

VD_FINDINFO Jug / 2018 / 176 vom 6. Dezember 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-12-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2018___176

FR: VD_FINDINFO Jug / 2018 / 176 du 6 décembre 2017

IT: VD_FINDINFO Jug / 2018 / 176 del 6 dicembre 2017

Regeste

GESTION FAUTIVE, OBLIGATION DE TENIR UNE COMPTABILITÉ | 165 ch. 1 CP, 166 CP

Erwägungen

E. 1.1

Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]) par une partie ayant qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de X. _____ est recevable.

E. 1.2

Dans les vingt jours à compter de la réception de la déclaration d'appel, les autres parties peuvent, par écrit, déclarer un appel joint (art. 400 al. 3 let. b CPP). Selon le Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, lorsque l'appel – en l'occurrence l'appel joint – porte uniquement sur les conclusions civiles, il est limité quant à sa recevabilité afin de ne pas avantager en matière de recours les prétentions civiles formulées par adhésion à la procédure pénale : l'appel n'est recevable que si le droit de procédure civile applicable au for l'autoriserait (cf. art. 398 al. 5 CPP). Le tribunal de première instance doit avoir rendu une décision au fond sur les prétentions civiles, au moins sur le principe. En revanche, si les prétentions civiles ont été renvoyées au tribunal civil, l'appel n'est pas recevable. Cette restriction ne s'applique pas si le jugement a aussi été attaqué sur la question de la culpabilité ou sur celle de la sanction pénale (FF 2006 1298). En se fondant sur le Message du Conseil fédéral précité, X. _____ soutient que l'appel joint d'E. _____ ne serait pas recevable, car les prétentions civiles ont été renvoyées au tribunal civil. Or, cette restriction ne s'applique pas si le jugement est aussi attaqué sur la question de la culpabilité ou sur celle de la sanction pénale, ce qui est le cas en l'espèce. L'appel joint d'E. _____ est par conséquent recevable.

E. 2.1

Le 24 janvier 2018, E. _____ a informé la Cour d'appel pénale qu'il déposerait un appel joint dans le délai de vingt jours imparti et a sollicité l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite à cet effet. Il a indiqué qu'il était au bénéfice de l'aide de l'Hospice général et qu'il déposerait prochainement tous les documents utiles à l'appréciation de sa situation financière. Dans son mémoire d'appel joint du 13 février 2018, E. _____ a demandé à pouvoir produire les trois derniers décomptes de l'Hospice général, ce qu'il a fait au cours de l'audience d'appel du 24 mai 2018.

E. 2.2

Aux termes de l'art. 136 al. 1 CPP, la direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles, aux conditions suivantes : (a) la partie plaignante est indigente et (b) l'action civile ne paraît pas vouée à l'échec. Selon l'alinéa 2 de cette disposition, l'assistance judiciaire comprend : (a) l'exonération d'avances de frais et de sûretés, (b) l'exonération des frais de procédure et (c) la désignation d'un conseil juridique gratuit, lorsque la défense des intérêts de la partie plaignante l'exige.

E. 2.3

En l'espèce, l'appelant par voie de jonction a établi à satisfaction son indigence (P. 90). Son action n'apparaît pas vouée à l'échec et l'assistance d'un avocat est nécessaire à la défense de ses intérêts. Les conditions de l'art. 136 CPP étant ainsi réalisées, l'appelant par voie de jonction a droit à l'assistance judiciaire. Me Philippe Girod est désigné comme conseil juridique gratuit pour la procédure d'appel. Appel de X. _____

E. 3.1

L'appelant fait valoir que plusieurs faits ont été établis de manière erronée.

E. 3.2.1

La constatation des faits est incomplète au sens de l'art. 398 al. 3 let. b CPP lorsque toutes les circonstances de fait et tous les moyens de preuve déterminants pour le jugement n'ont pas été pris en compte par le tribunal de première instance. Elle est erronée lorsque le tribunal a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Kistler Vianin, Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 19 ad art. 398 CPP).

E. 3.2.2

L'art. 10 CPP dispose que toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force (al. 1). Le Tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure (al. 2). Le tribunal se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation (al. 3). S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, il s'agit de l'acte par lequel le juge du fond évalue librement la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens de preuve afin de parvenir à une conclusion sur la réalisation ou non des éléments de fait pertinents pour l'application du droit pénal matériel. Le juge peut fonder une condamnation sur un faisceau d'indices ; en cas de versions contradictoires, il doit déterminer laquelle est la plus crédible. En d'autres termes, ce n'est ni le genre ni le nombre des preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (Verniory, Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 34 ad art. 10 CPP ; Kistler Vianin, op. cit., nn. 19 ss ad art. 398 CPP et les références jurisprudentielles citées). Lorsque l'autorité a forgé sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents, il ne suffit pas que l'un ou l'autre de ceux-ci ou même chacun d'eux pris isolément soit à lui seul insuffisant. L'appréciation des preuves doit être examinée dans son ensemble. Le principe *in dubio pro reo* est violé si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables au prévenu sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes ; on parle alors de doutes raisonnables (ATF 120 la 31 consid. 2c ; TF 6B_831/2009 du 25

mars 2010 consid. 2.2.2). Sur ce point, des doutes simplement abstraits et théoriques ne suffisent pas, car de tels doutes sont toujours possibles et une certitude absolue ne peut être exigée. Bien plutôt, il doit s'agir de doutes importants et irréductibles, qui s'imposent au vu de la situation objective (ATF 127 I 38 consid. 2a).

E. 3.3.1

L'appelant conteste que S._____ ait été un administrateur de paille de M._____SA. Il soutient que S._____ était le seul à disposer de la signature sur le compte UBS de la société en tant qu'administrateur unique, que le siège de la société se trouvait auprès de la fiduciaire du même nom, que S._____ était au courant des affaires de la société, dont notamment la vente des restaurants B._____ et A._____, et que les actionnaires [...] l'avaient choisi, car ils avaient besoin d'une personne compétente en matière de comptabilité et de gestion. A l'inverse, l'appelant ne disposerait d'aucune formation, ne saurait ni lire ni écrire le français et a toujours travaillé comme simple cuisinier. Pour retenir que S._____ n'était qu'un homme de paille et que l'appelant était l'administrateur de fait de M._____SA, les premiers juges se sont fondés sur les déclarations de l'appelant, de sa fille et de S._____, sur les relations d'affaires nouées entre l'appelant et E._____, ainsi que sur la procuration générale du 20 mars 2009 signée par S._____ en faveur de l'appelant, conférant à ce dernier tout pouvoir pour représenter M._____SA (jgt, p. 18). Cette appréciation est adéquate. En effet, au cours de son audition du 6 juin 2013, l'appelant a déclaré : « Nous avons besoin d'un Suisse pour la création de la société M._____SA et nous avons trouvé S._____. Par contre nous n'avons pas trop confiance et pour éviter qu'il ait accès aux liquidités de la société, nous avons, nous les [...], décidé de travailler au travers de mon compte personnel sur lequel l'administrateur n'a pas accès » (PV aud. 2, R. 25). La fille de l'appelante a aussi déclaré : « C'est S._____ qui a fonctionné comme administrateur de M._____SA. Pour vous répondre, il n'avait pas un rôle actif dans cette société. J'imagine qu'elle était dirigée par ses actionnaires. Ces derniers travaillaient soit pour B._____ soit pour A._____ et en fonction d'où ils travaillaient, c'est eux qui les dirigeaient. Par contre, les décisions importantes étaient prises par les 3. Il n'y a jamais eu d'assemblée générale à proprement dit. Par contre, ils se réunissaient fréquemment pour discuter des problèmes et prendre les décisions » (PV aud. 5, R. 6, p. 3) ; elle a aussi déclaré : « Il est vrai que M. S._____ n'a été qu'un homme de paille » (PV aud. 8, ligne 89). Quant à S._____, à la question « Qui prenait effectivement des décisions au sein de M._____SA ? », il a répondu : « C'est X._____ et sa fille, qui était également très impliquée dans cette entité (...). Comme vous le comprenez, j'ai fonctionné comme administrateur "de paille". L'administrateur de fait était X._____ » (PV aud. 3, R. 7) ; il a aussi déclaré : « Je n'ai jamais fait une seule opération administrative ou bancaire de manière indépendante. J'ai toujours agi à leur demande » (PV aud. 7, lignes 37-38). Enfin, les premiers juges ont relevé l'existence de la procuration du 20 mars 2009 selon laquelle S._____ confiait à X._____ tout pouvoir de représenter la société dans sa gestion courante, ainsi que pour tout engagement contractuel (P. 5, n o 16). L'appelant ne saurait donc être cru lorsqu'il prétend s'en être remis à S._____ pour la gestion de la société. A cela s'ajoute le fait que l'appelant a été le principal bénéficiaire des montants prélevés du compte UBS de la société et reversés sur ses comptes personnels. C'est notamment sur ordre de l'appelant et/ou de sa fille que S._____ a viré les sommes 70'000 fr. et 60'000 fr. les 2 et 22 octobre 2009 du compte de la société sur le compte personnel de l'appelant (P. 45/3 et 45/4 ; cf. PV aud. 7, lignes 75-76). En outre, l'ordonnance pénale du 13 août 2014, qui condamne S._____ pour

inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité, indique que celui-ci a déclaré qu'il n'avait pas tenu un rôle concret dans l'administration et la gestion courante de la société en tant qu'administrateur (P. 74/2). L'argument de l'appelant tendant à se présenter comme un simple cuisinier qui ne saurait ni lire ni écrire le français ne lui est d'aucun secours, puisque les opérations répondant à l'accusation de gestion fautive (cf. infra, consid. 5) ne portent pas sur l'exploitation d'un restaurant, mais sur d'importants montants virés du compte de la société sur les comptes personnels de l'appelant. Tous les éléments qui précèdent concordent dans le sens où c'est bel et bien l'appelant – et non S. _____ – qui possédait la maîtrise de la gestion de la société par le pouvoir effectif qu'il y exerçait. Le fait retenu par les premiers juges selon lequel S. _____ n'était en réalité qu'un homme de paille ne prête pas le flanc à la critique et doit être confirmé.

E. 3.3.2

L'appelant considère que les déclarations de sa fille au sujet de son rôle dans la société ont été mal appréciées. Or celle-ci a pourtant été très claire en indiquant que S. _____ n'avait pas de rôle actif dans la société et que celle-ci était dirigée par les trois actionnaires qui se réunissaient fréquemment pour discuter des problèmes et prendre des décisions (cf. supra, consid. 3.3.1). Le rôle d'administrateur de paille de S. _____ est donc également confirmé par la fille du prévenu.

E. 3.3.3

L'appelant soutient que le jugement attaqué lui reproche à tort d'avoir ignoré les avertissements donnés par J. _____ (jgt, p. 19). Il produit un témoignage écrit daté du 13 janvier 2018 (P. 74/2) selon lequel la comptable précise que c'est seulement lorsqu'elle a établi, dans le courant de l'année 2010, la comptabilité des années 2006 à 2009, qu'elle s'est aperçue que l'appelant avait reçu de l'argent sur son propre compte et qu'elle lui a expliqué qu'il ne pouvait pas utiliser son compte privé. Entendue en cours d'enquête, J. _____ a déclaré qu'elle avait tenté en 2010 d'établir une comptabilité pour les exercices 2006 à 2009 et qu'elle s'était fâchée avec l'appelant et sa fille parce qu'elle leur avait qu'ils ne pouvaient pas encaisser sur leurs comptes personnels le produit des cartes de crédit des clients (P. 14 ; PV aud. 4, R. 7 et R. 8). C'est exactement ce qu'elle répète dans son témoignage écrit du 13 janvier 2018 (2 e par.). En revanche, c'est de manière erronée que la comptable soutient que l'appelant aurait pris en compte son avertissement, puisqu'il est établi – et non contesté – que l'appelant a transféré le produit de la vente du restaurant A. _____, par 203'500 fr., en février 2011 sur son compte UBS personnel. Le constat des premiers juges selon lequel l'appelant n'a pas tenu compte de l'avertissement de la comptable de ne pas percevoir de l'argent de la société sur ses comptes personnels est pleinement justifié.

E. 3.3.4

L'appelant reproche enfin à l'autorité de première instance d'avoir retenu que les prélèvements litigieux avaient été effectués peu avant la faillite de la société (jgt, p. 17, 4 e par.) et que, par ses agissements coupables, le préjudice subi par les créanciers s'élevait à au moins 333'500 fr. (jgt, p. 22, 4 e par.). Il fait valoir que le découvert de la faillite s'élève en réalité à 167'150 fr., sans qu'il y ait lieu d'y ajouter la prétention d'E. _____ par 250'000 fr., et que les montants résultant de la vente des deux fonds de commerce ont servi en partie à rembourser des dettes et le compte courant actionnaires. Selon le premier état de collocation déposé le 2 novembre 2012, comportant un récapitulatif au 21 mars 2013 (P. 58/2), le total des montants produits dans la faillite s'élève à 417'150 fr., dont 167'150 fr.

sont admis et 250'000 fr. correspondent à une créance suspendue jusqu'à droit connu sur l'action pénale, soit la présente affaire. La créance de 250'000 fr. a néanmoins été admise lors du deuxième dépôt de collocation le 30 août 2013. C'est donc à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'un montant de 333'500 fr. au moins, soit le total du produit de la vente des deux restaurants (130'000 fr. et 203'500 fr.), avait échappé à la mainmise des créanciers. Le rapport de synthèse établi par la police au sujet de la gestion fautive de l'appelant (P. 29/1) retient aussi que les montants de 130'000 fr. et 203'500 fr. obtenus grâce à la vente des fonds de commerce auraient d'abord dû servir à payer le découvert de 167'150 fr. de la faillite de M. _____ SA et le solde du capital-actions de la société de 50'000 fr. non libéré, et non servir à rembourser les fonds investis par les trois actionnaires, respectivement alimenter leurs comptes personnels. Ce constat n'est d'ailleurs pas contesté par l'appelant, puisqu'il admet que cet argent a servi en partie à rembourser les actionnaires et que la faillite a laissé un découvert d'au moins 167'500 fr., de sorte que tous les éléments objectifs de la gestion fautive sont établis.

E. 3.3.5

Tous les griefs de l'appelant concernant l'établissement des faits étant rejetés, l'audition de la fille de l'appelant n'est par conséquent pas nécessaire.

E. 4.1

L'appelant invoque une violation de l'art. 29 CP et soutient que la poursuite pénale aurait dû être dirigée en premier lieu contre l'administrateur S. _____.

E. 4.2

L'infraction de gestion fautive ne peut être commise que par le débiteur. Toutefois, lorsque le délit est perpétré dans la gestion d'une personne morale, celui-ci peut être commis par la personne physique qui a agi pour elle en qualité d'organe ou de membre d'un tel organe (art. 29 CP). Selon la let. d de cette disposition, celui qui n'est ni un organe ou un membre d'un organe, ni un associé ou un collaborateur de la personne morale est également punissable lorsqu'il a la qualité de dirigeant effectif. Le dirigeant effectif (ou l'organe de fait) vise la personne qui dirige en fait la société en utilisant comme homme de paille des membres de l'administration statutaire, des directeurs ou des fondés de pouvoirs (Dupuis et alii, Petit Commentaire du Code pénal, 2 e éd., Bâle 2017, n. 10 ad art. 29 CP). La jurisprudence a précisé, en rapport avec la qualification d'administrateur de fait, qu'il fallait que cette personne ait eu la compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, que son pouvoir de décision apparaisse propre et indépendant et qu'elle ait été ainsi en situation d'empêcher la survenance du dommage (ATF 136 III 14 consid. 2.4 ; ATF 132 III 535 consid. 4.5).

E. 4.3

Comme on l'a vu ci-dessus, dès lors que l'appelant était l'un des dirigeants effectifs de la société avant sa faillite, il ne peut se retrancher derrière son administrateur de paille. En outre, S. _____ n'est pas resté impuni pour avoir accepté le rôle d'administrateur de paille, puisqu'il a été condamné par ordonnance pénale du 13 août 2014 pour inobservation des prescriptions sur la comptabilité (P. 59). C'est donc à juste titre que les premiers juges ont fait application de l'art. 29 CP pour retenir que l'appelant devait être considéré comme auteur de l'infraction à l'art. 165 CP.

E. 5.1

L'appelant conteste sa condamnation pour gestion fautive. Il fait valoir que le premier virement est intervenu à un moment où la société n'était ni surendettée ni a fortiori insolvable, que le deuxième virement a aussi bénéficié à E. _____ et que ces prélèvements ont été autorisés par l'administrateur.

E. 5.2

En vertu de l'art. 165 ch. 1 CP, le débiteur qui, de manières autres que celles visées à l'art. 164 CP, par des fautes de gestion, notamment par une dotation insuffisante en capital, par des dépenses exagérées, par des spéculations hasardeuses, par l'octroi ou l'utilisation à la légère de crédits, par le bradage de valeurs patrimoniales ou par une négligence coupable dans l'exercice de sa profession ou dans l'administration de ses biens, aura causé ou aggravé son surendettement, aura causé sa propre insolvabilité ou aggravé sa situation alors qu'il se savait insolvable, sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La gestion fautive doit avoir pour conséquence le surendettement du débiteur ou son insolvabilité. Il n'est pas nécessaire que les actes reprochés à l'auteur soient seuls à l'origine du surendettement ni qu'ils en soient la cause directe. Il suffit que l'acte de gestion fautive ait joué un rôle causal en contribuant à l'apparition du surendettement ou à son aggravation et qu'il ait été propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un tel résultat (ATF 115 IV 38 consid. 2). La notion de surendettement, qui s'applique au débiteur soumis à la poursuite par la voie de la faillite, découle de l'art. 725 al. 2 CO et signifie que, sur le plan comptable, les dettes ne sont plus couvertes ni sur la base d'un bilan d'exploitation, ni sur la base d'un bilan de liquidation, autrement dit que les passifs excèdent les actifs (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3 e éd., Berne 2010, n. 31 ad art. 165 CP).

E. 5.3

En l'espèce, les premiers juges ont retenu que les deux diminutions de l'actif de la société M. _____ SA, d'un montant total de 333'500 fr., avaient été réalisées au détriment du paiement de diverses créances totalisant 417'150 fr. et de la libération du solde du capital-actions par 50'000 francs. Ils ont considéré que les actes reprochés à l'appelant, soit d'avoir disposé de cette somme pour ses propres besoins, avaient contribué au surendettement de la société. Cette appréciation est correcte et doit être confirmée. L'appelant ne peut sérieusement soutenir que la société n'était pas insolvable au moment de la première vente, puisqu'elle ne payait plus ses loyers, ses impôts et autres factures depuis 2009 déjà (P. 58/2), que les seuls revenus de la société entre 2009 et 2011 ont été les produits des deux ventes (jgt, p. 17) et que la faillite a été prononcée en novembre 2011. Le fait que le produit de la vente du deuxième restaurant ait été partagé entre M. _____ SA et E. _____ n'y change rien. Il n'importe pas non plus de savoir si S. _____ a donné son accord ou pas au virement de ces deux sommes sur les comptes privés de l'appelant, dès lors que celui-ci n'était qu'un homme de paille et n'agissait que sur ordre de l'appelant. La condamnation pour gestion fautive doit par conséquent être confirmée.

E. 6.1

L'appelant conteste encore sa condamnation pour violation de l'obligation de tenir une comptabilité. Il soutient que le concours idéal entre les art. 165 et 166 CP serait exclu et que, de toute manière, il ne lui appartenait pas de tenir une telle comptabilité.

E. 6.2

Selon l'art. 166 CP, le débiteur qui aura contrevenu à l'obligation légale de tenir régulièrement ou de conserver ses livres de comptabilité, ou de dresser un bilan, de façon qu'il est devenu impossible d'établir sa situation ou de l'établir complètement, sera, notamment s'il a été déclaré en faillite, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. L'obligation de tenir une comptabilité est violée lorsqu'aucune comptabilité n'a été tenue ou quand la comptabilité n'a pas été conservée ou encore dès que, sur la base des livres existants, un expert ne peut pas acquérir une vue d'ensemble de la situation réelle ou ne le peut que moyennant un sacrifice de temps considérable (TF 6S_142/2003 du 4 juillet 2003 consid. 4). Dans chaque cas, il faut encore un résultat : il ne doit pas être possible d'établir la situation du débiteur ou de l'établir complètement. Cette conséquence est cependant en règle générale liée à la violation de l'obligation de tenir la comptabilité (TF 6P.136/2005 du 27 février 2006 consid. 9.1). L'infraction définie à l'art. 166 CP est intentionnelle. Le dol éventuel suffit (ATF 117 IV 163 consid. 2b ; ATF 117 IV 449 consid. 5b). L'intention porte aussi bien sur le fait de ne pas tenir les livres prescrits que de les tenir de manière insuffisantes, ainsi que sur le fait que la situation financière ne peut plus être établie ou plus complètement (ATF 72 IV 17, JdT 1946 IV 118). Il faut que l'auteur ait su que les livres qu'il devait tenir étaient insuffisants et qu'ils ne donnaient pas une image exacte ou complète de la situation financière de son entreprise. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'il ait eu l'intention de masquer la situation réelle (Dupuis et alii, op. cit., n. 10 ad art. 166 CP).

E. 6.3

L'appelant se méprend sur la portée du concours idéal. Dans la mesure où l'absence de comptabilité ne se confond pas ici avec les actes de gestion fautive, c'est bien un concours réel qui doit être retenu en l'espèce. Pour le reste, les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction à l'art. 166 CP sont réunis. La situation financière exacte de la société n'a pas pu être établie, même dans le cadre de la procédure de faillite, à défaut de comptabilité ou même de pièces comptables suffisamment probantes. La comptable mandatée en 2010 n'a pu que partiellement accomplir sa tâche, en raison de la désorganisation chronique de la société, ce qu'elle a d'ailleurs souligné à plusieurs reprises au cours de son audition du 17 juillet 2013 (PV aud. 4). L'appelant n'ignorait pas cette situation, comme le fait que d'utiliser ses comptes privés à des fins professionnelles, aurait les conséquences prévues à l'art. 166 CP. La condamnation pour violation de l'obligation de tenir une comptabilité doit ainsi être confirmée.

E. 7.1

L'appelant soutient enfin que la peine qui lui a été infligée est trop sévère.

E. 7.2

Aux termes de l'art. 34 aCP, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017, sauf disposition contraire de la loi, la peine pécuniaire ne peut excéder 360 jours-amende. Le juge fixe leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur. Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de

l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 et les références citées).

E. 7.3

En l'espèce, l'appelant est condamné pour gestion fautive (art. 165 CP) et violation de l'obligation de tenir une comptabilité (art. 166 CP). Par ses agissements illicites, le montant de 333'500 fr. au moins a échappé aux créanciers de la société. Il y a concours d'infractions. A décharge, il y a lieu de tenir compte du caractère fruste de l'appelant, qui n'a bénéficié d'aucune formation et était par conséquent peu conscient des exigences formelles en matière de droit des sociétés. Tout bien considéré, la peine privative de liberté prononcée en première instance est trop lourde et il y a lieu de s'en tenir à une sanction sous forme de jours-amende. L'art. 34 aCP peut être appliqué à titre de *lex mitior*. Par conséquent, l'appelant sera condamné à une peine pécuniaire de 300 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 20 francs. Cette peine sera assortie du sursis durant cinq ans (art. 44 CP). Appel joint d'E._____

E. 8.1

E._____ fait valoir que c'est à tort que les premiers juges l'ont renvoyé à agir devant la juridiction civile. Il soutient que sa créance à l'encontre du prévenu est établie à satisfaction de droit, puisqu'elle a été admise à hauteur de 250'000 fr. à l'état de collocation de la société faillie.

E. 8.2.1

L'art. 126 al. 1 CPP prévoit que le tribunal statue sur les conclusions civiles présentées lorsqu'il rend un verdict de culpabilité à l'encontre du prévenu (let. a) ou lorsqu'il acquitte le prévenu et que l'état de fait est suffisamment établi (let. b). Il renvoie en revanche la partie plaignante à agir par la voie civile notamment lorsque celle-ci n'a pas chiffré ses conclusions de manière suffisamment précise ou ne les a pas suffisamment motivées (al. 2 let. b) ou lorsque le prévenu est acquitté alors que l'état de fait n'a pas été suffisamment établi (al. 2 let. d). Ainsi, le juge n'est pas tenu de statuer sur les conclusions civiles dans tous les cas, mais uniquement lorsqu'un verdict de culpabilité ou d'acquiescement est rendu et si l'état de fait est suffisamment établi pour le faire. Le juge est tenu de trancher toutes les conclusions civiles dans la mesure où elles trouvent leur fondement dans les faits objets de la procédure pénale (Moreillon/Parein-Reymond, *Petit Commentaire, Code de procédure pénale*, 2^e éd., Bâle 2016, n. 3 ad art. 126 CPP ; Jeandin/Matz, *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 6 ad art. 126 CPP). Lorsque le prévenu est acquitté au bénéfice du doute, l'état de fait est en général lacunaire, de sorte que le juge devra renvoyer la partie plaignante à agir par la voie civile en application de l'art. 126 al. 2 CPP. En revanche, rien n'empêche le juge de statuer sur les prétentions civiles si l'état de fait est complet, ce qui lui permet de statuer sur l'ensemble des conditions de l'art. 41 CO (Jeandin/Matz, *op. cit.*, nn. 10-11 ad art. 126 CPP ; Dolge, *Basler Kommentar*,

Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2 e éd., Bâle 2014, n. 21 ad art. 126 CPP). Quoique régi par les art. 122 ss CPP, le procès civil dans le procès pénal demeure soumis à la maxime des débats et à la maxime de disposition. Ainsi, l'art. 8 CC est applicable au lésé qui fait valoir des conclusions civiles déduites de l'infraction par adhésion à la procédure pénale. Cette disposition prévoit que chaque plaideur doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'il allègue pour en déduire son droit (TF 6B_267/2016 du 15 février 2016 consid. 6.1 et les références citées). Selon l'art. 41 al. 1 CO, celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer (al. 1). La preuve du dommage incombe au demandeur (art. 42 al. 1 CO).

E. 8.2.2

L'administration de la faillite examine chaque production et fait les vérifications nécessaires ; elle consulte le failli (art. 244 LP). Elle statue ensuite sur l'admission au passif ; elle n'est pas liée par les déclarations du failli (art. 245 LP). Bien que l'administration ait l'obligation de vérifier précisément chaque créance produite, l'examen doit rester sommaire. Elle ne vérifie pas l'existence de la production, mais admet au passif la prétention dont l'existence lui paraît vraisemblable (TF 5A_27/2016 du 28 juin 2016 consid. 4.1.2 ; TF 5A_709/2015 du 15 janvier 2016 consid. 4.1.1 ; TF 5A_329/2012 du 5 septembre 2012 consid. 4.4.3). Dans les soixante jours qui suivent l'expiration du délai pour les productions, elle dresse l'état de collocation conformément aux dispositions des art. 219 et 220 LP (art. 247 al. 1 LP). L'autorité de surveillance peut, au besoin, prolonger ce délai (art. 247 al. 4 LP). Il s'agit toutefois d'un délai d'ordre sans conséquence sur le droit matériel de la faillite (Sprecher, Kurzkomentar SchKG, n. 4 ad art. 247 LP et les références). L'état de collocation est déposé à l'office. L'administration en avise les créanciers par publication. Les créanciers dont les productions ont été écartées en tout ou en partie, ou qui n'ont pas été admis au rang auquel ils prétendaient, en sont informés directement (art. 249 LP). L'état de collocation dans la faillite peut être contesté par la voie de la plainte (art. 17 LP) ou par celle de l'action en contestation de l'état de collocation (art. 250 LP) (TF 5A_709/2015 du 15 janvier 2016 consid. 4.1.2). Il y a identité d'objet quand, dans l'un et l'autre procès, les parties soumettent au tribunal la même prétention, en reprenant les mêmes conclusions et en se basant sur le même complexe de faits (ATF 139 III 126 consid. 3.2.2 et 3.2.3, Revue suisse de procédure civile [RSPC] 2013, p. 206, note Schweizer ; ATF 136 III 123 consid. 4.3.1 ; ATF 116 II 738 consid. 2a). L'identité de l'objet s'entend au sens matériel ; il n'est cependant pas nécessaire, ni même déterminant, que les conclusions soient formulées de manière identique (ATF 128 III 284 consid. 3b ; ATF 125 III 241 consid. 1 ; ATF 123 III 16 consid. 2a ; ATF 121 III 474 consid. 4a). L'identité de l'objet s'étend en outre à tous les faits qui font partie du complexe de faits, y compris les faits dont le juge n'a pas pu tenir compte parce qu'ils n'ont pas été allégués, qu'ils ne l'ont pas été selon les formes et à temps ou qu'ils n'ont pas été suffisamment motivés (ATF 139 III 126 consid. 3.1 ; ATF 116 II 738 consid. 2b et 3). Si une partie n'allègue pas les faits, ou ne les prouve pas à satisfaction, l'autorité de la chose jugée s'étendra à tous les faits inclus dans la cause, car le jugement établit de manière définitive la situation de fait qui est à la base du litige ; partant, il ne sera pas possible d'introduire une nouvelle cause identique à celle qui a été jugée en arguant de ce que tous les faits déterminants n'ont pu être allégués dans la procédure précédente : l'autorité de la chose jugée entraîne la forclusion des faits qui n'ont pas été invoqués (TF 5A_296/2012 du 14 novembre 2012 consid. 3.1 et les références). L'action nouvelle n'est pas identique à celle précédemment jugée lorsque la

partie demanderesse allègue des faits nouveaux qui n'existaient pas au moment où l'état de fait a été définitivement arrêté dans le procès initial et qui sont survenus plus tard ; la nouvelle demande repose alors sur des faits générateurs ou modificateurs de droit qui ne pouvaient pas être soumis au juge dans ce procès (ATF 116 II 738 consid. 2a ; ATF 105 Ia 268 consid. 2 ; TF 4D_88/2015 du 25 mars 2015 consid. 3 et les références).

E. 8.3.1

C'est le lieu tout d'abord de relever que le jugement du Tribunal de première instance de Genève du 25 octobre 2012 et l'arrêt sur appel de la Chambre civile de la Cour de justice du 10 mai 2013 (P. 12/2 et 21/2, pp. 7 et 8) n'ont pas autorité de chose jugée s'agissant des conclusions civiles, puisqu'ils indiquent que les faits permettant de statuer sur les prétentions d'E._____ à l'encontre du prévenu n'ont pas été allégués à satisfaction. Comme le plaignant ne pouvait pas alléguer l'admission de sa créance à l'état de collocation de la faillite, qui est postérieur à ces deux jugements (30 août 2013), l'action civile formulée dans le cadre de la procédure pénale repose sur des faits nouveaux et rien ne s'oppose à ce que la Cour de céans statue sur celle-ci.

E. 8.3.2

En l'espèce, le dossier contient déjà certaines pièces produites par l'Office des faillites de Lausanne, soit l'état de collocation du 30 août 2013 et le tableau de distribution des deniers (P. 58/2 et 58/3). Dans la mesure où les premiers juges ont indiqué qu'ils n'étaient pas liés par la décision du préposé au sujet de cette créance (jgt, p. 24), l'appelant par voie de jonction est fondé à demander la production du dossier de la faillite au stade de la procédure d'appel. L'état de collocation de la faillite du 30 août 2013 retient qu'E._____ a subi un préjudice de 250'000 fr. dans le cadre de la faillite de M._____ SA (P. 58/2 et 62). Faute de contestation de cette créance par le prévenu dans la procédure de faillite, il faut admettre que le plaignant l'a rendue suffisamment vraisemblable dans la procédure pénale également. Comme l'acte de gestion fautive constitue aussi un acte illicite du prévenu, celui-ci répond civilement du découvert du plaignant dans la procédure de faillite. Toutefois, pour tenir compte du préjudice effectivement subi dans le cadre de la vente du commerce A._____, le montant alloué sera limité à 203'500 francs.

E. 9

En définitive, l'appel principal de X._____ et l'appel joint d'E._____ sont partiellement admis. Le jugement entrepris est réformé aux chiffres II et IV de son dispositif en ce sens que X._____ est condamné à une peine pécuniaire de 300 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 20 fr., et que X._____ est le débiteur d'E._____ de la somme de 203'500 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 novembre 2011 pour le dommage subi. La liste d'opérations produite par Me Jacques Micheli, défenseur d'office de l'appelant, indiquant 10 h 51 de travail, est admise. S'y ajoute 120 fr. pour une vacation. Au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité d'office s'élève à 2'232 fr. 60, TVA comprise ([1'953 fr. + 120 fr.] x 7,7 %). La liste d'opérations produite par Me Philippe Girod, conseil d'office de l'appelant par voie de jonction, indiquant 4h de travail et 50 fr. pour les débours, est admise. S'y ajoutent 45 min. pour l'audience d'appel et 120 fr. pour une vacation. Au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité d'office s'élève à 1'103 fr. 95 (855 fr. + 120 fr. + 50 fr.] x 7,7 %). Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel par 2'820 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1), l'indemnité du défenseur d'office de l'appelant par 2'232 fr. 60 et l'indemnité du

conseil d'office de l'appelant par voie de jonction par 1'103 fr. 95, soit au total 6'156 fr. 55, seront mis par deux tiers à la charge de l'appelant principal, qui succombe partiellement (art. 428 al. 1 CPP). Le solde est laissé à la charge de l'Etat. L'appelant ne sera tenu de rembourser à l'Etat les deux tiers de l'indemnité en faveur de son défenseur d'office et de l'indemnité en faveur du conseil d'office de l'appelant par voie de jonction que lorsque sa situation financière le permettra (art. 135 al. 4 let. a CPP).

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