaltungsrat habe in allen Teilen dem Willen des Alleinaktionärs entsprochen, und die B. AG habe in die Vermögensverfügungen des Beschwerdeführers eingewilligt. Damit aber habe die B. AG als solche gar nicht geschädigt werden können. Art. 158 StGB schütze im Unterschied zu Art. 165 StGB nicht die Interessen der Gläubiger. Die Vorinstanz verletze Art. 158 StGB, indem sie unter Berufung auf BGE 117 IV 259 den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung als erfüllt erachte.

3.2. Die Einwände sind unbegründet. Die Einwilligung des Alleinaktionärs ist nicht relevant. Die Aktiengesellschaft ist auch in der Form einer Einpersonen-AG selbstständige Vermögensträgerin, und ihr Vermögen ist nicht nur nach aussen, sondern auch im Verhältnis zu den einzelnen Ge-



sellschaftsorganen ein fremdes. Die Einpersonen-AG ist auch für den sie als einziger Verwaltungsrat beherrschenden Alleinaktionär jemand anderer. Diese Verschiedenheit der Rechtssubjekte und damit die Fremdheit des Vermögens des einen Rechtssubjekts für das andere ist auch im Strafrecht grundsätzlich beachtlich (BGE 117 IV 259 E. 3b mit Hinweisen). Für Handlungen, die der Geschäftsführer einer AG als Organ derselben vornimmt, haftet grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen. Eine persönliche Haftung des Geschäftsführers und Verwaltungsrats besteht nur unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 754 ff. OR). Da grundsätzlich nur das Vermögen der AG gegenüber Dritten haftet, enthält das Aktienrecht eine ganze Reihe von Bestimmungen, die den Schutz des Gesellschaftsvermögens bezwecken. Diese Vorschriften muss auch der faktisch einzige Verwaltungsrat beziehungsweise Geschäftsführer und Alleinaktionär einer Einpersonen-AG beachten beziehungsweise darf der Verwaltungsrat und Geschäftsführer auch mit Zustimmung des Alleinaktionärs nicht missachten. Eine Handlung des Geschäftsführers, die im Widerspruch zu diesen gesetzlichen Vorschriften steht, ist pflichtwidrig und erfüllt den objektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 StGB, wenn als Folge des pflichtwidrigen Handelns die Einpersonen-AG am Vermögen geschädigt wird (siehe BGE 117 IV 259 E. 4 mit Hinweisen). Eine Vermögensdisposition, die als (verdeckte) Gewinnausschüttung (an den Verwaltungsrat beziehungsweise an den Alleinaktionär) zu qualifizieren ist, ist pflichtwidrig, wenn sie im Widerspruch zu zwingenden aktienrechtlichen Bestimmungen steht, die den Schutz des Gesellschaftsvermögens bezwecken. Über diese Vorschriften, die nach ihrer «ratio legis» gerade auch dem Schutz Dritter dienen, welche mit der AG in Kontakt kommen, kann sich auch ein Alleinaktionär einer Einpersonen-AG nicht hinwegsetzen. Das Vermögen einer AG und damit auch einer Einpersonen-AG muss nach den aktienrechtlichen Vorschriften gerade auch im Interesse Dritter (Arbeitnehmer, Gläubiger der AG) in einem gewissen Umfang erhalten bleiben. Die Interessen der Gläubiger der AG an der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens in einem gewissen Umfang werden nicht allein durch die Bestimmungen betreffend die Konkursdelikte (Art. 163 ff. StGB) strafrechtlich geschützt, welche als objektive Strafbarkeitsbedingung die Konkursöffnung voraussetzen, sondern auch durch Art. 158 StGB betreffend die ungetreue Geschäftsbesorgung (BGE 117 IV 259 E. 5a). Eine Vermögensdisposition zu Lasten der Einpersonen-AG, welche das Reinvermögen der AG (Aktiven minus Passiven) im Umfang des Aktienkapitals und der gebundenen Reserven unberührt lässt, ist nicht pflichtwidrig im Sinne von Art. 158 StGB, egal, ob es sich bei der Vermögensdisposition um eine (verdeckte) Gewinnausschüttung oder um einen Aufwand handelt. Wird hingegen das Reinvermögen der Einpersonen-AG im Umfang des Aktienkapitals und der gebundenen Reserven angetastet, so ist die Vermögens-

disposition pflichtwidrig, soweit sie eine (verdeckte) Gewinnausschüttung darstellt. Handelt es sich bei der Vermögensdisposition hingegen um Aufwand, so ist sie nur pflichtwidrig unter der weiteren Voraussetzung, dass sie mit den Pflichten des Geschäftsführers zur sorgfältigen Verwaltung der Geschäfte der Gesellschaft nicht vereinbar ist, was von den gesamten Umständen des konkreten Falles abhängt (BGE 117 IV 259 E. 5b).

Die in BGE 117 IV 259 vertretene Auffassung stützt sich auf eine Meinungsäusserung von MARTIN SCHUBARTH [...]. BGE 117 IV 259 hat bei einigen Autoren Zustimmung gefunden [...]. Er ist bei andern Autoren auf Ablehnung gestossen [...]. Die Kritiker wenden im Wesentlichen ein, die Rechtsprechung laufe darauf hinaus, dass durch Art. 158 StGB die Interessen der Gläubiger der Gesellschaft vor einer Gefährdung geschützt werden. Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung setze indessen einen Vermögensschaden voraus, und die Interessen der Gläubiger würden nicht durch Art. 158 StGB, sondern durch Art. 163 ff. StGB betreffend die Betreibungs- und Konkursdelikte geschützt. Die in BGE 117 IV 259 vertretene Auffassung entspricht im Wesentlichen der sog. eingeschränkten Gesellschaftstheorie, welcher die Rechtsprechung und wohl herrschende Lehre in Deutschland betreffend den Tatbestand der Untreue (§ 266 D-StGB) im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH folgen [...].

Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung gemäss BGE 117 IV 259 in mehreren Entscheiden – zumindest indirekt und implizit – bestätigt [...]. An der Rechtsprechung ist festzuhalten.

Dass er auf der Grundlage dieser Rechtsprechung den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB erfüllte, stellt der Beschwerdeführer nicht in Abrede.

[...]

### Commentaire:

I.1. L'accusation de gestion déloyale (art. 158 ch. 1 CP) dirigée contre le recourant, administrateur unique d'une société détenue par son directeur, découle de différentes dépenses, que l'on peut qualifier de courantes (honoraires de l'administrateur, salaire et frais professionnels du directeur), prises en charge par la société à une époque où elle se trouvait déjà, dans les faits, en état de surendettement.

Plus précisément, il était reproché au recourant d'avoir violé les prescriptions de l'art. 699 CO, en établissant, respectivement en soumettant tardivement à l'assemblée générale les comptes annuels de l'exercice 2001, alors même que les circonstances de l'époque (notamment la prévision d'une baisse du chiffre d'affaires) commandaient que la situation financière de la société fût rapidement établie, dès la fin de l'année 2001. Par ailleurs et surtout, le recourant s'était vu reprocher d'avoir manqué à ses obligations en matière de tenue des comptes (cf. en droit positif art. 957 ss CO), lors

de la clôture des exercices 2001 et 2002, notamment en ayant largement surévalué, respectivement insuffisamment amorti le montant de deux créances de la société à l'égard de tiers. Si ces créances avaient été évaluées dans le respect du principe de prudence (donc ramenées à zéro), les comptes annuels auraient mis en évidence un état de surendettement qui aurait nécessité, au plus tard en juin 2003, un avis immédiat au juge de la faillite selon l'art. 725 al. 2 CO.

Selon les considérations de l'instance précédente, confirmées par le TF (consid. 2.2), les manquements commis par le recourant tombent sous le coup de l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP. Le dommage causé à la société correspond aux dépenses sus-évoquées, qu'elle a encourues entre juin 2003 et sa mise en faillite, prononcée fin septembre 2004, soit avec un retard d'environ quinze mois. Selon le TF, contrairement à ce qui était soutenu par le recourant, il n'y a en particulier pas lieu de tenir compte, dans ce contexte, du temps supplémentaire qu'aurait requis la préparation d'un bilan intermédiaire à l'attention d'un réviseur agréé, respectivement l'analyse d'éventuelles mesures d'assainissement. En effet, si les comptes avaient été établis correctement en l'espèce, le surendettement aurait été manifeste (ce qui va au-delà des «raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée» aux termes de l'art. 725 al. 2 CO). En outre, aucune mesure d'assainissement réaliste ne semblait entrer en considération (ni *a fortiori* n'avait été proposée par le recourant).

2. Ces développements sont cohérents avec l'approche suivie sous l'angle de la *responsabilité civile des organes dirigeants* (art. 754 ss CO). En effet, la violation de l'obligation de tenir correctement la comptabilité est susceptible d'engager la responsabilité du conseil d'administration (TF, 4A\_675/2014 du 9.3.2015, consid. 2.2). De même, l'administrateur qui tarde de manière fautive à aviser le juge au sens de l'art. 725 al. 2 CO répond du dommage qui en découle (ATF 132 III 564, consid. 5.1). Il s'agit dans cette hypothèse d'un *dommage indirect*, subi en première ligne par la société, l'art. 725 al. 2 CO n'ayant pas été édicté dans le seul intérêt des actionnaires ou créanciers, mais aussi dans celui de la société, pour favoriser un éventuel assainissement et éviter que sa situation financière ne s'aggrave davantage (ATF 128 III 180, consid. 2c).

3. L'arrêt 6B\_20/2015 démontre également qu'en dépit du rôle subsidiaire généralement reconnu au droit pénal par rapport au droit civil, en particulier dans le domaine patrimonial (cf. ATF 141 IV 71, consid. 7), les organes dirigeants de sociétés s'exposent aussi dans la pratique au *risque de poursuites pénales*, notamment au titre de l'art. 158 CP, en cas de violation (à tout le moins par dol éventuel) des devoirs de leur charge. Cette réalité concerne, du reste, les dirigeants de tout type d'entreprise, y compris donc ceux qui opèrent au sein de structures plus modestes, généralement dotées d'une organisation plus souple, telles que les sociétés dites *unipersonnelles* («*Einpersonen-AG*»). Celles-ci se caracté-

risent par la présence d'un seul actionnaire (lequel est généralement aussi l'unique dirigeant) qui en a la maîtrise totale, si bien qu'il en résulte une convergence des intérêts et une *identité économique* entre lui et la société (TF, 4C.15/2004 du 12.5.2004, consid. 5.2).

II.1. Dans l'affaire commentée ici, c'est précisément l'identité économique entre la société B. SA et son actionnaire unique, le directeur Y., dont le recourant a cherché à tirer argument, en faisant valoir que Y. et, partant, B. SA avaient parfaitement connaissance des dépenses litigieuses (dont la plupart concernaient du reste Y.). La société ne pouvait donc pas subir de dommage du fait de ces dépenses, vu qu'elle les avait acceptées (*volenti non fit iniuria*). Partant, l'instance précédente avait violé l'art. 158 CP en retenant, sur la base de l'ATF 117 IV 259 (cf. JdT 1993 IV 80), que les éléments constitutifs de cette infraction étaient réunis (consid. 3.2). C'est le bien-fondé même de cette jurisprudence que le recourant remettait ainsi en cause.

2. Appelé à se déterminer sur le grief du recourant, le TF reproduit *in extenso* dans l'arrêt 6B\_20/2015 (consid. 3.2) les considérants topiques de l'ATF 117 IV 259 et conclut vouloir *maintenir cette jurisprudence*, soulignant au passage qu'elle a déjà été confirmée à plusieurs reprises, à tout le moins implicitement ou indirectement (cf. par exemple TF, 6B\_606/2014 du 27.10.2014, consid. 2.3.2; 6B\_34/2013 du 17.6.2013, consid. 2.2). L'approche suivie par notre Haute Cour, s'agissant des actes de disposition effectués par l'actionnaire et dirigeant unique, peut être résumée comme suit:

a) la société formée par une seule personne, qui en est l'unique dirigeant, reste un sujet de droit distinct, avec un patrimoine séparé. Cette *dualité juridique* vaut, en principe, aussi en droit pénal;

b) il en découle que l'actionnaire et dirigeant unique est également tenu de respecter les dispositions impératives du droit des sociétés qui sont destinées à *protéger le capital social*. On songe ici, par exemple, aux art. 671 ss CO (réserves) ou 678 ss CO (restitution de prestations; voir aussi l'art. 680 al. 2 CO). Selon le TF, en effet, ces dispositions ont aussi été édictées dans l'intérêt des tiers qui interagissent avec la société (employés, créanciers);

c) l'intérêt des tiers, notamment des créanciers, à la préservation du patrimoine de la société n'est pas uniquement pénalement protégé par les infractions dans la faillite (art. 163 ss CP), mais également par l'art. 158 CP. Il y sera revenu *infra* III.2;

d) lorsque la violation des dispositions susmentionnées du CO conduit à une lésion du patrimoine de la société, en tant que la *fortune nette* de la société (actifs moins les passifs) ne couvre plus le capital social et les réserves légales, encore doit-on différencier selon le type d'acte de disposition en cause, pour déterminer si l'art. 158 CP trouve à s'appliquer:

- si l'acte en question doit être assimilé à une *distribution (cachée) de dividende* («*verdeckte Gewinnausschüttung*»), il est illicite et constitue objectivement un acte de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP;
- en revanche, en présence d'une *dépense* («*Aufwand*»), par hypothèse disproportionnée, l'acte ne tombe sous le coup de l'art. 158 CP qu'à la *condition supplémentaire* de ne pas être compatible avec le devoir de diligence et de fidélité ancré à l'art. 717 CO, ce qui doit être déterminé sur la base de toutes les circonstances de chaque cas d'espèce (situation financière de la société, importance, nature et but de la dépense, etc.). Il a par exemple été jugé que la cession par l'actionnaire, à la société, d'une créance qu'il sait sans valeur aucune, aux fins de la compenser avec une somme dont il est redevable à l'égard de la société, constituait une violation de l'art. 717 CO pénalement relevante sous l'angle de l'art. 158 CP (TF, 6B\_825/2010 du 27.4.2011, consid. 6).

Dans le cas d'espèce, étaient en cause des dépenses, plus particulièrement les honoraires de l'administrateur, ainsi que le salaire et les frais professionnels versés au directeur et actionnaire unique de la société. Il s'agissait donc d'opérations *a priori* courantes, si bien que l'on ne discerne pas pourquoi elles avaient été jugées incompatibles avec l'art. 717 CO par l'instance précédente. Les considérants du TF n'apportent cependant aucun élément de réponse utile à ce sujet, dans la mesure où, selon notre compréhension, la violation de l'art. 717 CO n'était plus remise en cause par le recourant dans le cadre de la procédure par-devant notre Haute Cour.

III.1. La jurisprudence instaurée par l'ATF 117 IV 259, désormais expressément confirmée par l'arrêt 6B\_20/2015, doit, à notre sens, être *approuvée* dans son principe (cf. DONATSCH, RPS 114 [1996], 200, 211). Comme démontré ci-dessus, le TF est sensible aux spécificités des sociétés dites unipersonnelles, aujourd'hui largement répandues et reconnues dans la vie des affaires (cf. BAUDENBACHER, BSK OR II, Art. 625 N 23). Afin d'éviter que tout agissement non conforme aux règles du CO de l'actionnaire dirigeant ne tombe sous le couperet pénal, la solution dégagée par la jurisprudence pose certains *garde-fous*, (i) en faisant dépendre l'éventuelle application de l'art. 158 CP d'un critère comptable précis (entame, ou non, de la fortune nette de la société) et (ii) en exigeant en plus, lorsque l'acte litigieux est une dépense, qu'elle consacre une violation du devoir de diligence et de fidélité (art. 717 CO). Au final, on aboutit à un résultat de *compromis* qui tient compte des intérêts des différents intervenants en jeu (société, actionnaire-administrateur, tiers).

2. Il faut néanmoins reconnaître, avec la doctrine majoritaire (cf. par exemple HEINIGER, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Berne 2011, N 577 ss; NIGGLI, BSK StGB II, Art. 158 N 16; RIEDO, Ausgewählte strafrechtliche Aspekte bei der Einpersonen-AG,

unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Fribourg 2011, 55; voir aussi GRAF, Einmanngesellschaften und ungetreue Geschäftsbesorgung, Jusletter du 20.4.2015, N 9), que la position soutenue par notre Haute Cour a ceci de *paradoxal* qu'en se fondant sur les dispositions du CO en matière de protection du capital, elle conduit à protéger les intérêts des créanciers sociaux, alors même qu'il est unanimement admis que le devoir de gestion ou de sauvegarde de l'art. 158 CP, incombant au dirigeant, n'est pas dû à l'égard de ces mêmes créanciers, lesquels ne sont donc pas *lésés* (art. 115 CPP) par l'infraction de gestion déloyale commise au détriment de la société (ATF 140 IV 155, consid. 3.3.1, commenté par GARBARSKI, GesKR 2014, 536). Dans l'arrêt 6B\_20/2015, le TF fait état de la critique émise en doctrine (cf. consid. 3.2), sans toutefois prendre position, autrement qu'en relevant que la jurisprudence instaurée avec l'ATF 117 IV 259 correspond, en substance, à la conception suivie en Allemagne en lien avec l'infraction de déloyauté («*Untreue*» selon le § 266 du Code pénal allemand) dans le contexte des sociétés à responsabilité limitée unipersonnelles.

3. Enfin, il convient de garder à l'esprit que même si les conditions d'application de l'art. 158 CP ne sont pas remplies dans une situation donnée, cela n'empêche pas que les actes de disposition litigieux de l'actionnaire-dirigeant unique puissent avoir des *répercussions sur le plan civil*. On songe notamment à l'action en restitution (art. 678 al. 2 CO) ou encore à l'action en responsabilité (art. 754 ss CO).

Andrew M. Garbarski, Docteur en droit,  
Chargé de cours à l'Université de Lausanne,  
Avocat au Barreau de Genève

**Nr. 25** Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung,  
Urteil vom 8. April 2015 i. S. X. gegen Oberstaats-  
anwaltschaft des Kantons Zürich – 6B\_256/2014  
[zur Publikation vorgesehen]

**Art. 258 Abs. 1 StGB: Schreckung der Bevölkerung;  
Äusserungen auf sozialen Medien (Facebook); Bevölkerungs-  
begriff.**

Wer auf seinem Facebook-Profil Postings mit drohendem Charakter veröffentlicht, die nur für seine Facebook-Freunde sichtbar sind, macht sich nicht der Schreckung der Bevölkerung gemäss Art. 258 Abs. 1 StGB strafbar, da er sich dadurch nicht an die Bevölkerung im Sinne dieses Tatbestandes wendet. Dieser Begriff erfasst zwar neben den Einwohnern eines mehr oder weniger grossen Gebiets auch die Gesamtheit der Personen, die sich, als Repräsentanten der Allgemeinheit, eher zufällig und