

# **BGer 6B\_310/2014 vom 23. November 2015**

Bundesgericht, 2015-11-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_310\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_310_2014)

FR: TF 6B\_310/2014 du 23 novembre 2015

IT: TF 6B\_310/2014 del 23 novembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Les deux recours sont dirigés contre la même décision, concernent le même complexe de faits et portent sur certaines questions de droit qui se chevauchent. Il y a lieu de joindre les causes et de les traiter dans un seul arrêt ( art. 24 al. 2 PCF et 71 LTF).

Recours de X. \_\_\_\_\_

### **E. 2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Le recourant ne peut critiquer ceux-ci que s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 97 al. 1 LTF ), ce qu'il lui appartient d'exposer et de démontrer de manière claire et circonstanciée. La correction du vice soulevé doit en outre être susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ; ATF 139 II 404 consid. 10.1 p. 445; 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62). En particulier, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur des critiques de type appellatoire portant sur l'état de fait ou sur l'appréciation des preuves ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266).

### **E. 3**

Le recourant conteste s'être rendu coupable de gestion déloyale aggravée et critique l'appréciation de certains éléments de preuve en lien avec les différents comportements incriminés.

#### **E. 3.1**

L' art. 158 CP punit celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés (ch. 1 al. 1). Le cas de la gestion déloyale aggravée est réalisé lorsque l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (ch. 1 al. 3).

Cette infraction suppose quatre conditions: il faut que l'auteur ait eu une position de gérant, qu'il ait violé une obligation lui incombant en cette qualité, qu'il en soit résulté un préjudice et qu'il ait agi intentionnellement ( ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 192).

##### **E. 3.1.1**

Selon la jurisprudence, revêt la qualité de gérant, celui à qui il incombe, de fait ou formellement la responsabilité d'administrer un complexe patrimonial non négligeable dans l'intérêt d'autrui ( ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 126). Un tel devoir incombe notamment aux organes des sociétés commerciales, à savoir aux membres du conseil d'administration et à la direction, ainsi qu'aux organes de fait (arrêt 6B\_728/2012 du 18 février 2013 consid. 2.1 et les références citées).

Pour qu'il y ait gestion déloyale, il ne suffit pas que l'auteur ait été gérant, ni qu'il ait violé une quelconque obligation de nature pécuniaire à l'endroit de la personne dont il gère tout ou partie du patrimoine; le terme de gestion déloyale et la définition légale de l'infraction exigent que l'obligation qu'il a violée soit liée à la gestion confiée ( ATF 123 IV 17 consid. 3c p. 22; 120 IV 190 consid. 2b p. 193; 118 IV 244 consid. 2b p. 247).

### **E. 3.1.2**

Les administrateurs de la société anonyme doivent exercer leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veiller fidèlement aux intérêts de la société ( art. 717 al. 1 CO ). Ce devoir de fidélité exige que les membres d'un conseil d'administration orientent leur comportement dans l'intérêt de la société et relèguent, le cas échéant, à l'arrière-plan leurs propres intérêts. En cas de risque de conflit d'intérêts, l'administrateur concerné doit prendre les mesures adéquates pour s'assurer de la sauvegarde des intérêts de la société ( ATF 130 III 213 consid. 2.2.2 p. 219). Le devoir de fidélité impose notamment au conseil d'administration de veiller au respect du critère d'équivalence entre prestation et contre-prestation ( LUCA URBEN, La rémunération des dirigeants en droit suisse de la société anonyme, thèse, 2015, p. 505 s.)

L'administrateur d'une société qui est également lié à celle-ci par un contrat de travail, n'est pas autorisé à faire valoir ses intérêts de travailleur à l'égard de la société, comme le ferait n'importe quel autre employé ( ATF 128 III 129 consid. 1.a.aa p. 132 s.).

### **E. 3.1.3**

L'infraction n'est consommée que s'il y a eu préjudice ( ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 193). Tel est le cas lorsqu'on se trouve en présence d'une véritable lésion du patrimoine, c'est-à-dire d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-diminution du passif ou d'une non-augmentation de l'actif, ou d'une mise en danger de celui-ci telle qu'elle a pour effet d'en diminuer la valeur du point de vue économique ( ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 125 s.). Un préjudice temporaire suffit ( ATF 121 IV 104 consid. 2c p. 108).

### **E. 3.1.4**

Il faut enfin que l'auteur ait agi intentionnellement ( ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 193). La conscience et la volonté de l'auteur doivent englober la qualité de gérant, la violation du devoir de gestion et le dommage. Le dol éventuel suffit; vu l'imprécision des éléments constitutifs objectifs de l'infraction, la jurisprudence se montre toutefois restrictive, soulignant que le dol éventuel doit être strictement caractérisé ( ATF 123 IV 17 consid. 3e p. 23).

### **E. 3.1.5**

Ont été qualifiés de violation du devoir de gestion au sens de l' art. 158 CP , notamment: le transfert à un tiers, sans contrepartie, d'actifs d'une société anonyme ( ATF 97 IV 10 ); l'emploi d'une partie du personnel de l'entreprise par le gérant pour son propre compte ( ATF 81 IV 276 ); l'engagement par un fondé de procuration d'une société anonyme au

bénéfice d'une signature individuelle de sa propre épouse pour un emploi fictif (arrêt 6B\_478/2009 du 8 septembre 2009); le fait, pour un gérant, de mélanger volontairement les avoirs d'une Sàrl avec ceux de sa propre entreprise individuelle, permettant à ce dernier de bénéficier des montants de la vente de marchandises et de les affecter à des dépenses personnelles (arrêt 6B\_986/2008 du 20 avril 2009 consid. 4); la conclusion de contrats de leasing portant sur des véhicules de luxe par le gérant d'une SA se trouvant dans une situation financière très difficile (arrêt 6S.327/2000 du 22 janvier 2001 consid. 3); le versement de salaires manifestement disproportionnés aux membres du conseil d'administration d'une société anonyme en difficulté financière par rapport aux moyens de cette dernière (arrêt 6S.348/2006 du 29 décembre 2006 consid. 10).

### **E. 3.2**

Le recourant, président du conseil d'administration avec signature individuelle, puis directeur avec signature collective de A. \_\_\_\_\_ SA au moment des faits reprochés, ne conteste pas qu'il occupait une position de gérant au sein de cette société et avait par conséquent un devoir de gérer et de sauvegarder les intérêts de cette dernière (cf. notamment art. 717 al. 1 CO ), étant précisé que le directeur d'une société anonyme a le devoir de sauvegarder les intérêts patrimoniaux de la société ( ATF 105 IV 307 consid. 3a p. 313). Aussi, indépendamment de la rémunération, des traitements et autres avantages dont le recourant bénéficiait, il lui incombait, en tant qu'administrateur de la société, d'adapter ces charges aux moyens dont disposait cette dernière, en veillant, au besoin, à faire passer les intérêts de la société avant ses intérêts personnels (cf. arrêt 6S.348/2006 du 29 décembre 2006 consid. 10).

### **E. 3.3**

Le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir retenu un acte de gestion déloyale en lien avec

l'avion Beechcraft (mémoire de recours, ch. III.6 p. 55 s.).

#### **E. 3.3.1**

La cour cantonale a retenu qu'après avoir acquis, en 1993, pour le compte de A. \_\_\_\_\_ SA un avion Beechcraft au prix de 115'000 fr., pour son usage personnel, le recourant a mis les frais d'entretien et d'assurances (à l'exclusion des taxes administratives) à la charge de la société précitée pour un montant s'élevant à 122'911 fr. pour la période allant du 20 février 1997 au 28 mars 2002. L'engin était utilisé par le recourant afin de se rendre dans sa villa en Sardaigne et était exclusivement piloté par lui, sans qu'il ne soit d'aucune utilité pour la société. Dans la mesure où cette dernière ne réalisait que peu de bénéfice de 1998 à 2002, puis accusait ensuite des pertes, au point que le fisc et la fiduciaire avaient fréquemment répété que la société ne pouvait continuer à payer des charges très importantes pour la maintenance de cet avion, la cour cantonale a considéré que A. \_\_\_\_\_ SA avait subi un dommage qui était directement lié aux frais qu'elle avait dû assumer pour un avion dont elle n'était même pas propriétaire et qu'elle n'avait jamais utilisé pour ses propres besoins. Il était par ailleurs manifeste que le recourant avait agi dans l'intention d'éviter de devoir prendre à sa charge les frais d'entretien, d'autant plus qu'en raison de sa faillite, il n'aurait pas pu posséder un tel engin, puisque ce dernier serait tombé dans la masse en faillite. Il avait ainsi agi dans le dessein de s'enrichir illégitimement.

#### **E. 3.3.2**

En tant que le recourant discute la question de la propriété sur l'avion en affirmant que A.\_\_\_\_\_ SA avait le droit de procéder à des amortissements et que les charges lui incombaient en principe, il ne développe aucun grief recevable sous l'angle de l' art. 42 al. 2 LTF , respectivement de l' art. 106 al. 2 LTF , faute d'être dirigé contre la motivation cantonale. Il se méprend par ailleurs lorsqu'il déduit du jugement cantonal que l'acquisition de l'avion comptait parmi les actes reprochés. En effet, seule la mise à la charge de la société des frais d'entretien et d'assurances ont été retenus par l'autorité précédente comme constitutifs de gestion déloyale.

Le recourant procède par pure affirmation et de manière appellatoire lorsqu'il affirme que "les voyages en Sardaigne auraient dû être considérés comme du salaire compte tenu de l'immense valeur de sa prestation" , de sorte que son grief est irrecevable (106 al. 2 LTF). Il s'écarte de manière inadmissible des faits retenus en instance cantonale sans établir l'arbitraire lorsqu'il allègue qu'il utilisait également l'avion pour se rendre professionnellement à Zurich ou qu'un tel engin

"peut être" un instrument de promotion.

Il ne ressort pas du jugement cantonal que, tant le conseil d'administration, l'organe de révision ou le fisc auraient donné leur approbation à ces démarches ( art. 105 al. 1 LTF ). Quand bien même fût-ce le cas, cette approbation n'exclurait pas l'existence d'une lésion aux intérêts de la société, dès lors que le bien juridique protégé en l'espèce est le patrimoine de cette dernière.

Lorsqu'il déduit d'une telle approbation qu'il ne pensait pas léser l'entreprise de sorte que l'élément subjectif de l'infraction ne serait pas réalisé, il ne fait qu'opposer sa propre appréciation à celle de l'autorité cantonale. Or, déterminer ce qu'une personne a su, envisagé, voulu ou accepté relève du contenu de la pensée et découle de l'établissement des faits ( ATF 138 V 74 consid. 8.4.1 p. 84), lesquels lient le Tribunal fédéral, à moins que leur arbitraire n'ait été établi ( art. 105 al. 1 LTF ; ATF 128 IV 53 consid. 3 p. 63). En l'absence de grief en ce sens, les critiques du recourant à cet égard sont irrecevables ( art. 106 al. 2 LTF ).

Compte tenu de l'état de fait retenu par l'autorité précédente, celle-ci n'a pas violé le droit fédéral en retenant que les conditions objectives et subjectives de la gestion déloyale aggravée étaient réalisées. En mettant à la charge de la société, les frais d'exploitation d'un engin dont il disposait exclusivement à des fins privées, alors même que la situation de la société ne le permettait pas, au point que le fisc et la fiduciaire ont dû intervenir, le recourant a violé son devoir de diligence et de fidélité déduit de l' art. 717 CO . Le dommage résulte directement des frais assumés par la société, dépenses que le recourant s'est épargné, s'enrichissant ainsi de manière illégitime.

Le grief tiré d'une erreur sur l'illicéité est irrecevable, faute de toute motivation ( art. 42 al. 2 LTF ).

Au vu de ce qui précède, les contestations liées aux conclusions civiles accordées à A.\_\_\_\_\_ SA tombent à faux, sous réserve de la question de la prescription traitée au consid. 4.

### **E. 3.4**

Le recourant conteste à plusieurs égards s'être rendu coupable de gestion déloyale aggravée pour avoir, le 28 janvier 2002, facturé 130'000 fr. à A. \_\_\_\_\_ SA et encaissé ce montant à titre personnel, pour la

création des vins

L. \_\_\_\_\_ ,

M. \_\_\_\_\_ et

N. \_\_\_\_\_ ainsi que la recherche de noms et le dépôt de ces marques (cf. mémoire de recours, ch. III.4, p. 48 ss). Il prétend en substance avoir droit à cette somme en raison de son activité créatrice qu'il a apportée à la société en plus de ses prestations d'employé.

#### **E. 3.4.1**

A teneur de l' art. 321a al. 1 CO , le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. Il remet immédiatement à l'employeur tout ce qu'il produit par son activité contractuelle ( art. 321b al. 2 CO ).

Les inventions que le travailleur a faites et les designs qu'il a créés, ou à l'élaboration desquels il a pris part, dans l'exercice de son activité au service de l'employeur et conformément à ses obligations contractuelles, appartiennent à l'employeur, qu'ils puissent être protégés ou non ( art. 332 al. 1 CO ). Par accord écrit, l'employeur peut se réserver un droit sur les inventions que le travailleur a faites et les designs qu'il a créés dans l'exercice de son activité au service de l'employeur, mais en dehors de l'accomplissement de ses obligations contractuelles (al. 2).

L' art. 332 al. 1 CO traite des inventions dites " de service " (Aufgabenerfindungen). Selon la jurisprudence, il doit exister un rapport de connexité étroite entre l'activité exercée par l'employé et l'invention. En revanche, il importe peu qu'il l'ait réalisée pendant ses heures de travail ou son temps libre ( ATF 72 II 270 consid. 4 p. 273, à propos de l'ancien art. 343 CO ; cf. arrêt 4A\_691/2011 du 6 novembre 2012 consid. 3.1). Il faut par ailleurs rechercher si le travailleur a l'obligation contractuelle de déployer une activité inventive. La convention à ce sujet peut être expresse ou se déduire des circonstances ( ATF 100 IV 167 consid. 1 p. 169; 57 II 304 consid. 2 p. 310). Entrent en considération les circonstances de l'engagement, les directives données à l'employé, la position de celui-ci, l'importance de son salaire, sa formation et ses connaissances particulières, le degré d'indépendance dans l'exécution de son travail, les ressources logistiques et financières à disposition, le but social de l'entreprise qui l'emploie (arrêt 4A\_691/2011 du 6 novembre 2012 consid. 3.1 et les références citées).

#### **E. 3.4.2**

Faisant sien le raisonnement du tribunal de première instance, la cour cantonale a retenu qu'au moment de l'enregistrement des marques de vins précitées, le recourant avait un statut d'employé auprès de A. \_\_\_\_\_ SA et l'élaboration de vins entraînait manifestement dans son cahier des charges. Compte tenu de son statut de directeur et oenologue, et vu sa formation professionnelle, son employeur pouvait attendre de lui qu'il élabore de nouveaux vins ou assemblages. Il avait une obligation contractuelle de déployer une activité inventive en lien avec les qualités pour lesquelles il avait été engagé, de sorte que l'élaboration des vins litigieux, tâche qui ressort directement du cadre professionnel d'un oenologue, devait être qualifiée d'invention de service au sens de l' art. 332 al. 1 CO . La création de ces assemblages appartenait ainsi à son employeur qui n'avait aucune obligation de le rétribuer

au-delà du versement de son salaire, ce d'autant plus que le recourant ne prétendait pas avoir fourni, pour cette activité, des efforts excédant ce qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui. En outre, la dénomination

L. \_\_\_\_\_ appartenait au domaine public et ne bénéficiait d'aucune protection. Quant aux marques

M. \_\_\_\_\_ et

N. \_\_\_\_\_, elles avaient été enregistrées en faveur de A. \_\_\_\_\_ SA de sorte que le recourant n'avait aucun droit sur ces appellations. Eu égard à la situation financière de la société, ces créations n'avaient pas acquis une valeur économique particulièrement élevée. En conséquence, indépendamment de la valeur que pouvaient représenter ces inventions, le recourant n'avait pas le droit de s'octroyer une indemnité de 130'000 francs.

Retenant que l'intéressé s'était octroyé la somme de 130'000 fr. pour la cession des droits à A. \_\_\_\_\_ SA, sans en informer les autres membres du conseil d'administration, nonobstant un conflit d'intérêt évident, la cour cantonale a considéré qu'il avait gravement lésé les intérêts de la société et s'était, en conséquence, rendu coupable de gestion déloyale aggravée.

### **E. 3.4.3**

C'est en vain que le recourant prétend que le travail de création ne figure pas dans le cahier des charges d'un directeur de cave, puisqu'il était également employé de la société en qualité d'oenologue diplômé et expérimenté. Or, l'oenologie se définit comme l'étude des techniques d'élaboration et de conservation des vins, de la culture de la vigne et des aspects économiques et techniques de ces activités. L'oenologue est ainsi un spécialiste capable d'appliquer les connaissances oenologiques, de collaborer à la conception du matériel utilisé dans l'élaboration et l'élevage des vins, à la culture des vignobles, de procéder à des analyses (cf. Le Grand Robert de la langue française, édition 2005). Sur la base de la définition de la profession du recourant, l'élaboration des vins

L. \_\_\_\_\_, M. \_\_\_\_\_ et

N. \_\_\_\_\_ ainsi que le suivi des aspects économiques y relatifs (recherche de noms et dépôt des marques) apparaît comme le produit de son activité contractuelle au sens de l' art. 321 al. 2 CO .

Dans l'hypothèse où, à suivre la cour cantonale, il s'agirait d'une invention, celle-ci doit en tout état être qualifiée d'invention de service au sens de l' art. 332 al. 1 CO . En effet, le recourant était engagé par une société dont le but social était la commercialisation de vins. Il percevait un salaire annuel net variant entre 158'310 fr. et 190'996 fr. (entre 1995 et 2000) et s'élevant à 260'000 fr. à tout le moins de 2001 à 2003. Il se décrivait comme directeur, chef de culture, oenologue, caviste et représentant (cf. jugement entrepris, consid. 12.1 p. 43) et admettait qu'il créait ces vins dans le cadre de son activité au sein de la société (cf. jugement entrepris, consid. 23.4.2 p. 70). Il bénéficiait d'une formation d'oenologue complète et d'une longue expérience dans le domaine vinicole dès lors qu'il y avait travaillé depuis 1969 (cf. jugement entrepris, consid. 23.3.2 p. 66

in fine ). Au vu de ces circonstances qui lient le Tribunal fédéral faute de grief d'arbitraire soulevé par le recourant (cf. art. 105 al. 1 et 106 al. 2 LTF), force est de constater que, tant l'élaboration de vins que la recherche de noms et l'enregistrement de marques de vins

relevaient de l'activité contractuelle du recourant, en sa qualité d'oenologue, indépendamment de tout autre statut dans la société. Le rapport de connexité étroite entre son activité et les " inventions " en question, soit l'élaboration de vins et de marques correspondantes, est évident. En conséquence, pour autant qu'on puisse qualifier l'élaboration des vins

L. \_\_\_\_\_ ,

M. \_\_\_\_\_ et

N. \_\_\_\_\_ ainsi que le dépôt de ces marques, d'inventions, celles-ci relèvent de l'invention de service au sens de l' art. 332 al. 1 CO , lesquelles appartiennent à l'employeur et ne supposent pas de rémunération additionnelle au salaire.

Indépendamment de leur recevabilité, les développements du recourant relatifs aux diverses sources d'inspiration à l'origine de l'expression

N. \_\_\_\_\_ , ne permettent pas de démontrer que l'élaboration de ce vin ou son appellation constituerait une prestation "extraordinaire" allant au-delà du cahier des charges d'un oenologue spécialisé et salarié aux conditions exposées

supra . De même, ses développements sur la "valeur exceptionnelle" de ses créations "extraordinaires et révolutionnaires" qui justifieraient une gratification substantielle ou un bonus venant s'ajouter au salaire, sont purement appellatoires et partant, irrecevables ( art. 106 al. 2 LTF ).

Pour autant qu'il soit recevable au regard des exigences de motivation de l' art. 42 al. 2 LTF , son grief tiré d'une violation de l' art. 332 al. 4 CO est infondé. En effet, le recourant fait valoir qu'il aurait eu droit à une rétribution spéciale équitable au sens de cette disposition alors même qu'une telle rétribution suppose que le travailleur ait fait une invention en dehors de l'accomplissement de ses obligations contractuelles d'une part ( art. 332 al. 2 CO ; invention dite " occasionnelle liée ") et qu'il en ait informé son employeur d'autre part ( art. 332 al. 3 CO ). Au vu de ce qui précède et compte tenu de l'état de fait cantonal, ces éléments ne sont pas réalisés, de sorte que les critiques du recourant tombent à faux sur ce point également (sur la distinction entre les inventions de service, fortuites et libres, cf. Philippe Carruzzo, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 CO, 2009, p. 419 ss, ad art. 332 CO ).

#### **E. 3.4.4**

Le recourant tente de justifier l'indemnité de 130'000 fr. perçue, en prétendant que les créations vendues constituent des oeuvres et relèvent du droit d'auteur. Il invoque implicitement une violation de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA; RS 231.1). A titre liminaire, il sied de relever qu'il ne ressort pas du jugement attaqué que le recourant aurait saisi la cour cantonale de ce grief. Il ne fait d'ailleurs pas valoir de déni de justice à cet égard. Aussi, invoqué pour la première fois devant le Tribunal fédéral, ce grief est irrecevable faute d'épuisement des voies de droit cantonales (cf. art. 80 al. 1 LTF ; ATF 135 I 91 consid. 2.1 p. 93). En tout état, faute de toute motivation, son grief s'avère irrecevable sous l'angle de l' art. 42 LTF .

#### **E. 3.4.5**

Au vu de ce qui précède, c'est en vain que le recourant soutient qu'il appartenait au Ministère public de démontrer le caractère excessif de l'indemnité reçue, si nécessaire par

expertise.

### **E. 3.5**

Les développements du recourant en lien avec l'occupation, à des fins privées, du 1er août 1999 au mois de février 2004, d'un

appartement financé par la société A. \_\_\_\_\_ SA, en vertu d'un contrat de bail conclu à l'insu du conseil d'administration, sont pour l'essentiel appellatoires, partant irrecevables. Le recourant s'écarte de manière inadmissible de l'état de fait cantonal sans démontrer qu'il aurait été établi de manière arbitraire, en particulier s'agissant de la constatation selon laquelle ces locaux n'avaient jamais eu une quelconque utilité pour la société (jugement entrepris, consid. 23.5.3, p. 71). Il n'est ainsi pas recevable à affirmer qu'il travaillait effectivement à domicile pour l'entreprise. Il s'ensuit que la déduction selon laquelle la société n'aurait pas été lésée par cette situation tombe à faux puisqu'il ressort expressément de l'état de fait cantonal, qui lie le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), que la société a versé pendant 55 mois un loyer et des charges représentant un montant total de 103'510 fr., pour des locaux occupés par la famille du recourant, à l'insu des membres du conseil d'administration. Il en résulte une lésion évidente du patrimoine de la société sous la forme d'une diminution de l'actif (cf. supra, consid. 3.1.3).

Le dessein d'enrichissement illégitime, soit en l'occurrence, celui de bénéficiaire d'un appartement pour sa famille sans bourse délier, a été établi par la cour cantonale (cf. jugement entrepris, consid. 23.5.3, p. 71). Se contenter d'affirmer que ces locaux n'ont plus été employés depuis 2001 n'est pas recevable au sens de l' art. 106 al. 2 LTF et ne permet pas,

a fortiori , de remettre en cause la réalisation de l'infraction de gestion déloyale aggravée au sens de l' art. 158 ch. 1 al. 3 CP .

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur les contestations du recourant relatives aux prétentions civiles de A. \_\_\_\_\_ SA découlant de ce poste (cf. mémoire de recours, ch. III.5.4, p. 54), étant précisé que la question de la prescription sera traitée au consid. 4.

### **E. 3.6**

S'agissant de sa condamnation du chef de gestion déloyale pour avoir utilisé les services d'employées rémunérées par A. \_\_\_\_\_ SA à des fins personnelles, à l'insu des membres du conseil d'administration, le recourant ne formule aucune critique contre la motivation cantonale de sorte que son grief apparaît irrecevable ( art. 42 al. 2 LTF ). En tout état, ses propos sont appellatoires, en tant qu'il affirme que les salaires versés aux employées auraient dû être ajoutés fiscalement à son revenu, prestation qui n'aurait pas été disproportionnée vu " l'immense valeur " qu'il apportait à l'entreprise (cf. mémoire de recours, ch. III.8, p. 57).

Au surplus, il est renvoyé à l' ATF 81 IV 276 quant à la réalisation des éléments constitutifs de la gestion déloyale aggravée lorsque le gérant utilise à son propre profit le personnel rémunéré par sa société. S'agissant de la prescription, il est renvoyé au consid. 4,

infra .

### **E. 3.7**

Le recourant conteste s'être rendu coupable de gestion déloyale aggravée en contractant, au nom de la société A. \_\_\_\_\_ SA, une

assurance-vie en sa faveur, en garantie d'une indemnité de départ en raison des longs rapports de travail (mémoire de recours, ch. III.2.1-2.2, p. 28 ss).

### **E. 3.7.1**

Selon l' art. 339b al. 1 CO , l'employeur verse au travailleur une indemnité à raison de ces longs rapports de travail, si les rapports de travail d'un travailleur âgé d'au moins 50 ans prennent fin après vingt ans ou plus. L'indemnité vise à combler des lacunes en matière de prévoyance professionnelle, survivants et invalidité, lorsque le travailleur reçoit une prestation insuffisante d'une institution de prévoyance (cf. ATF 123 V 241 consid. 2c p. 244 et références citées). L'employeur est dispensé de verser l'indemnité de départ " en tant qu'une institution de prévoyance doit verser des prestations qui n'ont pas été financées au moyen des contributions du travailleur "; dans cette mesure, " l'obligation qu'a l'employeur de verser l'indemnité de départ est réduite d'autant ou supprimée " ( ATF 101 II 270 consid. 3b p. 274). Il s'agit d'une disposition semi-impérative.

### **E. 3.7.2**

La cour cantonale a relevé que les employés de A. \_\_\_\_\_ SA, ainsi que le recourant, étaient assurés auprès de l'institution de prévoyance professionnelle à laquelle la société était affiliée, conformément à ses obligations légales. Un avenant du 7 mars 2002 au contrat de travail du recourant, agissant tant pour lui-même que pour la société, visait à régler l'indemnité à raison des longs rapports de travail fondée sur les art. 339bet 339 d CO. A teneur de ce document, A. \_\_\_\_\_ SA s'engageait à verser une indemnité à la double condition que le prévenu soit âgé au moins de 45 ans et que les rapports aient duré au moins 10 ans, conditions qu'il réalisait déjà au moment de la conclusion de l'avenant. Cette indemnité devait correspondre à la valeur de rachat de la police d'assurance conclue, mais au moins à 2 salaires et au plus à 36 salaires. En garantie de ses obligations, l'employeur s'engageait à conclure une assurance sur la tête du recourant auprès de I. \_\_\_\_\_. En exécution de l'avenant du 7 mars 2002, A. \_\_\_\_\_ SA a contracté une assurance-vie (pilier 3B) au bénéfice du recourant. L'assurance débutait le 1er mars 2002 et portait sur une durée de six ans. Elle conférait au recourant, en cas de vie au 1er mars 2008, un capital de 325'000 francs. La prime annuelle, payée par la société à tout le moins en 2002 et 2003, se chiffrait à 56'696 francs. Le conseil d'administration n'avait pas été informé de la conclusion du contrat d'assurance. Le fisc n'avait, d'une part, pas accepté l'enregistrement de la prime d'assurance comme charge et avait, d'autre part, exigé que la clause bénéficiaire en faveur de A. \_\_\_\_\_ SA soit irrévocable. Nonobstant la décision de maintien du séquestre des créances du recourant en relation avec cette police d'assurance, rendue le 4 novembre 2005, I. \_\_\_\_\_ a versé à A. \_\_\_\_\_ SA, à la fin des rapports de travail, la prestation d'assurance de 114'291 francs. Le montant se trouvait, au moment du prononcé du jugement, sur le compte du greffe du Tribunal, conformément à l'invitation en ce sens du juge d'instruction.

Faisant sien le raisonnement des juges de première instance, la cour cantonale a considéré que A. \_\_\_\_\_ SA n'avait aucune obligation d'allouer au recourant une indemnité pour longs rapports de travail étant donné qu'il était déjà assuré auprès d'une institution de prévoyance et que les conditions prévues dans l'avenant du 7 mars 2002 ne correspondaient pas à celles de l' art. 339b CO . Ainsi, en contractant au nom de la société cette obligation, il

avait nui aux intérêts de A. \_\_\_\_\_ SA. Il en était conscient puisqu'il avait agi à l'insu du conseil d'administration et avait eu l'intention de se procurer un enrichissement illégitime. Enfin, même si le recourant n'avait pas perçu l'indemnité litigieuse, laquelle avait été séquestrée à la suite de la dénonciation pénale, A. \_\_\_\_\_ SA avait néanmoins été lésée temporairement. En effet, depuis l'exigibilité de la créance (dès la fin du contrat de travail) et durant deux ans au moins, la société avait dû comptabiliser dans les charges les primes d'assurances payées, sans pouvoir inscrire dans les actifs la valeur de rachat, ce qui avait impliqué une diminution de sa fortune nette.

### **E. 3.7.3**

Il ressort de ce qui précède que le recourant était assuré par son employeur pour la prévoyance professionnelle de sorte que, bénéficiant du fond de pension nécessaire, une indemnité fondée sur l' art. 339b CO ne se justifiait pas. Le recourant s'est ainsi octroyé une indemnité de départ à des conditions plus favorables que ne le prévoit l' art. 339b CO - ce qui est au demeurant admissible au vu du caractère semi-impératif de la norme - en détournant cependant l'institution de son but. La configuration d'espèce permet de retenir que la société n'aurait pas pris à sa charge des primes d'assurance-vie en garantie d'une telle indemnité en faveur d'un tiers. En mettant à la charge de son employeur, les primes annuelles d'assurance-vie de 56'696 fr., à l'insu des autres membres du conseil d'administration, à un moment où la société se trouvait dans une situation financière délicate, le recourant a privilégié ses intérêts à ceux de la société, laquelle a été lésée.

Le recourant échoue à démontrer que la cour cantonale a violé le droit fédéral en retenant que l'indemnité litigieuse n'était pas justifiée au regard de l' art. 339b CO . C'est en vain qu'il oppose que cette prestation était proportionnée à son apport dans l'entreprise. A cet égard, sa présentation personnelle de faits postérieurs à son départ de la société est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ).

Il y a lieu d'admettre l'existence d'un dommage patrimonial, étant rappelé que la mise en danger du patrimoine telle qu'elle a pour effet d'en diminuer la valeur du point de vue économique, suffit (cf. ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 125; 121 IV 104 consid. 2c p. 107 s.). Par ailleurs, il est sans pertinence que la police d'assurance ait une valeur de rachat, dont la société a pu requérir la restitution, dès lors qu'un dommage temporaire est suffisant pour réaliser l'élément objectif de l' art. 158 CP ( ATF 121 IV 104 consid. 2c p. 107 s.).

Au plan de l'intention, compte tenu du contexte, soit notamment de son statut dans la société, du contenu de l'avenant du 7 mars 2002 et de l'absence de fondement de la prestation qu'il s'est octroyée, le recourant ne saurait de bonne foi prétendre qu'il ignorait que la mise à la charge de la société de primes d'assurance découlant du contrat conclu en sa faveur, portait atteinte aux intérêts de A. \_\_\_\_\_ SA. A cet égard, il se méprend lorsqu'il suggère que la cour cantonale a établi son intention sur la seule absence d'avis au conseil d'administration, cet élément ne constituant qu'un indice en ce sens. En effet, la conclusion de la police d'assurance est intervenue en mars 2002, moment où l'action révocatoire de la masse en faillite relative aux actions de la société arrivait à son terme, faisant apparaître qu'en cas de changement d'actionnariat, le poste du recourant était en danger. Par ailleurs, les comptes révisés de l'année 2002 faisaient état de pertes.

S'agissant du dessein d'enrichissement illégitime au sens de l' art. 158 ch. 1 al. 3 CP , il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur les affirmations factuelles relatives aux plans d'avenir professionnel du recourant, dans la mesure où le jugement entrepris ne contient aucune

indication à cet égard, ce que le recourant ne remet pas en cause sous l'angle de l'arbitraire ( art. 106 al. 2 LTF ). Faute de toute contre-prestation de nature à justifier l'octroi de l'avantage patrimonial supplémentaire que constitue la prestation d'assurance, le recourant échoue à démontrer que l'autorité précédente aurait violé le droit fédéral en retenant que la condition de l'enrichissement illégitime était réalisée.

En définitive, il ressort de l'état de fait cantonal qui lie le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), que le recourant a agi dans son propre intérêt au mépris de ceux de la société, privilégiant ses prétentions de travailleur, lesquelles ne trouvent aucun fondement légal, en violation de ses devoirs de gérant ainsi que dans le dessein de s'enrichir (cf. ATF 128 III 129 consid. 1.a.aa p. 132 s.). Aussi, les éléments constitutifs de l'infraction de gestion déloyale aggravée sont réalisés s'agissant de ce poste également.

### **E. 3.8**

On peine à comprendre dans quelle mesure le recourant s'en prend à sa condamnation pour avoir payé à son ex-épouse, D.\_\_\_\_\_, par l'intermédiaire de A.\_\_\_\_\_ SA, une part de

salaires correspondant à la contribution d'entretien qu'il lui devait en vertu d'une convention homologuée judiciairement puis par jugement de divorce (mémoire de recours, ch.III.7, p. 56 s.).

Il est établi (cf. art. 105 al. 1 LTF ) qu'après la séparation du couple en été 2001, D.\_\_\_\_\_ a réduit de manière drastique son taux d'activité pour le compte de A.\_\_\_\_\_ SA, pour ne l'exercer que de manière très ponctuelle. Le recourant a néanmoins continué le paiement du salaire mensuel brut de 2'500 fr., 13 fois l'an, augmenté à 2'600 fr. en 2003 (cf. jugement entrepris, consid. 17 p. 49 ss). Le recourant ne le conteste pas, se bornant à opposer de manière irrecevable que, vu la valeur objective de sa prestation, le salaire n'était pas excessif.

Il ressort du jugement cantonal qu'une partie du salaire a été considérée comme justifiée en raison de l'activité exercée en faveur de A.\_\_\_\_\_ SA, les 2'100 fr. restant ne correspondant pas à une prestation fournie pour la société, mais au montant dû par le recourant à titre de contribution d'entretien. Compte tenu des faits établis, c'est sans violer le droit fédéral que la cour cantonale a condamné le recourant du chef de gestion déloyale aggravée sur ce point (cf. arrêt 6B\_478/2009 du 8 septembre 2009 consid. 3.3.5, s'agissant d'une condamnation pour gestion déloyale dans une configuration similaire).

A titre subsidiaire, il allègue que la ratification, par le conseil d'administration, de ce salaire empêche de retenir une condamnation pour gestion déloyale aggravée. Ce faisant, il se contente de reproduire ses contestations formulées en appel, lesquelles ont été examinées par la cour cantonale. Cette dernière a en effet rappelé qu'il disposait d'une grande autonomie dans la gestion de la société et les autres administrateurs ne contestaient jamais ses décisions (cf. jugement entrepris, consid. 23.10, p. 77). Faute pour le recourant de s'en prendre à la motivation cantonale topique, son grief est irrecevable ( art. 42 al. 2 LTF ). En tant que le recourant se prévaut de la jurisprudence tirée de l' ATF 117 IV 259 , il est renvoyé au consid. 3.9.8

infra .

### **E. 3.9**

Le requérant conteste également s'être rendu coupable de gestion déloyale aggravée en lien avec les

augmentations de salaire qu'il s'est attribuées dès 2001.

### **E. 3.9.1**

La révocation et la nomination - ce qui inclut nécessairement la fixation de la rémunération - des personnes chargées de la direction de l'entreprise constituent des prérogatives inaliénables du conseil d'administration ( art. 716a al. 1 ch. 4 CO ; arrêt 6S.348/2006 du 29 décembre 2006 consid. 10.3.1; ROLAND MÜLLER, *Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer*, 2005, p. 268). La rémunération des administrateurs doit être fixée non seulement en fonction du travail fourni par ces derniers et des services rendus, mais également en fonction de la situation économique de l'entreprise ( ATF 86 II 159 consid. 1 p. 163). Par ailleurs, au titre de la responsabilité qui lui incombe en matière de finances ( art. 716a al. 1 ch. 3 CO ), le conseil d'administration doit, lorsqu'apparaissent des pertes ou des problèmes de liquidités, se préoccuper de l'équilibre financier de la société ( PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4ème éd. 2009, n° 341, p. 1683), ce qui implique le devoir de prendre les mesures nécessaires en vue d'équilibrer les comptes, au besoin en réduisant les charges de l'entreprise, la masse salariale en particulier (cf. arrêt 6S.348/2006 du 29 décembre 2006 consid. 10.3.1).

Le devoir de fidélité incombant au conseil d'administration en matière d'établissement de sa propre rémunération l'oblige à se rémunérer de telle manière à respecter le critère d'équivalence des prestations ( LUCA URBEN,

op. cit. , p. 511; RITA TRIGO TRINDADE, *De devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts*, in: SJ 1999 II 385, p. 403).

### **E. 3.9.2**

Employé par la société A.\_\_\_\_\_ SA en qualité d'oenologue notamment, le requérant percevait entre 1995 et 2000 un salaire annuel net variant entre 158'310 fr. et 190'996 fr., hors frais. En 2001, il s'est octroyé un salaire net de 266'897 fr. et, en 2002, de 318'808 fr. hors frais et bonus. Conformément au contrat de travail établi par le requérant avec A.\_\_\_\_\_ SA, le 8 novembre 2002, il a perçu, en 2003, un revenu net de 260'000 fr. pour un taux d'activité à 90%, hors frais et bonus, puis 47'597 fr. 25 pour les deux premiers mois de l'année 2004.

Selon la cour cantonale, rien ne justifiait une augmentation de salaire de près de 40% en 2001 et de 20% supplémentaires en 2002, alors que le cahier des charges du requérant demeurait identique et que la situation financière de la société se détériorait. En effet, le bénéfice dégagé par A.\_\_\_\_\_ SA était, selon les premiers comptes établis, de 41'548 fr. en 2001 et de 9'144 fr. en 2002. En 2003, la société avait accusé une perte de 1'473 francs. Les comptes révisés de 2002 et 2003 faisaient en outre apparaître un déficit de 13'356 fr. en 2002 et 103'754 fr. 95 en 2003.

Ainsi, l'augmentation de salaire dès 2001 avait été accordée sans contre-prestation équivalente et constituait une distribution dissimulée de bénéfices. Elle avait eu pour effet de diminuer la marge bénéficiaire de la société au détriment des actionnaires et des créanciers.

En application d'une méthode utilisée par les autorités fiscales, la cour cantonale a estimé que la part de salaire excessif versée au recourant s'élevait au total à 349'296 fr. pour les années 2001 à 2003 (97'925 + 144'177 + 107'194; cf. jugement entrepris, consid. 23.3.2, p. 67). Cependant, en vertu de l'interdiction de la

reformatio in pejus, la cour cantonale a, à l'instar de l'autorité de première instance, qualifié d'excessive, la part de salaire excédant 15'000 fr. nets par mois, salaire que le recourant percevait en 2000 en tant qu'oenologue à un taux d'activité de 100%. Ce seuil avait d'ailleurs été confirmé par un professionnel de la branche (cf. jugement entrepris, consid. 23.3.3, p. 68 et jugement de première instance, consid. 29, p. 58).

Elle a conclu que la rémunération perçue par le recourant n'était pas adaptée à la situation de A. \_\_\_\_\_ SA et n'aurait manifestement pas été versée à un tiers qui ne détenait pas les pouvoirs qu'il exerçait au sein de la société, ce que les autres membres du conseil d'administration auraient dû reconnaître. Alors qu'il connaissait la situation financière de l'entreprise, le recourant avait violé son devoir de diligence et ainsi lésé les intérêts financiers de A. \_\_\_\_\_ SA en s'octroyant un tel salaire de 2001 à février 2004. Il était par ailleurs manifeste qu'il avait agi dans l'intention de s'enrichir au détriment de l'entreprise puisque, à la suite de l'action révocatoire relative aux actions de A. \_\_\_\_\_ SA, il savait qu'il pouvait être confronté au risque de se voir évincer de la société par les nouveaux actionnaires. D'ailleurs, le fait que le contrat de travail avait été établi peu de temps après que les actions étaient tombées en mains de la masse en faillite n'était pas anodin et démontrait clairement son intention de s'enrichir avant la fin de son activité au sein de l'entreprise (jugement entrepris, consid. 23.3.3, p. 68).

### **E. 3.9.3**

Les critiques du recourant portent essentiellement sur le caractère " excessif " de son salaire, quand bien même sa formation, son expérience et son statut justifieraient, selon lui, un salaire élevé. Ce faisant, il perd de vue que ce n'est pas le montant absolu des salaires versés qui fonde sa condamnation pour gestion déloyale, mais bien plutôt l'augmentation massive, soudaine et dépourvue de justification, du salaire à un moment critique financièrement pour la société, d'une part, et alors que son poste paraissait en danger en vue d'un changement d'actionnariat, d'autre part. Dans cette perspective, seul le montant de l'augmentation et la justification de cette dernière sur le plan des prestations offertes par le recourant sont pertinents au regard de l'infraction de gestion déloyale liée à ce poste.

Sous cet angle, le recourant échoue à démontrer que la cour cantonale aurait arbitrairement considéré que les augmentations accordées étaient manifestement excessives par rapport aux moyens de la société, question de fait qui lie le Tribunal fédéral (cf. art. 105 al. 1 LTF ; arrêt 6S.348/2006 du 29 décembre 2006 consid. 10.3.2). En effet, lorsque les augmentations de 40% puis de 20% supplémentaires ont été versées, la situation financière de la société n'était alors pas particulièrement favorable par rapport aux années précédentes; elle s'est au contraire dégradée dès l'année suivante. Par ailleurs, alors que le recourant a bénéficié d'une augmentation progressive d'environ 30'000 fr. au total entre 1995 et 2000, celle-ci s'élève à près de 76'000 fr. en 2001, puis à plus de 50'000 fr. supplémentaires en 2002, hors frais divers et honoraires. Il ne ressort pas du jugement entrepris, dont l'état de fait lie le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), que le recourant aurait fourni une quelconque contre-prestation supplémentaire justifiant les augmentations en question. Le recourant ne le prétend d'ailleurs pas. Dans ces conditions, l'on ne saurait reprocher à l'autorité

précédente, d'avoir arbitrairement retenu l'existence d'une disproportion évidente entre la prestation salariale et la contre-prestation du recourant. Cela à plus forte raison, dans la mesure où les augmentations salariales litigieuses sont intervenues à la suite du dépôt de l'action révocatoire portant sur 80% des actions de A. \_\_\_\_\_ SA, soit à un moment où la position du recourant au sein de la société risquait d'être ébranlée par le changement d'actionnariat.

Ses longs développements sur les enjeux généraux de la fiscalité sous prétexte qu'il serait inapproprié d'adopter une méthode fiscale pour juger un comportement de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP sont vains (cf. mémoire de recours, ch. III.1.1, p. 7-11 et III.1.4, p. 16), puisque ce n'est pas le salaire fondé sur cette méthode qui a permis de qualifier les augmentations d'excessives, mais celui de 15'000 fr. nets par mois (correspondant au salaire perçu en 2000), en vertu de l'interdiction de la *reformatio in pejus*.

C'est en vain que le recourant s'oppose au statut de " simple cadre supérieur " que lui a prêté la cour cantonale, en prétendant, sur la base de divers témoignages, qu'il s'occupait de tout et remplissait à lui seul les fonctions que normalement, plusieurs personnes accomplissent (mémoire de recours, ch. III.1.2, p. 11 s.), car cela ne permet pas de justifier la soudaine augmentation de salaire intervenue à partir 2001. En particulier, il ne prétend à aucun moment avoir fourni, dès cette date, davantage de prestations que durant les années précédentes, étant précisé que le contrat de travail qu'il a établi en novembre 2002 fait état d'un taux d'activité de 90%. En définitive, parmi les nombreuses pages de développement concernant son salaire, le recourant ne conteste à aucun égard l'élément central, soit l'augmentation de ce dernier dès 2001.

La situation financière de la société ultérieure à son licenciement n'est pas pertinente au regard de l'acte de gestion déloyale reproché. Aussi, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur l'argumentation y relative, au demeurant irrecevable car fondée sur une présentation personnelle de la situation de la société

a posteriori (cf. art. 105 al. 1 et 106 al. 2 LTF).

#### **E. 3.9.4**

Le recourant estime que A. \_\_\_\_\_ SA n'a pas subi de dommage, faute pour cette dernière d'avoir un droit protégé civilement. Ce faisant, il suggère que la notion juridique de dommage aurait été méconnue, de sorte qu'il s'agit d'une question de droit (cf. ATF 132 III 564 consid. 6.2 p. 576).

##### **E. 3.9.4.1**

Le dommage patrimonial n'existe que lorsque la personne lésée a un droit protégé par le droit civil à la réparation du dommage subi (cf. ATF 126 IV 165 consid. 3b p. 174; arrêt 6B\_986/2008 du 20 avril 2009 consid. 4.1).

A teneur de l'art. 678 CO, les actionnaires et les membres du conseil d'administration, ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment et de mauvaise foi des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires sont tenus à restitution (al. 1). Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société qui sont en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société (al. 2). L'action en restitution appartient à la société et à l'actionnaire; celui-ci agit

en paiement à la société (al. 3).

La seconde variante couvre toutes les formes d'attributions notamment à l'administrateur, d'avantages financiers commercialement injustifiés et qui ne revêtent pas la forme apparente de la distribution de bénéfice ( JEAN-LUC CHENAUX, in Commentaire romand, Code des obligations II, n° 28 ad art. 678 CO ). Selon la jurisprudence, il y a distribution dissimulée de bénéfice lorsque la société attribue notamment à ses actionnaires ou à ses administrateurs, une prestation appréciable en argent sans contre-prestation équivalente et qu'elle n'aurait pas été effectuée dans les mêmes conditions à un tiers (arrêt 2P.195/2005 du 16 février 2006 consid. 3.2). L' art. 678 al. 2 CO concrétise en quelque sorte le devoir de fidélité qui incombe au conseil d'administration lors de la fixation de sa propre rémunération, laquelle doit respecter le critère d'équivalence des prestations ( LUCA URBEN,

op. cit., p. 505 s., 511 et 565; RITA TRIGO TRINDADE,

op. cit. , p. 403).

Doivent faire l'objet d'une restitution en vertu de l' art. 678 CO , les prestations faites par la société, soit tout acte par lequel le bénéficiaire perçoit un avantage appréciable en argent au détriment de la société, qui se trouve ainsi appauvrie ( JEAN-LUC CHENAUX, op. cit., n° 14 ad art. 678 CO ). Les hypothèses de distributions occultes de bénéfices peuvent prendre la forme de sous-facturations ou de surfacturations de biens ou de services. On pense par exemple aux salaires excessifs ou autres formes de rémunérations concédés à l'administrateur dans le cadre de rapports de travail. Il convient alors d'apprécier le salaire à la lumière de l'ensemble des circonstances relatives à la politique salariale de l'entreprise dans le temps, à la situation financière de la société, à la position et aux compétences du bénéficiaire ainsi qu'aux rémunérations versées aux salariés de rang équivalent ( JEAN-LUC CHENAUX, op. cit., n° 46 ad art. 678 CO , en lien avec la jurisprudence rendue en matière fiscale; MUSTAKI/URBEN, Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs, in: SJ 2014 II p. 109, p. 161).

Parmi d'autres dispositions, l' art. 678 CO vise à protéger non seulement les créanciers, mais aussi la société elle-même. Le versement de dividendes cachés peut constituer un manquement de l'administrateur à ses devoirs, pouvant donner lieu à une action en responsabilité au sens de l' art. 754 CO (arrêt 4A\_174/2007 du 13 septembre 2007 consid. 4.3.1 et les références citées).

#### **E. 3.9.4.2**

La cour cantonale a constaté de manière à lier le Tribunal fédéral que les augmentations salariales que le recourant s'est accordées étaient manifestement disproportionnées par rapport aux moyens de la société (cf. supra consid. 3.9.3). Il n'apparaît d'aucune manière que le recourant aurait fourni de nouvelles prestations dès 2001, lesquelles justifieraient les augmentations soudaines de 40% puis de 20% supplémentaires. Les circonstances du cas d'espèce permettent de retenir que cette rémunération supplémentaire n'aurait pas été versée à un tiers dans les mêmes conditions. La différence dans les charges d'exploitation, qui influence nécessairement le bilan de la société (diminution de bénéfice d'exploitation ou augmentation des pertes de l'exercice) constitue un dommage. La mauvaise foi du recourant se caractérise notamment par la disproportion flagrante des prestations qu'il s'est octroyées, ce à un moment où sa position au sein de la société était menacée.

Dans la mesure où la société lésée dispose d'un droit civilement protégé à la restitution des montants versés en disproportion évidente avec la contre-prestation fournie en vertu de l'art. 678 al. 2 et 3 CO, la cour cantonale n'a pas méconnu la notion juridique de préjudice patrimonial.

#### **E. 3.9.4.3**

Déterminer l'existence et la quotité du dommage est une question de fait ( ATF 132 III 564 consid. 6.2 p. 576), de sorte que le Tribunal fédéral est lié par le constat de l'existence d'un dommage par la cour cantonale sous réserve d'établissement arbitraire des faits ( art. 105 al. 1 LTF ; cf. arrêt 6B\_211/2012 du 7 septembre 2012 consid. 3.4). Au vu du contexte, de la situation et de la structure de la société ainsi que du montant des augmentations perçues, le recourant échoue à démontrer l'arbitraire du raisonnement cantonal en tant que la cour cantonale arrête le dommage à la part de salaire mensuel excédant 15'000 fr. nets (13 fois l'an), correspondant approximativement au revenu qu'il percevait pour la même activité, au taux de 100% en 2000 (190'996 fr. soit environ 14'696 fr. par mois).

En définitive, il y a lieu d'admettre l'existence d'un préjudice patrimonial au sens de l'art. 158 CP, subi par la société A. \_\_\_\_\_ SA, à hauteur de 161'261 francs.

#### **E. 3.9.5**

Le recourant estime que l'approbation du conseil d'administration pour les exercices 2001 et 2002, d'une part, et pour la conclusion du contrat de travail du 8 novembre 2002, d'autre part, ne permet pas de retenir une lésion patrimoniale. Il oppose également les effets de la décharge donnée par l'assemblée générale pour l'année 2001 et l'absence d'avis donné par l'organe de révision sur ce point (cf. mémoire de recours, ch. III.1.3, p. 13 ss). En réalité, la critique revient à contester l'acte de gestion déloyale sous la forme des augmentations de salaire qu'il s'est attribuées, respectivement par contrat.

L'approbation des autres membres du conseil d'administration est sans pertinence quant à l'acte de gestion déloyale commis au préjudice de la société, ce d'autant que l'approbation de tous les intéressés ne peut pas guérir le caractère indu des prestations (Jean-Luc Chenux, op. cit., n° 54 ad art. 678 CO ; Kurer/Kurer, in Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4è éd. 2012, n° 26 ad art. 678 CO).

En tout état, il est établi et non contesté que, dans les faits, le recourant prenait toutes les décisions relatives à la société. Le conseil d'administration, dont il faisait partie, constitué en outre de deux de ses connaissances, ne se réunissait qu'une fois par année. Les autres membres ne suivaient guère les affaires de la société et ne contestaient jamais son opinion (jugement entrepris, consid. 23.2.1 p. 62), considérant à tort qu'il était l'actionnaire majoritaire de la société, de sorte qu'ils n'avaient pas à s'immiscer dans sa manière de mener les affaires (jugement entrepris, consid. 23.3.3 p. 68). Dans cette configuration, l'approbation du conseil d'administration dont se prévaut le recourant ne lui est d'aucun secours. Par ailleurs, dans la mesure où il est établi que les augmentations que le recourant s'était accordées ne correspondaient à aucune contre-prestation, les autres administrateurs auraient dû intervenir. Aussi, le recourant ne saurait se disculper en soutenant qu'il a agi en commun accord avec les administrateurs, lesquels lui accordaient une quasi-autonomie dans la gestion de l'entreprise (cf. arrêt 6S.187/2004 du 18 février 2005 consid. 3.2.2, sur l'absence d'impact de l'approbation de membres du conseil d'administration sur la réalisation de l'infraction de gestion déloyale).

Le même raisonnement doit être suivi s'agissant de la prétendue absence de signalement de l'organe de révision, élément qui ne ressort au demeurant pas de l'état de fait cantonal ( art. 105 al. 1 LTF ). Au surplus, il est rappelé qu'il n'existe pas de compensation des fautes en droit pénal ( ATF 122 IV 17 consid. 2c/bb p. 24).

Quant à la décharge donnée par l'assemblée générale pour l'année 2001, elle n'apparaît pas dans la décision entreprise, ni dans son principe ni dans ses modalités. Le recourant ne fait pas valoir l'arbitraire de l'omission d'une telle constatation ( art. 106 al. 2 LTF ), de sorte qu'il ne saurait en tirer argument. A supposer qu'une telle décharge avait eu lieu, il est rappelé que les actions cédées par le recourant aux membres de sa famille entre 1993 et 1994, représentant 80% du capital-action de la société, ont été déposées au greffe du Tribunal cantonal valaisan par décision du 22 avril 1998, puis remises à la masse en faillite par jugement du Tribunal cantonal du 22 avril 2002, confirmé par le Tribunal fédéral le 16 août 2002 (cf. jugement entrepris, consid. 6.1 p. 25). Ainsi, la validité d'une décharge accordée avant cette date serait douteuse, ce d'autant que rien ne permet d'affirmer que les montants des augmentations litigieuses étaient connus de l'assemblée générale (cf. art. 758 CO sur les effets de la décharge; Roland Müller,

op. cit. , p. 268).

### **E. 3.9.6**

Sur le plan subjectif, le recourant conteste d'une part, avoir eu conscience de léser ou de porter atteinte aux intérêts de A. \_\_\_\_\_ SA, et d'autre part, d'avoir eu le dessein de s'enrichir illégitimement.

La conscience et la volonté du recourant relatives à sa qualité de gérant et à la violation du devoir de gestion, notamment sur le plan patrimonial, ne sont pas remises en cause.

#### **E. 3.9.6.1**

La cour cantonale a considéré que le recourant connaissait la situation financière de l'entreprise et avait ainsi violé son devoir de diligence et lésé les intérêts financiers de A. \_\_\_\_\_ SA en s'octroyant de 2001 à 2004 un salaire mensuel net de plus de 20'000 francs. Il avait par ailleurs eu l'intention de s'enrichir au détriment de cette dernière dès lors qu'à la suite de l'action révocatoire relative aux actions de la société (introduite en 1998), le recourant savait qu'il pouvait être confronté au risque de se voir évincer de la société par des nouveaux actionnaires. Par le contrat de travail, il s'était assuré des conditions extrêmement favorables, s'accordant ainsi une " dernière fleur " au détriment de A. \_\_\_\_\_ SA. Le fait que le contrat de travail du 8 novembre 2002 ait été établi peu de temps après que les actions étaient tombées en mains de la masse en faillite n'était pas anodin et démontrait clairement son intention de s'enrichir avant la fin de son activité dans l'entreprise (jugement entrepris, consid. 23.3.3, p. 68).

#### **E. 3.9.6.2**

Ainsi que l'a constaté l'autorité cantonale de manière à lier le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), le recourant connaissait la situation financière de la société. Il savait dès lors qu'aucune augmentation massive du chiffre d'affaires de A. \_\_\_\_\_ SA, respectivement de son bénéfice n'était intervenue en 2001, en 2002 ou en 2003. Il a toutefois décidé unilatéralement de s'octroyer une augmentation de salaire de 40% en 2001 puis de 20% supplémentaires en 2002, pour revenir à une rémunération comparable à 2001 en 2003. Il n'a à aucun moment justifié une telle majoration, que ce soit par une croissance particulière

de la société ou par une prestation supplémentaire offerte depuis 2001. Il savait ainsi qu'il s'octroyait soudainement une rémunération singulièrement plus élevée dès 2001, sans fournir de contre-prestation correspondante. Dans ces circonstances, c'est sans arbitraire que la cour cantonale a retenu qu'il avait conscience de léser les intérêts financiers de A.\_\_\_\_\_ SA.

Le recourant ne saurait rien déduire en sa faveur des témoignages élogieux de ses confrères oenologues dans la mesure où ils n'apportent aucun élément sur les prestations fournies à partir de 2001 mais portent sur ses compétences générales. Que A.\_\_\_\_\_ SA n'ait pas dû emprunter de l'argent pour financer son salaire est sans pertinence puisque le dommage patrimonial réside dans la diminution d'actifs. Or, au vu de ce qui précède, le recourant était conscient de cette disproportion. Quant à la volonté de léser les intérêts de la société, le recourant ne conteste pas qu'il avait l'intention de s'enrichir avant la fin de son activité au sein de l'entreprise, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner ce point plus en avant.

### **E. 3.9.7**

Le recourant prétend à titre subsidiaire avoir agi sous l'emprise d'une erreur de droit (cf. mémoire de recours, ch. III.1.5.3, p. 18 s.). Ce faisant, il invoque l'erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP, à teneur duquel, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite, n'agit pas de manière coupable, le juge atténuant la peine si l'erreur était évitable. Celle-ci est à distinguer de l'erreur sur les faits au sens de l'art. 13 al. 1 CP, applicable à celui qui n'a pas connaissance ou qui se base sur une appréciation erronée d'un élément constitutif d'une infraction pénale. L'intention de réaliser la disposition pénale en question fait alors défaut. Dans une telle configuration, l'auteur doit être jugé selon son appréciation erronée, si celle-ci lui est favorable. Les erreurs sur les éléments constitutifs d'une infraction qui impliquent des conceptions juridiques entrent dans le champ de l'art. 13 CP et non de l'art. 21 CP (ATF 129 IV 238 consid. 3.1 et 3.2 p. 240 s. en lien avec les art. 19 et 20 aCP).

L'approbation des administrateurs, respectivement l'absence d'avis du réviseur dont se prévaut le recourant ne permettent pas de considérer qu'il n'était pas conscient de s'accorder des augmentations sans contre-prestation et sans équivalence avec la situation financière de la société. Non seulement pouvait-il savoir qu'il violait ainsi son devoir de gestion et lésait les intérêts de la société, mais il devait le savoir compte tenu de son statut, ce d'autant qu'il jouissait d'une large autonomie et prenait toutes les décisions relatives à la société ainsi que l'a relevé l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF).

Par ailleurs, on ne voit pas dans quelle mesure le recourant pourrait être mis au bénéfice d'une erreur sur l'illicéité sous prétexte que, dans le cadre d'une procédure pénale distincte, clôturée le 4 novembre 2002 et ayant abouti à un jugement de condamnation pour diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et faux dans les titres, les agents de l'Etat ne lui auraient pas fait de remarque relative à son salaire, ce d'autant que le contrat de travail prévoyant l'augmentation de salaire a été établi postérieurement (le 8 novembre 2002).

C'est également en vain que le recourant affirme que la complexité de la méthode suivie pour déterminer le caractère excessif d'un salaire, conduirait à admettre l'erreur sur l'illicéité. En effet, si cette méthode a permis à la cour cantonale d'illustrer d'un point de vue global le caractère excessif de l'augmentation du revenu, elle n'a en fin de compte pas été retenue pour la qualifier. A cet égard, il est rappelé que l'acte reproché réside dans

l'augmentation importante, soudaine et sans contre-prestation du salaire en rapport avec les années précédentes. L'opinion d'un témoin entendu dans le cadre de la procédure d'instruction sur la question du montant général du salaire n'est d'aucun secours au recourant, pour les mêmes raisons.

Son grief doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

### **E. 3.9.8**

Se rapportant à la jurisprudence selon laquelle le gérant qui, en qualité d'actionnaire et d'administrateur unique, dispose à son profit de biens sociaux ne tombe pas sous le coup de l'art. 158 CP lorsque le capital social reste couvert (cf. ATF 117 IV 259), le recourant reproche à la cour cantonale de ne pas avoir retenu que A. \_\_\_\_\_ SA était une entreprise de nature familiale, ce qui exclurait la condamnation pour gestion déloyale (cf. mémoire de recours, ch. III.1.6 p. 19 ss).

L'autorité précédente a rejeté la qualification de A. \_\_\_\_\_ SA de société anonyme familiale notamment en raison du fait que C. \_\_\_\_\_ avait acquis, en 1994, 20% des actions de la société pour un prix de 125'000 fr. et entendait obtenir un retour sur investissement. En outre, il ressortait d'une condamnation pénale et d'une décision en matière de poursuites et faillite (admission de l'action révocatoire), que c'était par des actes illicites que le recourant était parvenu à maintenir en mains de sa famille le 80% du capital social de A. \_\_\_\_\_ SA, de sorte qu'au jour du prononcé de sa faillite personnelle, soit le 23 mai 1995, ces actions auraient dû tomber dans la masse en faillite, ce que savait le recourant. A partir de ce moment-là, il ne pouvait ignorer qu'il avait l'obligation de gérer la société en préservant les intérêts des créanciers.

Tant les critiques relatives au rôle et à la volonté de C. \_\_\_\_\_, que celles en lien avec les actions détenues par son ex-épouse et leurs enfants jusqu'en 2002 tombent à faux, dès lors que le recourant méconnaît les principes posés par l'ATF 117 IV 259. En réalité, il cherche à étendre la portée de cet arrêt aux proches de la famille, en suggérant faussement que ces derniers n'auraient pas de prétention à l'égard de la société. Cette jurisprudence s'applique à l'actionnaire et administrateur unique d'une société formée par une seule personne dès lors que, dans une telle configuration, à défaut de prendre en considération la protection de l'actionnaire, il reste celle de ses employés et de ses créanciers actuels ou futurs (cf. consid. 5a). Or en l'occurrence, le recourant n'était pas administrateur unique, pas plus qu'il n'était le seul actionnaire, de sorte qu'il ne saurait rien déduire en sa faveur des principes dégagés par cette jurisprudence, indépendamment de la qualité des autres administrateurs et actionnaires.

Au vu de ce qui précède, le recourant ne saurait invoquer le régime de l'erreur (sur les faits ou sur l'illicéité) en prétendant qu'il considérait que A. \_\_\_\_\_ SA constituait une société de famille (mémoire de recours, ch. III.1.7, p. 22).

### **E. 3.9.9**

Toujours en lien avec sa condamnation pour s'être octroyé des augmentations de salaire injustifiées dès 2001, le recourant s'en prend à l'établissement des faits et l'appréciation des preuves. Il taxe le raisonnement de la cour cantonale d'arbitraire en tant qu'elle s'est abstenue de requérir une première expertise en vue de déterminer s'il existait une lésion des intérêts de la société anonyme et d'autre part pour qualifier son salaire (cf. mémoire de recours, ch. III.1.8, p. 23 ss).

Selon la cour cantonale, rien ne permettait de douter des comptes établis par le nouveau conseil d'administration dès lors que la comptabilité avait été révisée et l'organe de révision avait proposé à l'assemblée générale de les approuver et qu'au demeurant, le recourant avait reconnu implicitement avoir procédé à des dissolutions de réserves pour s'octroyer des gratifications supplémentaires. En tout état, dans la mesure où la jurisprudence applicable à la société formée d'un administrateur et actionnaire unique ( ATF 117 IV 259 ) n'intervenait pas dans le cas d'espèce, il n'était pas nécessaire de déterminer si le capital social demeurait couvert.

Dans la mesure où l'existence d'un préjudice est établie en l'espèce (cf. supra consid. 3.9.3 et 3.9.4), il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur les développements visant à souligner la nécessité d'une expertise pour étudier minutieusement la situation financière de la société, en particulier s'agissant de la dissolution des réserves. En effet, un tel acte d'instruction serait sans pertinence pour mettre en doute l'existence d'une diminution des actifs, respectivement d'une augmentation des passifs.

En tant que le recourant prétend que le salaire qu'il s'est versé depuis 2001 ne saurait être qualifié d'excessif sans expertise à l'appui, il omet à nouveau que ce n'est pas le montant global de sa rémunération en tant que valeur absolue qui est mis en cause mais l'augmentation soudaine de celle-ci, sans contre-prestation équivalente. En ce sens, il ne tente pas de démontrer la nécessité d'une expertise. Son grief doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

### **E. 3.10**

Le recourant s'en prend à sa condamnation pour gestion déloyale aggravée en lien avec le financement de rachat d'années de cotisation LPP, en date du 23 décembre 2002, pour une valeur de 100'000 fr., par le biais de

bonus octroyés en 2001 et 2002 par A. \_\_\_\_\_ SA (mémoire de recours, ch. III.2.3 p. 31 ss).

#### **E. 3.10.1**

La cour cantonale a retenu que le montant des bonus provenait de la dissolution des réserves de stock marchandise. Le recourant avait perçu un bonus de 45'000 fr. nets pour l'année 2001 puis un autre d'une valeur de 62'500 fr. pour 2002. Sur sa feuille de paie 2002, figurait la somme brute de 47'897 fr. 85 au titre de participation sur le chiffre d'affaires, soit 45'000 fr. nets. Sur le certificat de salaire 2001-2002 que le recourant a signé, un revenu brut de 380'905 fr. comprenant la somme de 47'897 fr. 85, était mentionné pour l'année 2002. Par ailleurs, selon l'extrait de compte de A. \_\_\_\_\_ SA 2003, le 15 janvier 2003, la société avait comptabilisé un bonus de 62'500 fr. pour 2002 en faveur du recourant. Une fiche de caisse mentionnait que cette somme avait été créditée en sa faveur le 15 janvier 2003 à titre de " Part. chiffre aff. ", le solde de caisse passant de 70'990 fr. à 8'490 francs.

Sur un brouillon de la déclaration d'impôts 2002, figurait une note manuscrite du recourant sous la rubrique " revenus et charges extraordinaires; autres prestations ", le montant de 107'500 fr., un chiffre de 45'000 fr. ayant été préalablement biffé. Ce montant total correspondait exactement à la somme des montants de 45'000 fr. et 62'500 fr. que A. \_\_\_\_\_ SA affirmait avoir versé pour ces deux années. Le procès-verbal de taxation ordinaire 2002 pour les revenus extraordinaires mentionnait une participation sur chiffre d'affaires de 102'500 fr. sous la forme de "bonus 2001 + 2002 ". Enfin, le recourant avait

reconnu à demi-mot avoir touché un bonus de 100'000 fr. pour l'année 2002 (jugement entrepris, consid. 16.1.4, p. 48).

En finançant le rachat d'années de cotisation à l'aide des bonus qu'il s'était personnellement versés, alors que la situation financière de la société ne permettait pas l'octroi de tels versements, le recourant avait violé tant son devoir de diligence d'administrateur et de directeur que son devoir de fidélité d'employé de la société et avait porté atteinte aux intérêts financiers de cette dernière en s'enrichissant de manière illégitime.

### **E. 3.10.2**

En se contentant d'alléguer qu'une lecture des relevés de compte aurait suffi de constater qu'il n'y a pas eu de versement d'un montant de 100'000 fr., ce qu'une expertise aurait prouvé, le recourant échoue à démontrer l'arbitraire des constatations cantonales. En effet, il ne s'en prend d'aucune manière à l'appréciation des documents examinés par l'autorité précédente et des déclarations du recourant, lesquels permettent, sans arbitraire, de retenir qu'à tout le moins un montant de 100'000 fr. lui avait été versé à titre de bonus.

Ses développements tendant à justifier son impossibilité de contester la décision de taxation d'office sont irrecevables car ils se fondent sur l'allégation de faits qui ne ressortent pas du jugement entrepris et dont le recourant n'établit pas l'arbitraire de leur omission. Ils sont au demeurant dénués de pertinence car impropres à remettre en cause le versement de ce montant.

Le recourant n'est pas recevable à contester sa condamnation par la simple affirmation qu'un bonus de 100'000 fr. (respectivement de 107'500 fr.) n'avait rien de disproportionné (cf. mémoire de recours, ch. III.2.3.2, p. 33). Faute de toute motivation, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur ce point ( art. 42 al. 2 LTF ). Pour le surplus, dans la mesure où les bonus octroyés s'ajoutent à des augmentations de salaire jugées injustifiées, à une période délicate tant au regard de la situation financière de la société que de la stabilité du poste du recourant, il est renvoyé au consid. 3.9 relatif aux prestations indues.

### **E. 3.10.3**

Le recourant conteste l'octroi de l'entier des conclusions civiles à A. \_\_\_\_\_ SA en lien avec ce poste (soit 100'000 fr.), prétendant que le montant de 47'897 fr. 85 correspondant au bonus brut versé en 2002 se recouperait avec le salaire brut retenu pour cette même année par la cour cantonale, soit 380'905 francs. Le montant de 47'897 fr. 85 serait ainsi restitué doublement à la société, une première fois au titre de salaire excessif et une seconde au titre de bonus (cf. mémoire de recours, ch. III.2.3.3, p. 33).

Or, si la cour cantonale a effectivement retenu un salaire brut de 380'905 fr. pour l'année 2002 dans le cadre de la démonstration du caractère excessif de la rémunération du recourant à l'aide de la méthode fiscale (cf. jugement entrepris, consid. 23.3.2 p. 67), ce n'est toutefois pas sur ce montant qu'elle a alloué les prétentions civiles à A. \_\_\_\_\_ SA relatives au poste " salaires ". En effet, elle a finalement considéré, en application de

l'interdiction de la reformatio in pejus, que la part de salaire excessif pour l'année 2002 était de 70'003 [recte: 77'003] fr. sur un salaire de 318'808 fr., hors bonus, arrêté par les juges de première instance (cf. jugement entrepris, consid. 23.3.3 p. 68 et jugement de première instance, consid. 29 p. 57 s.). Dans la mesure où l'excédant de salaire retenu pour 2002 ne comprenait pas le montant du bonus, le recourant se méprend lorsqu'il prétend avoir été condamné au

remboursement de 47'897 fr. 85 à deux titres. Infondé, son grief doit être rejeté.

### **E. 3.11**

A juste titre, le recourant renonce expressément à contester sa condamnation en lien avec l'appropriation du produit de vente de certaines bouteilles (cf. mémoire de recours, ch. III.9, p. 57). Un tel grief serait en tout état irrecevable, faute d'avoir été soulevé en instance cantonale (cf. art. 80 al. 1 LTF).

### **E. 4**

Le recourant fait valoir, subsidiairement, que certains faits reprochés au titre de gestion déloyale aggravée sont prescrits.

#### **E. 4.1.1**

Selon l'art. 2 al. 1 CP, la loi pénale ne s'applique qu'aux faits commis après son entrée en vigueur (principe de la non-rétroactivité de la loi pénale). Cependant, en vertu de l'art. 2 al. 2 CP, une loi nouvelle s'applique aux faits qui lui sont antérieurs si, d'une part, l'auteur est mis en jugement après son entrée en vigueur et si, d'autre part, elle est plus favorable à l'auteur que l'ancienne (exception de la

lex mitior). Il en découle que l'on applique en principe la loi en vigueur au moment où l'acte a été commis, à moins que la nouvelle loi ne soit plus favorable à l'auteur. La règle de la

lex mitior constitue une exception au principe de non-rétroactivité. Elle se justifie par le fait qu'en raison d'une conception juridique modifiée le comportement considéré n'apparaît plus ou apparaît moins punissable pénalement (ATF 134 IV 82 consid. 6.1 p. 86 s.).

L'art. 389 CP est une concrétisation du principe de la

lex mitior (cf. art. 2 al. 2 CP) s'agissant de la prescription. Selon cet article, les dispositions du nouveau droit concernant la prescription de l'action pénale sont applicables aux infractions commises avant l'entrée en vigueur du nouveau droit si elles sont plus favorables à l'auteur que celles de la loi ancienne. Si, au contraire, la loi nouvelle fixe un délai de prescription plus long, on appliquera la loi ancienne à une infraction commise sous son empire (principe de la non-rétroactivité; cf. ATF 129 IV 49 consid. 5.1 p. 51).

La détermination du droit le plus favorable s'effectue par une comparaison concrète de la situation de l'auteur, suivant qu'il est jugé à l'aune de l'ancien ou du nouveau droit. Doivent en principe être examinées au premier chef les conditions légales de l'infraction litigieuse. Lorsque le comportement est punissable tant en vertu de l'ancien que du nouveau droit, il y a lieu de procéder à une comparaison d'ensemble des sanctions encourues. L'importance de la peine maximale joue un rôle décisif. Toutes les règles applicables doivent cependant être prises en compte, notamment celles relatives à la prescription et, le cas échéant, au droit de porter plainte (ATF 135 IV 113 consid. 2.2 p. 114; 134 IV 82 consid. 6.2.1 p. 87 s. et les références citées). Par ailleurs, l'ancien et le nouveau droit ne peuvent être combinés. Ainsi, on ne saurait, à raison d'un seul et même état de fait, appliquer l'ancien droit pour déterminer quelle infraction a été commise et le nouveau droit pour décider si et comment l'auteur doit être puni. En revanche, si l'auteur a commis plusieurs infractions indépendantes qui sont punissables pénalement, il convient d'examiner séparément, en relation avec chacune des infractions, lequel de l'ancien ou du nouveau droit est le plus favorable (ATF 134 IV 82 consid. 6.2.3 p. 88 s. et l'arrêt cité).

Les dispositions en matière de prescription ont été modifiées par la loi du 5 octobre 2001, entrée en vigueur le 1er octobre 2002 (RO 2002 2993 2996). Avec la révision de la partie générale du code pénal, en vigueur depuis le 1er janvier 2007 (RO 2006 3459), les dispositions sur la prescription figurent désormais, sans nouvelle modification, aux art. 97 ss CP .

#### **E. 4.1.2**

Sous l'ancien droit, l'action pénale se prescrivait par dix ans si l'infraction était passible - comme en l'espèce la gestion déloyale aggravée - de l'emprisonnement pour plus de trois ans ou de la réclusion (prescription relative; ancien art. 70 CP ). Ce délai était toutefois interrompu par tout acte d'instruction d'une autorité chargée de la poursuite ou par toute décision du juge dirigée contre l'auteur (ancien art. 72 ch. 2 al. 1 CP ). A chaque interruption, un nouveau délai commençait à courir. Néanmoins, l'action pénale était en tout cas prescrite lorsque le délai ordinaire était dépassé de moitié, soit au bout de quinze ans (prescription absolue; ancien art. 72 ch. 2 al. 2 CP ). Selon la jurisprudence, la prescription de l'action pénale cessait de courir après le prononcé d'un jugement de condamnation si celui-ci était exécutoire et ne pouvait plus faire l'objet que d'une voie de recours extraordinaire analogue au pourvoi en nullité fédéral ( ATF 127 IV 220 consid. 2 p. 224; 121 IV 64 consid. 2 p. 65 et les références citées).

Les nouvelles dispositions sur la prescription, entrées en vigueur le 1er octobre 2002, ont supprimé la suspension et l'interruption de la prescription et, en contrepartie, allongé les délais de prescription. Pour les infractions punissables d'une peine privative de liberté de plus de trois ans - telles que la gestion déloyale aggravée - le délai de prescription est de quinze ans ( art. 97 al. 1 let. b CP ). En outre, la prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu ( art. 97 al. 3 CP ).

#### **E. 4.1.3**

Les infractions dont la prescription est discutée ont été commises du 20 février 1997 au 28 mars 2002 s'agissant de l'avion Beechcraft, du 1er août 1999 au mois de février 2004 s'agissant de l'occupation de l'appartement aux frais de la société et de 1995 au mois de février 2004 pour l'utilisation des services d'employées de la société. Elles portent sur une période couverte tant par l'ancien que le nouveau droit et ont été jugées en première instance sous l'empire du nouveau droit.

Or, en l'espèce, l'application de l'ancien ou du nouveau droit ne conduit pas à une solution différente s'agissant de la durée du délai de prescription. Celle-ci est de 15 ans sous les deux régimes, dès lors qu'il n'est pas contesté que le délai de prescription relatif a été régulièrement interrompu (cf. ancien art. 70 et 72 ch. 2 CP ).

Comme il sera vu ci-après, les actes de gestion déloyale doivent être considérés comme des unités pour chaque type de comportement incriminé, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner à quel moment la prescription aurait définitivement cessé de courir pour chaque acte, sous l'ancien et sous le nouveau droit. Dans ce sens, l'affirmation du recourant selon laquelle, la prescription ne cessait de courir qu'au moment du jugement de deuxième instance, tombe à faux.

#### **E. 4.2**

Aux termes de l' art. 98 let. b CP (ancien art. 71 al. 2, puis 71 let. b CP), la prescription court dès le jour du dernier acte si l'activité coupable de l'auteur s'est exercée à plusieurs

reprises. La jurisprudence au sujet de cette disposition a évolué au fil du temps, le Tribunal fédéral abandonnant la notion de délit successif au profit de celle d'unité du point de vue de la prescription. Cette dernière notion a ensuite été remplacée par la figure de l'unité juridique ou naturelle d'actions (cf. ATF 131 IV 83 consid. 2.4.3 à 2.4.5 p. 92 ss).

L'unité juridique d'actions existe lorsque le comportement défini par la norme présuppose, par définition, la commission d'actes séparés, tel le brigandage ( art. 140 CP ), mais aussi lorsque la norme définit un comportement durable se composant de plusieurs actes, par exemple les délits de gestion fautive ( art. 165 CP ), ou de services de renseignements politiques ou économiques ( art. 272 et 273 CP ; ATF 132 IV 49 consid. 3.1.1.3 p. 54; 131 IV 83 consid. 2.4.5 p. 93 s.).

L'unité naturelle d'actions existe lorsque des actes séparés procèdent d'une décision unique et apparaissent objectivement comme des événements formant un ensemble en raison de leur relation étroite dans le temps et dans l'espace. Elle vise ainsi la commission répétée d'infractions - par exemple, une volée de coups - ou la commission d'une infraction par étapes successives - par exemple, le sprayage d'un mur avec des graffitis pendant plusieurs nuits successives - une unité naturelle étant cependant exclue si un laps de temps assez long s'est écoulé entre les différents actes, quand bien même ceux-ci seraient liés entre eux ( ATF 132 IV 49 consid. 3.1.1.3 p. 54 s.; 131 IV 83 consid. 2.4.5 p. 94). La notion d'unité naturelle d'action n'emporte pas conviction auprès de la doctrine, qui estime que ses contours demeurent vagues (Matthias Zurbrügg, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3ème éd. 2013, ad art. 98 n° 24). Cette notion doit être interprétée restrictivement, pour éviter de réintroduire sous une autre forme la figure du délit successif ou celle d'unité du point de vue de la prescription. Elle ne sera donc admise qu'à la double condition que les faits punissables procèdent d'une décision unique et se traduisent, dans le temps et dans l'espace, par des actes suffisamment rapprochés pour former un tout (cf. arrêt 6S.397/2005 du 15 novembre 2005 consid. 2.3.2; et les références aux ATF 118 IV 91 consid. 4a p. 93; 111 IV 144 consid. 3b p. 149).

#### **E. 4.2.1**

La jurisprudence qui prévoyait la figure de l'unité sous l'angle de la prescription, visait à déterminer dans quels cas plusieurs actes punissables apparaissaient suffisamment liés entre eux pour justifier que la prescription ne commence à courir qu'avec le dernier acte délictueux (cf. ATF 117 IV 408 consid. 2.f.aa p. 413). Le Tribunal fédéral avait alors considéré que le délai de prescription ne devait commencer à courir qu'à partir du moment où le dernier acte délictueux était commis en cas d'unité, soit lorsque les infractions étaient de même nature, qu'elles étaient commises au préjudice du même bien juridique et qu'elles constituaient un comportement illicite durable (cf. ATF 117 IV 408 consid. 2.f.bb p. 413 s.). Dans le cas concret, il avait admis l'unité du point de vue de la prescription pour plusieurs actes de gestion déloyale aggravée puisque ceux-ci étaient dirigés contre le même bien juridique, le lésé était le même et le prévenu avait par ailleurs adopté un comportement illicite durable (cf. ATF 117 IV 408 consid. 2.g p. 414). Malgré l'abandon de la figure de l'unité du point de vue de la prescription ( ATF 131 IV 83 ), la doctrine s'exprimant sur la question de la prescription en matière de gestion déloyale estime que le point de départ doit correspondre au moment où l'auteur cesse son comportement durablement illicite, quand bien même il ne s'agirait pas d'un délit continu (Trechsel/ Cramer in: Trechsel/Vest, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2e éd. 2013, n° 15 ad art. 158 CP ).

#### **E. 4.2.2**

A teneur de l' art. 98 let . c CP (cf. ancien art. 71 al. 3 CP ), la prescription court dès le jour où les agissements coupables ont cessé s'ils ont eu une certaine durée. On parle alors d'infraction continue, en ce sens que les actes qui créent la situation illégale forment une unité avec les actes qui la perpétuent ou avec l'omission de la faire cesser, pour autant que le comportement visant au maintien de l'état de fait délictueux soit expressément ou implicitement contenu dans les éléments constitutifs de l'infraction ( GILBERT KOLLY, in Commentaire romand, Code pénal I, 2009, ad art. 98 CP n° 28).

#### **E. 4.3**

Se fondant sur l' art. 98 let. b CP , la cour cantonale a retenu que les actes reprochés en lien avec l'avion Beechcraft, l'occupation de l'appartement, ainsi que l'utilisation des services d'employées de la société constituaient des infractions continues, de sorte que le délai de prescription commençait à courir à partir du dernier acte (cf. jugement entrepris, consid. 22.2 in fine p. 58; 23.2.1 in fine p. 63; 23.5.3 p. 71; 23.7.3 p. 74). Ce faisant, elle a confondu les notions d'infractions commises à plusieurs reprises ( art. 98 let. b CP ; ancien art. 71 al. 2 CP ) et le délit continu ( art. 98 let . c CP; ancien art. 71 al. 3 CP ). Cela n'a toutefois pas d'influence sur le

dies a quo du délai de prescription pour les motifs suivants, étant rappelé que l'autorité amenée à faire application de l'ancien droit doit appliquer la jurisprudence actuelle, une nouvelle jurisprudence étant en règle générale applicable immédiatement à toutes les procédures pendantes ou futures ( ATF 135 II 78 consid. 3.2 p. 85; cf. ATF 133 I 270 consid. 1.2.2 p. 274).

#### **E. 4.4**

S'agissant des actes reprochés en lien avec

l'avion Beechcraft , il y a lieu d'admettre, selon l'interprétation jurisprudentielle la plus récente de l' art. 98 let. b CP , l'existence d'une unité naturelle d'actions. En effet, le recourant a lésé le même bien juridiquement protégé (les intérêts financiers de A. \_\_\_\_\_ SA), en lui faisant supporter des dépenses de même nature (frais d'entretien et primes d'assurance), se rapportant au même objet, à des intervalles réguliers, étant précisé que les primes payées découlaient du même contrat d'assurance qui a perduré de 1997 à 2002 (cf. art. 105 al. 1 LTF ). Les actes appréhendés procèdent d'une décision unique consistant pour le recourant à mettre à la charge de la société tous les frais d'entretien et d'assurance d'un avion dont il disposait à sa guise à des fins privées. Ces actes apparaissent objectivement comme des évènements appartenant à un ensemble en raison de leur étroite relation dans le temps et dans l'espace, dans la mesure où ces dépenses régulières et de même nature, étaient systématiquement mises à la charge de la société (cf. ATF 131 IV 83 consid. 2.4.5 p. 94).

La configuration d'espèce se distingue de celle examinée dans l'arrêt 6S.187/2004, où l'unité n'a pas été retenue, car chaque acte de gestion déloyale (remise d'intérêts) constituait un acte séparé, qui s'adressait à des débiteurs distincts et à des moments différents (arrêt 6S.187/2004 du 18 février 2005 consid. 4.3). Elle diffère également de l'état de fait retenu dans l'arrêt 6S.480/2004, impliquant une trentaine d'importations frauduleuses commises à répétées reprises en l'espace de moins de deux mois, chaque importation constituant un acte séparé ponctuel (arrêt 6S.480/2004 du 9 mars 2005 consid. 8.3.3).

Partant, c'est à juste titre que l'autorité précédente a fixé le point de départ du délai de prescription en mars 2002, date du dernier acte en lien avec le paiement par la société des frais d'entretien et d'assurance de l'avion Beechcraft. Le délai de prescription de l'action pénale en matière de gestion déloyale qualifiée étant de 15 ans sous l'ancien comme sous le nouveau droit (cf. supra, consid. 4.1.3), l'infraction reprochée n'était pas prescrite lors du prononcé du jugement cantonal sur appel le 24 février 2014, date déterminante au regard de l'ancien droit, nonobstant recours en matière pénale (cf. arrêts 6B\_440/2008 du 11 novembre 2008 consid. 3.3; 6B\_406/2008 du 12 décembre 2008 consid. 2; 6B\_811/2010 du 23 août 2012 consid. 1).

#### **E. 4.5**

Quant au versement du salaire aux

employées de la société A. \_\_\_\_\_ SA pour des tâches ménagères effectuées au domicile du recourant plusieurs fois par semaine (cf. jugement entrepris, consid. 15.1, p. 46), jusqu'à février 2004 (à partir de 1995 pour une employée et dès 1999 pour l'autre), il y a également lieu d'admettre l'unité naturelle d'actions pour chacune des employées. En effet, les prestations salariales procèdent d'une décision unique relative à chaque employée et apparaissent objectivement comme des événements appartenant à un ensemble en raison de leur étroite relation dans le temps et dans l'espace. Pour ce poste, le patrimoine lésé chaque mois était celui de la société A. \_\_\_\_\_ SA, pour des dépenses de même nature, lesquelles se rapportaient à des mêmes prestations, fournies par les mêmes personnes. Les dépenses découlaient de la même relation contractuelle, pour chacune des employées.

Le délai de prescription de 15 ans ayant commencé à courir en février 2004, l'infraction en cause n'était pas prescrite lors du jugement de deuxième instance (cf.

supra consid. 4.4

in fine ).

#### **E. 4.6**

Le raisonnement peut être nuancé s'agissant de l'occupation à des fins privées de

locaux financés par la société. En sa qualité de gérant, le recourant a violé son devoir de diligence et de fidélité en mettant à la charge de la société, un appartement occupé à des fins privées, par la conclusion d'un contrat de bail à l'insu du conseil d'administration. La situation illégale ainsi créée était maintenue par l'omission de la faire cesser. En effet, en demeurant avec sa famille dans l'appartement financé par la société, le recourant a maintenu l'état de fait délictueux implicitement contenu dans les éléments constitutifs de la gestion déloyale aggravée en augmentant le dommage, respectivement son enrichissement, par la mise à la charge de la société du paiement mensuel du loyer. Aussi, dans la configuration d'espèce, l'infraction en cause résulte d'une activité coupable d'une certaine durée au sens de l' art. 98 let . c CP, le délai de prescription commençant à courir au moment où celle-ci a cessé (cf. ATF 134 IV 307 consid. 2.4 p. 311 ss, s'agissant de la violation de l'obligation de diligence dans les opérations financières se caractérisant comme un délit continu).

En tout état, l'infraction en cause procède d'une seule décision prise au moment de la conclusion du contrat de bail en 1999, voire au moment de la prise de possession des locaux à des fins privées. Le patrimoine lésé chaque mois était celui de la société A. \_\_\_\_\_ SA, pour des dépenses de même nature, soit le loyer et les frais accessoires, lesquelles se

rapportaient à un même objet. Les dettes étaient exigibles régulièrement et découlaient du même contrat de bail signé en mai 1999 (cf. jugement entrepris, consid. 14, p. 45). Aussi, que ce soit sous l'angle de l' art. 98 let. b CP , interprété à la lumière de la jurisprudence actuelle, ou de l' art. 98 let . c CP (cf. ancien art. 71 al. 2 ou 3 CP ), le délai de prescription de 15 ans a commencé à courir en février 2004, de sorte qu'il n'était pas échu au moment du prononcé du jugement entrepris (cf.

supra consid. 4.4

in fine ).

## **E. 5**

Le recourant s'en prend à plusieurs égards à sa condamnation du chef de banqueroute frauduleuse ( art. 163 ch. 1 CP ) pour avoir constitué la Fondation O.\_\_\_\_\_ et avoir transféré à cette fondation les droits de fondateur sur l'Anstalt Y.\_\_\_\_\_ (cf.

supra consid. D.c). Il fait valoir que les droits de fondateur sur Y.\_\_\_\_\_ sont, par nature, insaisissables, conformément au droit du Liechtenstein, et ne peuvent donc tomber dans la masse, de sorte que toute infraction de banqueroute frauduleuse est exclue; de toute façon, il aurait cédé ces droits de fondateur à D.\_\_\_\_\_, par convention en 1989.

### **E. 5.1**

Se rend coupable de banqueroute frauduleuse au sens de l' art. 163 ch. 1 CP le débiteur qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, aura diminué fictivement son actif, notamment en distrayant ou en dissimulant des valeurs patrimoniales, s'il a été déclaré en faillite.

#### **E. 5.1.1**

Par le terme actif, on vise l'ensemble du patrimoine du débiteur, soumis à la procédure d'exécution forcée, en vue de désintéresser les créanciers; en sont exclus les biens qui sont insaisissables en raison de leur nature ou d'une disposition spéciale ( ATF 103 IV 227 consid. p. 233).

#### **E. 5.1.2**

Il y a diminution fictive de l'actif lorsque le débiteur met en danger les intérêts de ses créanciers non pas en aliénant les biens sur lesquels ils ne pourront plus exercer directement leur mainmise, mais en les trompant sur la substance ou la valeur de son patrimoine, c'est-à-dire en créant l'apparence que ses biens sont moindres, ou ses dettes plus importantes, qu'ils ne sont en réalité (arrêt 6S.438/2005 du 28 février 2006 consid. 3 et les références citées). L' art. 163 CP mentionne différentes formes de diminution fictive du patrimoine: la distraction ou la dissimulation de valeurs patrimoniales, le fait d'invoquer des dettes supposées, ainsi que la reconnaissance de créances fictives.

La distraction - qui a été retenue en l'espèce - vise le cas où le débiteur met hors d'atteinte des biens qui servent à désintéresser les créanciers. Par exemple, l'auteur transfère ou attribue faussement ses propres valeurs patrimoniales à un tiers. Un cas particulier de distraction consiste dans le transfert des actifs de la société faillie à une " société-écran " ( DUPUIS ET AL., Petit commentaire du Code pénal, 2012, n° 9 ad art. 163 CP ; ATF 93 IV 16 consid. 1b p. 18; 85 IV 217 ).

#### **E. 5.1.3**

Le comportement visé par l' art. 163 CP n'est punissable que lorsqu'il est commis intentionnellement. L'intention doit porter tant sur l'acte que sur le résultat, à savoir le préjudice subi par le créancier quant au recouvrement de sa créance. Le dol éventuel est suffisant ( DUPUIS ET AL., op. cit. , n° 14 ad art. 163 CP ).

#### **E. 5.1.4**

La déclaration de faillite est une condition objective de punissabilité. L'intention de l'auteur ne doit donc pas nécessairement porter sur cet élément. Il n'est pas non plus exigé de rapport de causalité entre le comportement fautif et la survenance de la faillite (arrêt 6B\_575/2009 du 14 janvier 2010 consid. 1.2.3).

#### **E. 5.2**

En l'espèce, pour déterminer s'il y a eu banqueroute frauduleuse, il convient de déterminer, au préalable, si le recourant était titulaire des droits de fondateur sur Y. \_\_\_\_\_ ou s'il les avait cédés à sa compagne, D. \_\_\_\_\_, par convention du 15 janvier 1989. En cas de cession valable, il y aura lieu d'examiner si ces droits de fondateur ont été restitués au recourant, en application de cette convention, lors de son divorce d'avec D. \_\_\_\_\_, prononcé le 24 octobre 2002.

#### **E. 5.2.1**

En raison du siège à l'étranger de Y. \_\_\_\_\_, l'affaire revêt un caractère international ( ATF 137 III 481 consid. 2.1 p. 483). Il convient dès lors d'examiner la question du droit applicable au litige, en fonction de la loi du for, à savoir de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP, RS 291; ATF 137 III 481 consid. 2.1 p. 483). Dans le jugement attaqué, la cour cantonale a considéré que l'application du droit étranger pouvait être écartée en vertu de l'ordre public négatif (jugement entrepris, consid. 25.1, p. 79). Se fondant sur la théorie de la transparence (en droit suisse), elle a nié toute portée juridique à la cession de 1989, affirmant que le recourant avait continué à agir comme s'il était le fondateur de Y. \_\_\_\_\_ et le propriétaire économique de la maison; elle a ajouté que, dans tous les cas, dès la séparation du couple, les droits de fondateur étaient revenus en pleine propriété au recourant. Pour celui-ci, il convient, en revanche, d'examiner le contenu du droit liechtensteinois, notamment en relation avec la nature des droits de fondateur sur Y. \_\_\_\_\_ et la théorie de la transparence.

#### **E. 5.2.2**

L'examen du droit applicable au litige se fera au regard des règles de conflits de la LDIP, en particulier à la lumière des art. 150 ss LDIP . En effet, l' art. 150 al. 1 LDIP englobe dans la notion de société, outre la « société de personne organisée », « tout patrimoine organisé », dont font partie notamment les fondations et les " Anstalten " (von Planta/Eberhard, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3e éd., 2013, n° 10 ad art. 150 LDIP ; Bernard Dutoit, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4e éd, 2005, n° 5 ad art. 150 LDIP ; Florence Guillaume, in: Commentaire romand, Loi sur le droit international privé suisse, 2011, n° 7 ad art. 150 LDIP ).

Selon l' art. 154 al. 1 LDIP , les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit. Le domaine du droit applicable au statut de la société est décrit largement par la loi ( art. 155 let. a-i LDIP ). Le but de la réglementation légale est de

donner au statut de la société un domaine d'application aussi large que possible (Message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255 ss, 429). Sous réserve des rattachements spéciaux, le statut de la société régit toutes les questions juridiques liées au rapports internes et externes ( ATF 128 III 346 consid. 3.1.3 p. 349). On pense notamment à l'acquisition, à la modification ou à la perte de la qualité de membre, ainsi qu'aux modes de transfert de la qualité de membre (Bernard Dutoit,

op. cit. , n° 8 ad art. 155 LDIP ).

### **E. 5.2.3**

En l'espèce, Y. \_\_\_\_\_, qui a son siège au Liechtenstein, est organisée selon le droit liechtensteinois. Il n'est pas contesté qu'elle a été valablement constituée selon ce droit et qu'elle répond aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit. En application de la norme de conflit ancrée à l' art. 154 al. 1 LDIP , elle est donc gouvernée par le droit du Liechtenstein. Les droits de fondateur ne sont pas des droits de créance classique, mais peuvent être assimilés à des droits de membre (Mitgliedschaftsrechte; Graziella Marok, Die privatrechtliche liechtensteinische Anstalt unter besonderer Berücksichtigung der Gründerrechte, thèse 1994, p. 76 s., 81, 121). La validité de la convention de cession de 1989 et l'existence d'un éventuel acte simulé doivent donc être examinées au regard du droit liechtensteinois. En appliquant le droit suisse, la cour cantonale a transgressé les art. 150 ss LDIP , qui lui imposaient d'appliquer le droit liechtensteinois.

Dès l'instant où la cour cantonale n'a pas appliqué du tout le droit étranger désigné par le droit international privé suisse, le Tribunal fédéral ne peut qu'annuler le jugement attaqué et renvoyer l'affaire à la cour cantonale pour nouvelle décision. Il n'appartient pas à la juridiction fédérale d'appliquer le droit étranger en première et dernière instance (cf. ATF 127 III 123 consid. 2f p. 126; 121 III 246 consid. 3d p. 248, 436 consid. 6 p. 440). Il incombera à la cour cantonale d'examiner, sous l'angle du droit liechtensteinois, la nature des droits de fondateur, cas échéant, la validité de la cession par convention de 1989. Ensuite seulement il s'agira d'examiner la nécessité d'appliquer l' art. 17 LDIP en vertu de l'ordre public suisse (sur cette question, cf.

infra consid. 10.2.2 en lien avec la dévolution de l'immeuble J. \_\_\_\_\_ à la masse en faillite).

Le recours doit être admis sur ce point.

### **E. 6**

En tant que le recourant affirme que l' art. 52 CP aurait induit que l'on renonce totalement à une poursuite pénale, il ne motive d'aucune manière son grief, de sorte qu'il est irrecevable au regard de l' art. 42 al. 2 LTF .

Faute de grief, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur la conclusion du recourant en libération d'une indemnité à titre de dépens en faveur de K. \_\_\_\_\_ et de A. \_\_\_\_\_ SA et sur celle relative aux dépens de première et deuxième instances.

### **E. 7**

En définitive, le recours de X. \_\_\_\_\_ doit être partiellement admis en ce qui concerne l'infraction de banqueroute frauduleuse. Le jugement attaqué doit être annulé sur ce point et la cause doit être renvoyée à la cour cantonale pour qu'elle détermine la titularité des droits

de fondateur sur Y. \_\_\_\_\_, notamment au regard de la convention de 1989. Pour le surplus, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Dans la mesure où le recourant obtient partiellement gain de cause, sa demande d'assistance judiciaire est sans objet. Pour le surplus, le recours n'était pas dénué de chances de succès relativement à la question de la prescription, si bien que l'assistance judiciaire doit être accordée, Me Nicolas Rouiller étant désigné comme avocat d'office ( art. 64 al. 2 LTF ). Il est statué sans frais (art. 66 al. 1, 2ème phrase LTF). Le recourant obtiendra des dépens réduits de la part du canton du Valais ( art. 68 al. 1 LTF ). La cause étant jugée, la requête d'effet suspensif devient sans objet.

Invitée à se déterminer sur la question de l'infraction de banqueroute frauduleuse, la masse en faillite X. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet du recours. Au vu de l'admission partielle de celui-ci, il n'y a pas lieu de lui accorder de dépens. Il ne se justifie pas d'accorder de dépens à Y. \_\_\_\_\_, laquelle peut y prétendre dans le cadre de son propre recours.

Recours de Y. \_\_\_\_\_

## **E. 8**

Le jugement attaqué a prononcé la dévolution de l'immeuble J. \_\_\_\_\_, ainsi que son mobilier, à la masse en faillite X. \_\_\_\_\_ (jugement entrepris, p. 110, chiffre 12 du dispositif).

## **E. 9**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 138 III 46 consid. 1 p. 46; 139 III 252 consid. 1.1 p. 252).

### **E. 9.1**

Selon l' art. 78 LTF , le Tribunal fédéral connaît des recours contre les décisions rendues en matière pénale. La notion de « décisions en matière pénale » comprend toutes les décisions qui se fondent sur le droit pénal matériel ou le droit de procédure pénale. Tel est le cas en l'espèce où la recourante s'en prend à la décision de dévolution à la masse en faillite de X. \_\_\_\_\_ de l'immeuble J. \_\_\_\_\_, sis en Sardaigne, en application de l'art. 70 al. 1 in fine CP.

### **E. 9.2**

En ordonnant la restitution de l'immeuble J. \_\_\_\_\_ et du mobilier à la masse en faillite de X. \_\_\_\_\_, le jugement attaqué règle définitivement leur sort. Il s'agit donc d'une décision finale, qui met définitivement fin à la procédure ( art. 90 LTF ; sur la notion de décision finale, cf. ATF 129 III 107 consid. 1.2.1 p. 110).

### **E. 9.3**

Selon la jurisprudence, le tiers qui a acquis les valeurs patrimoniales avant leur confiscation et qui possédait sur ces valeurs un droit de propriété ou un droit réel restreint à un intérêt juridique à l'annulation de la décision de confiscation, car il perd les valeurs ensuite de la confiscation (cf. arrêt 6B\_1035/2008 du 11 mai 2009 consid. 1.4; sous le régime de l'ancien art. 268 PPF , cf. ATF 128 IV 145 consid. 1a p. 148; 122 IV 365 consid. III.1a/bb p. 368; 108 IV 154 consid. 1a p. 155 s.). Il en va de même en cas de restitution des valeurs au lésé (cf. arrêt 6B\_1035/2008 du 11 mai 2009 consid. 1.4).

### **E. 9.4**

En l'espèce, le jugement attaqué retient que l'immeuble J. \_\_\_\_\_ figure au cadastre italien des bâtiments comme étant la propriété de Y. \_\_\_\_\_ (jugement entrepris, p. 110, chiffre 12 du dispositif) et qu'elle est donc formellement sa propriété (jugement entrepris, consid. 25.2.3 p. 81). Constituée conformément au droit du Liechtenstein et munie par ce droit de tous les attributs de la personnalité juridique, la recourante a l'exercice des droits civils en Suisse et, partant, la capacité d'ester en justice (cf. ATF 135 III 614 consid. 4.2 p. 617). Dans ces conditions, elle a la qualité pour recourir.

## **E. 10**

La recourante conteste la dévolution de l'immeuble J. \_\_\_\_\_ en Sardaigne à la masse en faillite X. \_\_\_\_\_. En premier lieu, elle reproche à la cour cantonale de ne pas avoir déterminé la " question du droit applicable à la titularité des droits de fondateur en lien avec Y. \_\_\_\_\_ "; selon elle, la cour cantonale aurait dû mettre en oeuvre une expertise pour répondre à cette question. En outre, elle conteste que Y. \_\_\_\_\_ se confonde avec X. \_\_\_\_\_.

### **E. 10.1**

L'art. 70 al. 1er CP autorise le juge à confisquer des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits. La restitution au lésé selon l'art. 70 al. 1 in fine CP a la priorité sur une éventuelle confiscation et l'attribution au lésé en réparation du dommage subi ( ATF 128 I 129 consid. 3.1.2 p. 133; 122 IV 365 consid. 1a/aa p. 368).

Dans la règle, la confiscation prononcée en Suisse ne peut avoir pour objet que des valeurs patrimoniales sises en Suisse ( ATF 137 IV 33 consid. 9.4.4 p. 51). Lorsque les valeurs litigieuses se trouvent à l'étranger, il faut recourir à la voie de l'entraide judiciaire en matière pénale. Selon l'art. 13 ch. 1 let. a de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, ratifiée par la Suisse et l'Italie (RS 0.311.53), un tribunal suisse peut ordonner la confiscation de valeurs patrimoniales sises à l'étranger, décision que les autres Etats parties à la convention doivent exécuter dans le cadre de l'entraide internationale.

### **E. 10.2.1**

Comme vu sous consid. 5, la condamnation pour banqueroute frauduleuse a été annulée et la cause renvoyée à la cour cantonale pour déterminer qui était le titulaire des droits de fondateur sur Y. \_\_\_\_\_. Vu l'admission de ce grief, la dévolution de l'immeuble J. \_\_\_\_\_ à la masse en faillite doit également être annulée et la cause renvoyée à la cour cantonale pour nouveau jugement.

### **E. 10.2.2**

Si, à la suite de l'arrêt de renvoi, la cour cantonale arrive à la conclusion que les droits de fondateur étaient tombés dans la masse en faillite de X. \_\_\_\_\_ et confirme la condamnation de X. \_\_\_\_\_ pour banqueroute frauduleuse, elle devra encore - avant d'ordonner la dévolution de la maison à la masse en faillite - examiner à qui appartient l'immeuble J. \_\_\_\_\_ entre Y. \_\_\_\_\_ et X. \_\_\_\_\_.

La cour cantonale a admis que, formellement, la maison appartenait à Y. \_\_\_\_\_, mais appliquant la théorie de la transparence en droit suisse, elle a considéré que X. \_\_\_\_\_, en tant que détenteur des droits de fondateur, était le propriétaire économique de la maison et qu'il était abusif d'invoquer la dualité des sujets de droit.

En ce qui concerne les sociétés offshores, l'application de la

théorie de la transparence ("Durchgriff ") est toutefois régie par le droit qui régit le statut de la société dominée ( ATF 128 III 346 consid. 3.1 p. 348 ss; arrêt 4A\_337/2009 du 16 octobre 2009 consid. 1.1; FRANK VISCHER, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2e éd., 2004, n° 28 s. ad rem. prélim. aux art. 150-165 LDIP ; BERNARD DUTOIT, op. cit., n° 8 ad art. 154 et n° 10 ad art. 155 LDIP ). Comme l'établissement Y.\_\_\_\_\_ est régi par le droit liechtensteinois (cf.

supra consid. 5.2.3), la cour cantonale devra appliquer ce droit pour déterminer si elle peut faire fi de la dualité de personnes à la forme et ordonner la dévolution de l'immeuble J.\_\_\_\_\_ et de son mobilier à la masse en faillite X.\_\_\_\_\_. Ce n'est que si l'ordre juridique étranger désigné ne connaît pas le principe de la transparence et que cela doit conduire à un résultat qui n'est pas compatible avec l'ordre public suisse, que l'application du droit étranger peut être écartée en vertu de l'ordre public négatif ( art. 17 LDIP ; ATF 128 III 346 consid. 3.1.4

in fine p. 350).

## **E. 11**

En conclusion, le recours de Y.\_\_\_\_\_ doit être admis, le jugement attaqué doit être annulé sur la question de la dévolution de l'immeuble J.\_\_\_\_\_ et renvoyé à la cour cantonale pour nouvelle décision. Les autres griefs, en particulier ceux tirés de la prescription de l'infraction de banqueroute frauduleuse et de la violation du principe ne bis in idem , deviennent sans objet. Faute de grief, il ne sera pas entré en matière sur la levée des séquestres ordonnés le 4 novembre 2004 en lien avec l'immeuble J.\_\_\_\_\_ et son mobilier.

Dans les circonstances d'espèce, il peut être statué sans frais (art. 66 al. 1, 2ème phrase LTF). La recourante, qui obtient gain de cause, peut prétendre à des dépens, à charge du canton du Valais et de la masse en faillite X.\_\_\_\_\_ ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). Dans la mesure où X.\_\_\_\_\_ obtient des dépens réduits dans le cadre de son propre recours, il n'y a pas lieu de lui en allouer pour cette cause. Sa demande d'assistance judiciaire devient sans objet. Il ne sera pas accordé de dépens à la masse en faillite X.\_\_\_\_\_, qui succombe.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.