

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 21 janvier 2019

Composition : Mme ROULEAU, présidente
Mme Fonjallaz et M. Stoudmann, juges
Greffière : Mme de Benoit

Parties à la présente cause :

R._____, prévenue et appelante, représentée par Me Yann Oppliger,
défenseur d'office à Renens,

et

MINISTERE PUBLIC, intimé, représenté par le Procureur du Ministère
public central, division criminalité économique,

OFFICE DES FAILLITES DE L'ARRONDISSEMENT DE LAUSANNE,
partie plaignante et intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 18 septembre 2018, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a constaté que R._____ s'était rendue coupable de gestion déloyale aggravée et de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (I), l'a condamnée à une peine pécuniaire de 40 jours-amende à 160 fr. le jour (II), avec sursis pendant 2 ans (III), a arrêté l'indemnité d'office allouée à son défenseur d'office (IV), a mis les frais, par 39'265 fr. 90, à la charge de R._____, y compris l'indemnité de son défenseur d'office (V) et a dit qu'elle était tenue au remboursement de celle-ci à l'Etat de Vaud que pour autant que sa situation financière le permette (VI).

B. Par annonce du 20 septembre 2018 et déclaration motivée du 6 novembre 2018, R._____ a interjeté appel contre le jugement précité auprès de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'elle est libérée de toute infraction, les frais étant laissés à la charge de l'Etat.

Par écriture du 27 novembre 2018, le Ministère public central, division criminalité économique, a indiqué qu'il s'en remettait à justice s'agissant de la recevabilité de l'appel et qu'il n'entendait pas présenter une demande de non-entrée en matière ni déclarer un appel joint.

Par courrier du 9 novembre 2018, l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne a indiqué n'avoir aucune détermination complémentaire à formuler et qu'il s'en remettait à justice quant à la suite à donner à l'appel.

Lors de l'audience d'appel du 21 janvier 2019, le Ministère public a conclu au rejet de l'appel.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. R._____ est née le [...] 1975 à [...], en France, pays dont elle est ressortissante. Divorcée de C._____, elle a eu deux enfants avec ce dernier, nés respectivement en 2006 et 2009. Actuellement, elle est employée en tant que médecin-dentiste par la société [...]. Elle perçoit un salaire de 13'500 fr. par mois et n'a pas de 13^{ème} salaire. Elle est propriétaire d'un appartement pour lequel elle débourse 1'200 fr. de charges hypothécaires ainsi que 512 fr. de frais de PPE. Ses primes d'assurance maladie se montent à 435 fr. par mois et celles de ses deux enfants à environ 108 fr. chacun par mois. C._____ lui verse un montant mensuel de 1'000 fr. à titre de contribution d'entretien pour les deux enfants issus de leur union. R._____ ne touche pas de contribution pour ses propres besoins.

Son casier judiciaire suisse ne contient aucune inscription.

2.

2.1 Le 29 avril 2008, R._____ a fondé avec son époux C._____ la société F._____. R._____ était administratrice-secrétaire de dite société, bénéficiant d'un droit de signature individuel, alors que son époux était administrateur-président. Tous deux étaient actionnaires à 50% de la société précitée. Dès sa constitution, la comptabilité a été confiée à Z._____, par son administrateur-secrétaire B._____.

A la fin du mois de mai 2010, la situation maritale des époux s'est lourdement dégradée pour devenir très conflictuelle, ce qui a eu de lourdes répercussions irréversibles, outre sur un plan privé, sur leur situation professionnelle respective. En effet, dès le mois de juillet 2010, C._____ a cessé d'exercer une activité lucrative au sein du cabinet précité. R._____ a alors repris seule les commandes de ladite entreprise,

bien qu'elle n'ait pas de connaissances en matière de gestion administrative. C'est dans le cadre de cette période de marasme personnel et professionnel que les faits dont il sera question ci-dessous se sont produits.

2.2 Le 17 septembre 2010, R._____ a adressé au Tribunal d'arrondissement de Lausanne un avis de surendettement « urgent » de la société F._____ (P. 4/2/3). Le 15 octobre 2010, elle a déposé une demande en dissolution pour justes motifs de ladite société avec requête de mesures provisionnelles et d'extrême urgence auprès de la Cour civile du Tribunal cantonal (P. 4/4/5). La faillite de la société a finalement été prononcée le 3 février 2011 (P. 4/2/14 et 75/1).

2.3 Le 26 novembre 2010, alors qu'elle savait la faillite imminente, R._____ a ouvert le compte bancaire n° [...] à son nom propre auprès de [...]. Elle a fait verser et a gardé par-devers elle une partie des honoraires des patients de la société F._____, agissant ainsi au détriment de cette dernière mais aussi des créanciers de celle-ci. Afin de détourner la vigilance des patients qui pensaient s'acquitter de leurs factures au bénéfice de la société, R._____ a intitulé le compte incriminé «F._____ », retranchant seulement l'acronyme « SA » (P. 27).

Entre le 5 janvier et le 30 septembre 2011, des patients de la société F._____ ont payé des honoraires qui étaient destinés à la société sur le compte [...] de R._____ pour un montant totalisant 40'149 fr. 65 (PV aud. 6 II 640 ss ; P. 47, 178 et 200/3). Parallèlement et jusqu'au 12 avril 2012, cette dernière a toutefois également procédé au paiement de frais relatifs au fonctionnement de la société depuis le compte incriminé, pour un montant totalisant 15'882 fr. 10 (P. 200/4).

R._____ s'est ainsi frauduleusement enrichie d'une somme globale de 24'267 fr. 55 (40'149 fr. 65 - 15'882 fr. 10) aux dépens de la société F._____. Au jour de la faillite, le montant indûment conservé par R._____ s'élevait à 11'497 fr. 65.

Lors de l'interrogatoire qui s'est tenu le 21 février 2011 pour établir la situation financière de la société faillie F._____, R._____ a volontairement omis de signaler à l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne l'existence du compte [...] n° [...] (P. 176 et 179).

Par acte du 7 mai 2013, l'administration de la masse en faillite de la société F._____, représentée par l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne, s'est portée partie plaignante demanderesse au civil (P. 75).

En droit :

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

2. Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, pour constatation incomplète ou erronée des faits et pour inopportunité (al. 3).

L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier ; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement (Eugster, *in*: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1

ad art. 398 CPP). L'immédiateté des preuves ne s'impose toutefois pas en instance d'appel. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure d'appel se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. La juridiction d'appel administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (art. 389 al. 3 CPP ; TF 6B_78/2012 du 27 août 2012 consid. 3.1).

3.

3.1 L'appelante reproche implicitement au premier juge une constatation erronée ou incomplète des faits. Elle fait en effet valoir, d'une part, que le jugement entrepris ne tiendrait pas compte du contexte des faits (soit le fait qu'elle se trouvait en pleine séparation personnelle et professionnelle d'avec son mari et associé C. _____, qui avait subitement quitté la société, la laissant seule gérante, alors qu'elle ne connaissait pas la marche des affaires). Le premier juge n'aurait également pas tenu compte de ses explications, en particulier qu'elle se croyait en droit d'exercer une activité indépendante en dehors de la société, qu'elle soupçonnait son mari de prélèvements indus, raison pour laquelle elle aurait créé cet autre compte, et qu'elle s'estimait en droit de « compenser » l'argent litigieux par rapport à la société. Elle fait en outre valoir qu'elle collaborait avec l'Office des faillites depuis le 15 octobre 2010 dans le cadre de la procédure de dépôt de bilan. Il serait faux, selon elle, de retenir qu'elle aurait « repris seule les commandes » de l'entreprise.

3.2 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, in : Kuhn/Jeanneret, Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 19 ad art. 398 CPP).

3.3 En l'occurrence, le jugement retient (p. 8) le contexte de la séparation houleuse et le fait que, dès le mois de juillet 2010, C._____ avait cessé d'exercer une activité au sein du cabinet, de sorte que la prévenue avait repris seule les commandes de la société. Sur ces points, le grief est infondé.

L'appelante se prévaut du fait qu'elle ne connaissait rien en matière de gestion administrative. A cet égard, il est vrai que le jugement de première instance ne mentionne pas ce fait, qui est pourtant établi par le témoignage de B._____, comptable pour le compte de la société fiduciaire s'occupant de la comptabilité de la société. On peut dès lors compléter l'état de fait sur ce point.

Le jugement (p. 9) reprend aussi les explications de la prévenue, à savoir qu'elle se croyait en droit d'exercer une activité indépendante en dehors de la société, qu'elle s'estimait en droit d'invoquer la compensation, et qu'elle avait agi de la sorte parce qu'elle craignait que son mari et associé vide les comptes de la société. Quant au fait que C._____ aurait été soupçonné de prélèvements indus, il n'est à juste titre pas retenu tel quel. En réalité, c'est la prévenue qui reprochait à son associé des prélèvements sur les comptes de la société, alors qu'il n'y venait plus travailler. Enfin, s'il ne dit pas que la prévenue affirmait collaborer avec l'Office des faillites depuis le 15 octobre 2010 dans le cadre de la procédure de dépôt de bilan, le jugement mentionne (p. 10) que la prévenue « s'est targuée durant toute l'enquête d'avoir averti (...) le préposé » et (p. 9) qu'elle avait déposé un avis de surendettement en septembre 2010. L'ensemble de ces éléments sont suffisants pour comprendre le point de vue de l'intéressée. On ne déplore donc pas de constatation inexacte des faits sur ces points. Ce dont se plaint en réalité l'appelante, c'est que le premier juge n'ait pas tiré de ces éléments les

mêmes conclusions qu'elle au moment d'examiner la réalisation des infractions litigieuses. Ce grief ne concerne pas l'établissement des faits.

4.

4.1 Invoquant une violation de l'art. 164 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0), l'appelante soutient que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réalisés.

Elle prétend qu'il n'y aurait pas eu de diminution effective de l'actif, puisqu'elle avait une créance de 80'000 fr. contre la société, dont 25'000 fr. de créance privilégiée garantie par gage (P. 238/7). Les versements pour 24'267 fr. 55 n'auraient pas été « gratuits », ils auraient au contraire permis de diminuer le passif de la société. En outre, elle soutient qu'il importerait peu qu'elle ait eu ou non « l'intention de procéder par compensation », puisqu'il s'agirait d'un élément objectif.

Par ailleurs, elle n'aurait pas eu l'intention de diminuer l'actif de la société, ni de nuire aux créanciers. L'appelante fait valoir qu'elle n'aurait rien dissimulé (P. 243/2-1) et que le substitut de l'Office des faillites, W._____, aurait déjà eu connaissance de l'existence du compte litigieux le 1^{er} mars 2011 (P. 176/3). Sur ce point, elle conteste le fait, retenu selon elle de façon erronée par le premier juge, selon lequel elle aurait dissimulé l'existence de ce compte à l'office, qui n'en aurait été informé que par une dénonciation émise le 7 mai 2013 par C._____ - et de son activité indépendante dans les locaux de la société (P. 176/1). Elle invoque le fait qu'elle a continué à payer les charges de la société avec l'argent parvenu sur le compte litigieux, après la faillite. Elle insiste encore sur le fait que les faits s'inscrivaient dans le contexte particulier de sa séparation personnelle et professionnelle d'avec son mari et associé C._____, dont les prélèvements sur les comptes de la société l'inquiétaient (P. 238/3), et que celui-ci, de son côté, avait aussi commencé une activité indépendante en dehors de la société (P. 238/5).

Elle est d'avis qu'en lui reprochant d'avoir dissimulé l'existence du compte litigieux à l'office, le jugement lui reproche en réalité la contravention de l'art. 323 ch. 4 CP, et non l'infraction de l'art. 164 CP. La contravention, si elle était réalisée - ce qu'elle conteste également - serait par ailleurs prescrite.

4.2 L'art. 164 ch. 1 CP réprime le comportement du débiteur qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, aura diminué son actif, notamment en cédant des valeurs patrimoniales à titre gratuit ou contre une prestation de valeur manifestement inférieure, en refusant sans raison valable des droits qui lui reviennent ou en renonçant gratuitement à des droits, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui. L'art. 164 ch. 2 CP s'applique au tiers qui, dans les mêmes conditions, se sera livré à ces agissements.

L'art. 164 CP réprime tout comportement qui a eu pour effet de diminuer l'actif destiné à désintéresser les créanciers. Le débiteur menacé d'insolvabilité ou de faillite a un devoir de sauvegarder pour ses créanciers le patrimoine qui subsiste (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3^e éd., Berne 2010, n. 1 et 4 ad art. 163 CP). L'art. 164 CP implique une diminution effective de la valeur économique disponible pour désintéresser les créanciers. Cette disposition envisage en particulier une aliénation sans contrepartie correspondante (Corboz, op. cit., n. 4 et 13 ad art. 164 CP; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 7^e éd., 2010, § 23 n. 20). L'art. 164 CP, à l'instar de l'art. 163 CP, constitue une infraction de mise en danger concrète. Il n'est donc pas nécessaire qu'un dommage concret survienne, c'est-à-dire que les créanciers subissent en définitive des pertes (Corboz, op. cit., n. 1 et 6 ad art. 163 CP ; Donatsch, Strafrecht III, 9^e éd., p. 332; Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, n. 8 ad art. 163 CP ; Müller, Distinction entre diminution fictive et diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (art. 163-164 CP), RPS 2008 p. 411 ss spéc. 415/416 ; ATF 107 IV 175, JdT 1983 IV 9). Un préjudice au détriment des créanciers peut déjà résulter des retards ou des difficultés apportées temporairement à l'exécution forcée (ATF 102 IV 172, JdT 1977 IV 136).

Le tiers n'est pas punissable s'il se borne à accepter les valeurs que lui cède le débiteur. Il engagera en revanche sa responsabilité pénale s'il concourt à l'infraction dont il bénéficie par des actes qui vont au-delà de la seule acceptation de la prestation (ATF 126 IV 5, JdT 2001 IV 110).

L'infraction est intentionnelle. L'intention doit porter sur les actes constitutifs de l'infraction et sur le fait que ces actes entraînent une diminution de l'actif qui, le cas échéant, doit servir à désintéresser les créanciers. Pour la volonté de causer un dommage aux créanciers, le dol éventuel suffit. Les mobiles de l'auteur sont sans pertinence. Peu importe qu'il agisse par intérêt personnel, par méchanceté, par jalousie ou pour d'autres raisons encore (Dupuis/Moreillon et al., Petit Commentaire du Code pénal, Bâle 2017, n. 17 ad art. 164 CP, qui renvoie à n. 15 ad art. 163 CP).

Tombe notamment sous le coup de l'art. 164 CP celui qui, exploitant une société qui finalement fait faillite, fonde une nouvelle société avec deux autres associés et remet à la société en formation le stock de marchandises de la société sur le point de faire faillite, sans aucune contrepartie (TF 6S.142/2003) et celui qui, proposant un assainissement sous la forme d'une cession d'entreprise avec actifs et passifs à une autre société dont il est l'administrateur, transfère des fonds d'un compte ouvert au nom de l'ancienne société à un compte ouvert au nom de la nouvelle, sans en informer le curateur nommé, nonobstant le fait qu'une partie des fonds transférés a servi à payer le salaire des employés de l'ancienne société jusqu'à sa faillite (TF 6S.438/2005).

4.3 En l'espèce, ce qui est en réalité reproché à la prévenue, ce n'est pas de ne pas avoir annoncé l'existence en tant que telle d'un compte à son nom, mais le fait que ce compte encaissait des honoraires qui auraient dû revenir à la société. La lettre du préposé du 1^{er} mars 2011, adressée au conseil de C._____, dont l'appelante se prévaut, n'établit nullement qu'il était conscient de cet état de fait ; on comprend au

contraire entre les lignes (la lecture de la P. 176 confirme cette analyse) qu'il estime que la masse en faillite n'a aucune prétention à faire valoir au sujet de ce compte, qui n'est pas au nom de la société. Ainsi, les différents contacts entretenus entre l'appelante et le préposé ne prouvent nullement que ce dernier ait su qu'elle ait encaissé les honoraires qui devaient revenir à la société.

La faillite a été prononcée le 3 février 2011. Alors qu'elle avait déposé un avis de surendettement de la société le 17 septembre 2010, dès le 5 janvier 2011 et jusqu'en septembre 2011, la prévenue a conservé par devers-elle des honoraires qui auraient dû, dès le 3 février 2011, tomber dans la masse et être distribués conformément au tableau de distribution à établir par l'Office des faillites. Elle n'a jamais eu l'intention, ce faisant, de solder des créances qu'elle aurait eues contre la société, puisqu'elle a produit des créances dans la faillite sans en déduire les honoraires de la société encaissés par elle et sans informer l'Office des faillites de ces encaissements. Non seulement elle n'a jamais invoqué la compensation, mais elle n'a jamais eu l'intention de le faire, puisqu'elle conteste devoir rembourser cet argent (cf. P. 238/9). On comprend que ce n'est que si elle est condamnée définitivement qu'elle remboursera par compensation avec les créances qu'elle a produites à l'état de collocation et qui sont pour partie contestées.

L'appelante feint de croire qu'on lui reproche d'avoir entrepris une activité d'indépendante alors que la société existait encore. Tel n'est pas le cas. Le fait que l'Office des faillites ait été informé de son activité indépendante importe peu. Encore une fois, cela ne signifie pas que le préposé ait été conscient que la prévenue mélangeait les patrimoines, et encore moins qu'il l'ait autorisée à agir de la sorte. Le fait que le futur ex-époux et associé travaille aussi à son compte personnel de son côté et la crainte de la prévenue qu'il ne vide les comptes de la société ne peuvent expliquer qu'après blocage des comptes de la société (dès l'été 2010, à la demande de la prévenue) puis faillite de cette dernière, la prévenue ait personnellement encaissé des honoraires de la société qui auraient donc dû parvenir à l'Office des faillites. Le fait qu'elle utilise une partie de

l'argent litigieux pour payer des créanciers sociaux de son choix nuit aussi aux autres créanciers. Quoi qu'il en soit, l'acte d'accusation lui reproche uniquement l'encaissement des sommes dont elle n'a pas pu justifier l'utilisation du point de vue de la société.

Par ailleurs, l'infraction a bien été commise intentionnellement, soit avec conscience et volonté, à tout le moins par dol éventuel. L'appelante ne prétend pas ne pas avoir compris que le patrimoine de la société était distinct du sien, même si elle fait valoir, d'un point de vue factuel, qu'elle avait dû reprendre les rênes de l'entreprise alors qu'elle n'y connaissait rien. Ce n'est en outre pas par inadvertance qu'elle a invité les clients de la société à payer les honoraires dus sur ce compte personnel, dont l'intitulé était quasiment identique à celui de la société. On constate ainsi que les arguments de l'appel concernent en réalité le mobile de la prévenue. Ce moyen doit donc être rejeté.

Partant, la condamnation de l'appelante pour cette infraction doit être confirmée.

5.

5.1 Invoquant une violation de l'art. 158 CP, l'appelante soutient que les éléments constitutifs de cette infraction ne seraient pas réalisés.

Premièrement, elle fait valoir qu'elle n'aurait pas eu l'intention de violer ses devoirs de gestion et de causer un dommage à la société. Elle reconnaît seulement avoir pu agir avec maladresse, voire négligence. Elle reprend ses précédents arguments : elle s'estimait en droit de compenser ; son but aurait été de protéger la société de son mari et associé ; elle aurait continué à payer les dettes de la société ; elle aurait agi avec transparence, obtenant l'accord de l'Office des faillites pour continuer à utiliser l'infrastructure et les locaux de la société, et aurait fait « mentionner les montants prélevés sur le compte litigieux et revenant à la société comme dettes à l'égard de celle-ci ».

En outre, il n'y aurait pas de dessein d'enrichissement illégitime. Elle rappelle que son comptable a confirmé qu'elle s'estimait en droit d'invoquer la compensation (PV aud. 6), qu'elle l'aurait fait par une lettre de son agent d'affaires breveté le 27 mai 2011 (P. 243/2/4), et que sa propre créance était plus élevée que les montants qu'on lui reproche d'avoir détournés, puisqu'elle a reçu un dividende dans la faillite (P. 238/8).

Enfin, elle fait valoir que la gestion déloyale simple serait prescrite.

5.2 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).

Sur le plan objectif, il faut que l'auteur ait un devoir de gestion ou de sauvegarde, qu'il ait violé une obligation inhérente à cette qualité et qu'il en soit résulté un dommage. Sur le plan subjectif, il faut qu'il ait agi intentionnellement. Le dessein d'enrichissement illégitime constitue une circonstance aggravante (art. 158 ch. 1 al. 3 CP).

L'infraction réprimée par l'art. 158 ch. 1 CP ne peut être commise que par une personne qui revêt la qualité de gérant. Selon la jurisprudence, il s'agit d'une personne à qui 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 ; ATF 123 IV 17 consid. 3b). La qualité de gérant suppose un degré d'indépendance suffisant et un pouvoir de disposition autonome sur les biens administrés. Ce pouvoir peut aussi bien se manifester par la passation d'actes juridiques que par la défense, au plan interne, d'intérêts patrimoniaux, ou encore par des actes matériels, l'essentiel étant que le gérant se trouve au

bénéfice d'un pouvoir de disposition autonome sur tout ou partie des intérêts pécuniaires d'autrui, sur les moyens de production ou le personnel d'une entreprise (ATF 123 IV 17 consid. 3b). Il est admis en règle générale que cette définition s'applique au directeur, gérant ou membre du comité d'une société coopérative (TF 6S.187/2004 du 18 février 2005 consid. 3.1 ; Dupuis/Moreillon et al., n° 11 ad art. 158 CP).

Le comportement délictueux visé à l'art. 158 CP n'est pas décrit par le texte légal. Il consiste à violer les devoirs inhérents à la qualité de gérant. Le gérant sera ainsi punissable s'il transgresse - par action ou par omission - les obligations spécifiques qui lui incombent en vertu de son devoir de gérer et de protéger les intérêts pécuniaires d'une tierce personne. Savoir s'il y a violation de telles obligations implique de déterminer, au préalable et pour chaque situation particulière, le contenu spécifique des devoirs incombant au gérant. Ces devoirs s'examinent au regard des dispositions légales et contractuelles applicables, des éventuels statuts, règlements internes, décisions de l'assemblée générale, buts de la société et usages spécifiques de la branche (TF 6B_233/2013 du 3 juin 2013 consid. 3.2 ; TF 6B_446/2010 du 14 octobre 2010 consid. 8.4.1).

La notion de « dommage » au sens de cette disposition doit être comprise comme pour les autres infractions contre le patrimoine, en particulier l'escroquerie (ATF 122 IV 279 consid. 2a). Ainsi, le dommage est une lésion du patrimoine sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif, mais aussi 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 ; ATF 123 IV 17 consid. 3d). Un dommage temporaire ou provisoire est suffisant (ATF 122 IV 279 consid. 2a ; TF 6B_1054/2010 du 16 juin 2011 consid. 2.2.1). Il n'est pas nécessaire que le dommage corresponde à l'enrichissement de l'auteur, ni qu'il soit chiffré; il suffit qu'il soit certain (TF 6B_967/2013 du 21 février 2014 consid. 3.3 ; TF 6B_986/2008 du 20 avril 2009 consid. 4.1).

La gestion déloyale est une infraction intentionnelle. La conscience et la volonté de l'auteur doivent englober la qualité de gérant, la violation du devoir de gestion et le dommage (TF 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.3.3). 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). Le dessein d'enrichissement illégitime n'est pas requis, mais constitue une circonstance aggravante.

5.3 En l'occurrence, l'appelante ne conteste pas sa qualité de gérante au sens de l'art. 158 CP ; à juste titre pour la période antérieure à la faillite. En revanche, cette qualité n'existait plus dès le 3 février 2011. S'il faut admettre que les montants encaissés avant la faillite tombent sous le coup de l'art. 158 CP, tel n'est pas le cas de ceux encaissés après le 3 février 2011. Le montant net indûment perçu s'élevait à 11'497 fr. 65 au moment de la faillite (P. 178/11). Ainsi, la gestion déloyale ne peut être retenue que pour cette somme.

La prévenue soutient d'abord qu'elle aurait « fait mentionner les montants prélevés sur le compte litigieux et revenant à la société comme dettes à l'égard de celle-ci », en se référant à l'acte d'accusation, p. 70. C'est une interprétation bien audacieuse de ce document car on y lit au contraire que la prévenue a émis des factures en son nom propre et non au nom de la société, pour des soins effectués bien avant le 1^{er} janvier 2011, et que c'est le comptable, en mai 2011, lorsqu'il a découvert ces agissements, qui a enregistré les encaissements litigieux dans la comptabilité de l'activité de la prévenue comme dettes à l'égard de la société, alors que celle-ci estimait au contraire n'avoir aucune dette à l'égard de la société.

Aux arguments de l'appelante concernant ses intentions, on peut opposer ce qui a été dit dans le cadre de l'examen de l'art. 164 CP (cf. *supra* consid. 4.3). L'appelante confond intention et mobile. Ce n'est pas par « négligence », soit par erreur, qu'elle a encaissé sur son compte personnel des honoraires dus à la société. Elle l'a fait délibérément, certes

pas dans le but final de nuire à la société, mais elle a accepté cette conséquence de ses actes. Il s'agit donc de dol éventuel et par conséquent, l'infraction de l'art. 158 CP est réalisée.

S'agissant du dessein d'enrichissement illégitime, on constate, comme déjà indiqué plus haut, que ce n'est que contrainte et forcée que la prévenue a fini par justifier ces agissements par la compensation. Il est plus que douteux que le « décompte » mentionné dans la lettre du 27 mai 2011 ait concerné les encaissements litigieux, l'Office des faillites n'étant pas conscient à cette époque de ces encaissements. Ce document n'est d'ailleurs pas joint à la pièce 243/2-4 : le mandataire de la prévenue émettait une production et contestait une créance dont elle aurait été débitrice en sa qualité de caution solidaire de la société à l'égard de la Banque [...]. Enfin, le fait qu'au final il n'y ait plus, en 2018, d'enrichissement illégitime parce que la masse a pu, grâce au dividende distribué, opérer une compensation avec les montants indûment perçus dans l'intervalle (P. 238/8) – que la prévenue n'admet que du bout des lèvres (P. 238/9) – n'exclut pas qu'il y ait eu, au départ, dessein d'enrichissement illégitime.

Il apparaît ainsi en définitive que la gestion déloyale aggravée doit être confirmée pour la période antérieure à la faillite, portant sur la somme de 11'497 fr. 65.

6.

6.1 L'appelante ne conteste pas la peine en tant que telle. Sa quotité sera donc examinée d'office.

6.2

6.2.1 Selon l'art. 164 CP, l'infraction de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers est punie d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Selon l'art. 158 ch. 1 CP, la gestion déloyale est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Si l'aggravante de l'al. 3 est réalisée, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de un à cinq ans.

6.2.2 Aux termes de 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).

Si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine (art. 49 al. 1 CP). Lorsqu'il s'avère que les peines envisagées sont du même genre, cette disposition impose au juge, dans un premier temps, de fixer la peine pour l'infraction abstraitement - d'après le cadre légal fixé pour chaque infraction à sanctionner - la plus grave, en tenant compte de tous les éléments pertinents, parmi lesquels les circonstances aggravantes ou atténuantes. Dans un second temps, il augmentera cette peine pour sanctionner chacune des autres infractions, en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives (TF 6B_559/2018 du 26 octobre 2018 destiné à la publication, consid. 1.1.2 et les réf. citées).

La peine 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 réf. cit.). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Par conséquent, celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 ; ATF 135 IV 130 consid. 5.3.1 ; ATF 134 IV 17 consid. 2.1 ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1).

6.3 En l'occurrence, la peine fixée par le premier juge, d'une quotité de 40 jours-amende, est légère au vu des infractions dont s'est rendue coupable la prévenue. Ainsi, l'abandon d'une partie de la gestion déloyale ne justifie pas de la revoir à la baisse. Elle tient manifestement compte du contexte exposé par la prévenue. La valeur du jour-amende n'est pas davantage contestée et peut être confirmée vu la situation financière de l'appelante.

7. Au vu de ce qui précède, l'appel de R. _____ doit être rejeté et le jugement attaqué confirmé.

La liste d'opérations produite par Me Yann Oppliger (P. 253), dont il n'y a pas lieu de s'écarter, fait état de 13 heures et 45 minutes consacrées à la procédure d'appel. Au tarif horaire de 180 fr. (cf. art. 2 al. 1 RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3], il convient de lui allouer un montant de 2'475 fr. à titre d'honoraires. A cela s'ajoute des débours par 90 centimes et une vacation par 120 fr., ainsi que la TVA sur le tout, au taux de 7,7%,

par 199 fr. 85. Partant, une indemnité d'un montant total de 2'795 fr. 75 sera allouée au défenseur d'office de R._____.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, constitués de l'émolument de jugement et d'audience, par 2'270 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]) et de l'indemnité du défenseur d'office de l'appelante, par 2'795 fr. 75, soit au total 5'065 fr. 75, doivent être mis à la charge de R._____, qui succombe (art. 428 al. 1, 1^{re} phrase, CPP).

L'appelante ne sera tenue de rembourser à l'Etat l'indemnité en faveur de son défenseur d'office que lorsque sa situation financière le permettra (art. 135 al. 4 let. a CPP).

La Cour d'appel pénale,
appliquant les art. 34, 42 al.1, 44 al.1, 47 al.1 et 2, 158 ch.1 al. 3 et
164 ch.1 CP et 398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel est rejeté.
- II. Le jugement rendu le 18 septembre 2018 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est confirmé selon le dispositif suivant :
 - I. constate que R._____ s'est rendue coupable de gestion déloyale aggravée et de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers ;*
 - II. condamne R._____ à la peine pécuniaire de 40 (quarante) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 160 fr. (cent soixante francs) ;*

- III. *dit que la peine prononcée sous chiffre II ci-dessus est suspendue et fixe à la condamnée un délai d'épreuve de 2 (deux) ans ;*
- IV. *alloue à Me Yann Oppliger, conseil d'office de R. _____ une indemnité totale de 29'153 fr. 40, sous déduction d'une indemnité intermédiaire d'ores et déjà versée de 23'768 fr. 10 ;*
- V. *met les frais par 39'265 fr. 90 à la charge de R. _____, lesquels comprennent l'indemnité totale de son conseil d'office fixée sous chiffre IV ci-dessus ;*
- VI. *dit que R. _____ sera tenue au remboursement auprès de l'Etat de Vaud de l'indemnité totale de son conseil d'office que pour autant que sa situation financière le permette."*

III. Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 2'795 fr. 75 (deux mille sept cent nonante-cinq francs et septante-cinq centimes), TVA et débours inclus, est allouée à Me Yann Oppliger.

IV. Les frais d'appel, par 5'065 fr. 75, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office, sont mis à la charge de R. _____.

V. R. _____ ne sera tenue de rembourser à l'Etat le montant de l'indemnité en faveur de son défenseur d'office prévue au ch. III ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra.

VI. Le jugement motivé est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **24 janvier 2019**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Yann Oppliger, avocat (pour R. _____),
- Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne,
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
 - M. le Procureur du Ministère public central, division criminalité économique,
 - Service de la population,
- par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

En vertu de l'art. 135 al. 3 let. b CPP, le présent jugement peut, en tant qu'il concerne l'indemnité d'office, faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP devant le Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 1 et 39 al. 1 LOAP [loi fédérale sur l'organisation des autorités fédérales du 19 mars 2010 ; RS 173.71]). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours dès la notification de l'arrêt attaqué (art. 396 al. 1 CPP).

La greffière :