

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/12859/2005

AARP/401/2013

**COUR DE JUSTICE**

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

**Arrêt du 6 août 2013**

Entre

**X**\_\_\_\_\_, comparant par M<sup>e</sup> Pierre DE PREUX, avocat, Canonica Valticos de Preux, rue Pierre-Fatio 15, case postale 3782, 1211 Genève 3,

**Y**\_\_\_\_\_, comparant par Me Doris LEUENBERGER, avocate, rue Micheli-du-Crest 4, 1205 Genève,

appelants,

contre le jugement JTP/855/2009 rendu le 5 juin 2009 par le Tribunal de police,

Et

**OFFICE DES FAILLITES**, chemin de la Marbrerie 13, case postale 1856, 1227 Carouge,

**LE MINISTÈRE PUBLIC** de la République et canton de Genève, route de Chancy 6b, 1213 Petit-Lancy, case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimés.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par pli(s) recommandé(s) du 13 septembre 2013 et à l'autorité inférieure.

---

**EN FAIT :**

**A. a.a** Par jugement du 5 juin 2009, notifié les 16 et 17 juin à X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_, le Tribunal de police les a reconnus coupables de diminution effective de l'actif au détriment des créanciers (art. 164 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; [CP ; RS 311.0]). Il a condamné le premier à une peine privative de liberté de 2 mois et dit que cette peine était complémentaire à celle prononcée par la Cour correctionnelle le 7 octobre 2008, et le second à une peine pécuniaire de 180 jours-amende à CHF 200.- le jour, avec sursis et délai d'épreuve de 3 ans. Le Tribunal de police a ordonné la confiscation, à concurrence de CHF 307'000.-, des comptes saisis auprès de A\_\_\_\_\_, de B\_\_\_\_\_ et de C\_\_\_\_\_, ouverts au nom de différents titulaires, et a ordonné la levée, sous déduction des frais, de la saisie conservatoire des autres comptes bancaires. Le Tribunal de police a enfin condamné X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ aux frais de la procédure, qui s'élèvent à CHF 2'110.-, y compris un émolument de jugement de CHF 200.-, à raison de la moitié chacun.

**a.b** Par arrêt du 28 juin 2010, la Cour de justice du canton de Genève a partiellement admis les appels de X\_\_\_\_\_ et de Y\_\_\_\_\_, en ce sens qu'elle a réduit le « montant confisqué » à CHF 148'424.-. Elle a en outre annulé la confiscation ordonnée sur plusieurs comptes. Enfin, elle a prononcé une créance compensatrice de CHF 103'124.20 à l'encontre de Y\_\_\_\_\_ et de CHF 30'224.15 à la charge de X\_\_\_\_\_ et séquestré, en garantie de ces créances, les avoirs déposés sur six comptes bancaires que l'autorité précédente avait confisqués. Le jugement du Tribunal de police a pour le surplus été confirmé.

**a.c** Par arrêts 6B\_635/2010 et 6B\_637/2010 du 19 avril 2011, le Tribunal fédéral a partiellement admis les recours interjetés par X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ et annulé l'arrêt de la Chambre pénale. La cause a été renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants, le Tribunal fédéral jugeant nécessaire qu'une expertise comptable soit ordonnée.

**b.** Il était reproché à X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_, en leur qualité d'actionnaire et/ou d'administrateur de D\_\_\_\_\_ (ci-après : D\_\_\_\_\_), d'avoir vidé cette société de sa substance, au profit de E\_\_\_\_\_, société dont Y\_\_\_\_\_ était actionnaire, ayant droit économique et directeur, par différentes manœuvres de cession de l'actif de D\_\_\_\_\_ sans contrepartie.

**c.a** Devant la Chambre pénale d'appel et de révision, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ concluent à leur acquittement et à la levée des saisies pénales.

Y\_\_\_\_\_ sollicite un délai, une fois son acquittement prononcé, pour faire valoir ses prétentions sur la base des articles 429 et 436 CPP.

**c.b** Le Ministère public conclut au rejet des appels.

**c.c** L'Office des faillites, en sa qualité d'administration de la faillite de D\_\_\_\_\_, persiste dans ses conclusions du 18 janvier 2010 en confiscation des valeurs patrimoniales saisies à concurrence de CHF 307'000.- et en restitution par voie d'allocation des valeurs ainsi confisquées.

**B.** Les faits encore pertinents à ce stade des débats et qui ressortent de la procédure sont les suivants :

**a.a** D\_\_\_\_\_ était une société inscrite au Registre du commerce de Genève (ci-après: le RC) le \_\_\_\_\_, dont le but était la commercialisation de cartes téléphoniques et autres services dans le domaine des télécommunications. Y\_\_\_\_\_ en était actionnaire et X\_\_\_\_\_ l'administrateur unique depuis le \_\_\_\_\_. La société a été dissoute par suite de faillite le \_\_\_\_\_.

**a.b** E\_\_\_\_\_, société inscrite au RC le \_\_\_\_\_, ayant pour but la distribution de cartes téléphoniques, était le principal, voire l'unique fournisseur de D\_\_\_\_\_. Y\_\_\_\_\_ en était le directeur.

**a.c** F\_\_\_\_\_, créée le \_\_\_\_\_, a repris l'activité de D\_\_\_\_\_ en occupant ses locaux. Elle a pour but le transfert d'argent et le change de devises, le déploiement de réseaux de télécommunication, le développement, l'exploitation et la commercialisation de produits et services de télécommunication, la vente d'alimentation et la prise de participations dans des entreprises, à l'exception de prises de participations immobilières en Suisse soumises à la LFAIE. Y\_\_\_\_\_ en est l'actionnaire et l'administrateur depuis mai 2007.

**a.d** G\_\_\_\_\_ (ci-après : G\_\_\_\_\_), était une société inscrite au RC le \_\_\_\_\_. Elle a été radiée le \_\_\_\_\_ par suite de cessation de l'exploitation. Y\_\_\_\_\_ était l'unique ayant droit économique des valeurs déposées sur le compte de cette société auprès du B\_\_\_\_\_.

**b.a** D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ ont conclu le 3 avril 2003 un contrat d'entreprise.

Afin de développer son activité, D\_\_\_\_\_ souhaitait informatiser les procédures de gestion de ses cartes téléphoniques. L'offre de la société H\_\_\_\_\_ (ci-après : H\_\_\_\_\_), reçue dans cette perspective, se chiffrait à CHF 650'000.-, montant que D\_\_\_\_\_ n'avait pas les moyens de payer. Intéressée indirectement par cette informatisation qui devait permettre un accroissement important des ventes, E\_\_\_\_\_ s'était proposée d'assumer le risque financier de l'opération en prenant à sa charge l'offre d'H\_\_\_\_\_.

Ainsi, selon ce contrat, D\_\_\_\_\_ donnait mandat à E\_\_\_\_\_ de développer un système de caisse pour l'automatisation des ventes des cartes téléphoniques, moyennant paiement de la première à la seconde de CHF 300'000.- en trois échéances. Dès le paiement complet, E\_\_\_\_\_ cédait à D\_\_\_\_\_ les droits de propriété intellectuelle du développement ainsi que la propriété de tout le matériel et

---

logiciel. En cas de non paiement, E\_\_\_\_\_ restait titulaire des droits et D\_\_\_\_\_ était tenue au versement de pénalités.

**b.b** Au début du mois de mars 2004, D\_\_\_\_\_ n'a pas été en mesure d'honorer ses obligations contractuelles, alors de CHF 260'000.-.

**b.c** E\_\_\_\_\_, d'avis que le système était indispensable à D\_\_\_\_\_ pour continuer son activité, a donné son accord pour résilier le contrat du 3 avril 2003, afin d'en conclure un nouveau, moyennant versement de CHF 200'000.- pour solde de tout compte à titre de dédommagement pour rupture du contrat.

**b.d** Le 19 mars 2004, D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ ont ainsi conclu un nouveau contrat. En paiement des CHF 200'000.- susmentionnés, D\_\_\_\_\_ s'engageait à céder l'intégralité de ses baux, garanties de loyers, et installations de télécommunication à E\_\_\_\_\_ avec effet au 1<sup>er</sup> avril 2004.

Dans ce même contrat, E\_\_\_\_\_ confiait à D\_\_\_\_\_ la gérance libre des magasins D\_\_\_\_\_ en Suisse, dès le 1<sup>er</sup> avril 2004. Le loyer, comprenant l'ensemble des installations, du mobilier et des systèmes de caisses des magasins, était fixé à CHF 40'000.- par mois pour six commerces. E\_\_\_\_\_ s'engageait à installer les systèmes de caisse dans les six surfaces D\_\_\_\_\_ dès le mois d'avril 2004, mais au plus tard à la fin du mois de septembre 2004.

**c.** Le 20 juillet 2005, l'Office des faillites, pour la masse en faillite de D\_\_\_\_\_, a déposé une plainte pénale pour fausse déclaration et diminution de l'actif au préjudice des créanciers. Contrairement aux déclarations de X\_\_\_\_\_, administrateur, la société était titulaire de plusieurs comptes bancaires. De plus, des actifs avaient été cédés à la moitié de leur valeur réelle, mais pour un montant supérieur à leur valeur au bilan. Un jeu d'écritures permettait de ne pas enregistrer un bénéfice, mais une perte importante. Par ces différentes manœuvres, D\_\_\_\_\_ avait manifestement avantagé un créancier. La masse en faillite de D\_\_\_\_\_ se constituait partie civile.

Le montant du découvert lors du dépôt de la plainte s'élevait à CHF 227'000.-.

**d.a** Le 2 juin 2006, X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ ont été inculpés, en leur qualité d'administrateurs de D\_\_\_\_\_, de diminution de l'actif au préjudice des créanciers et de fausse déclaration à l'Office des faillites, pour avoir omis d'indiquer que la société détenait encore un compte bancaire auprès de C\_\_\_\_\_ (ci-après : C\_\_\_\_\_, étant précisé que, dans les mois qui avaient précédé la faillite, toute l'activité de D\_\_\_\_\_ avait été reprise, sans contrepartie, par Y\_\_\_\_\_ ainsi que E\_\_\_\_\_.

**d.b** Le même jour, le Juge d'instruction a ordonné, avec effet immédiat, la saisie pénale conservatoire de tous les avoirs dont X\_\_\_\_\_, Y\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ étaient titulaires ou ayant droits économiques auprès du B\_\_\_\_\_, d'A\_\_\_\_\_ et de C\_\_\_\_\_, soit une somme totale de plus de CHF 200'000.-.

**e.a** X\_\_\_\_\_ a été entendu par la police. Les marges de la société D\_\_\_\_\_ sur la vente de cartes téléphoniques avaient diminué de moitié dès 2003. La société avait dû informatiser au maximum son activité et avait mandaté la société H\_\_\_\_\_ pour la réalisation d'un logiciel, dont le coût était en définitive de CHF 600'000.- à CHF 700'000.-. Les affaires étaient de plus en plus difficiles et D\_\_\_\_\_ n'avait pas eu les liquidités nécessaires pour poursuivre l'opération. E\_\_\_\_\_, en sa qualité de fournisseur principal de D\_\_\_\_\_, s'était engagée, le 3 avril 2003, à financer ce projet. D\_\_\_\_\_ n'avait pas été en mesure de rembourser l'avance qui lui avait été faite si bien qu'une nouvelle convention avait été signée le 19 mars 2004. E\_\_\_\_\_ n'avait pas été privilégiée dans la mesure où la valeur des actifs qu'elle avait repris à la valeur comptable était plus proche de zéro que de cette valeur comptable, si on tenait compte de la valeur de réalisation. X\_\_\_\_\_ avait proposé de licencier le personnel à la fin de l'année 2004, conformément aux délais légaux, mais les animateurs financiers de la société s'y étaient opposés, conservant l'espoir de trouver des solutions de redressement. Enfin, au moment de la cession des baux, il avait fait verser les intérêts produits par les garanties de loyer sur le compte de R\_\_\_\_\_, mandatée pour établir les décomptes de salaires et les payer.

**e.b** Suite à son inculpation, X\_\_\_\_\_ a contesté devant le Juge d'instruction les faits qui lui étaient reprochés. Il ignorait, au moment de sa déclaration à l'Office des faillites, qu'il restait un compte ouvert, sur lequel étaient déposés CHF 232.-, alors qu'il avait donné pour instruction de tous les solder. Il ne l'avait découvert que lorsque la banque l'avait contacté pour signer la clôture des comptes. Lorsqu'il avait pris ses fonctions d'administrateur de D\_\_\_\_\_, la situation était déjà difficile et il avait essayé de sauver la société, mais il avait fallu déposer le bilan, ce qui avait été préparé. Le directeur de cette société, Y\_\_\_\_\_, connaissait des difficultés et avait cherché de l'aide auprès de deux conseillers externes. Après la faillite, afin de conserver les synergies liées à D\_\_\_\_\_, Y\_\_\_\_\_ avait poursuivi l'activité avec la société F\_\_\_\_\_, laquelle connaissait d'ailleurs également des difficultés. Il n'y avait pas eu de sortie d'actifs de D\_\_\_\_\_ sans contrepartie.

Après son entrée au Conseil d'administration de D\_\_\_\_\_ en septembre 2004, X\_\_\_\_\_ avait reçu le bilan au 31 décembre 2003, non audité; l'exercice 2004 n'avait jamais été bouclé en raison de la faillite prononcée le 22 février 2005. Il avait envisagé avec Y\_\_\_\_\_, à la fin de l'année 2004, d'abandonner le développement du logiciel et d'en acquérir un existant sur le marché, pour un prix d'environ CHF 80'000.-, mais cela n'avait pas été possible, faute d'argent. En définitive, l'engagement d'un informaticien pour terminer le développement du programme avait coûté beaucoup plus cher qu'un logiciel standard.

**e.c** X\_\_\_\_\_ a confirmé ses précédentes déclarations devant le Tribunal de police.

Il savait que la société était en difficulté lorsqu'il avait accepté le mandat d'administrateur. Il avait des idées originales en matière de sauvetage ou reprise d'entreprise, raison pour laquelle il avait été fait appel à lui. Il n'avait pas d'emblée

pensé qu'il fallait déposer le bilan, mais avait été optimiste, tout comme Y\_\_\_\_\_. Son idée directrice était d'une part d'élargir les possibilités de gains et d'autre part d'optimiser la vente du produit principal, ce qui ne pouvait se faire que par l'achèvement du produit informatique. Ils n'avaient pas obtenu de prêt des banques et n'avaient pas trouvé d'investisseur, en raison de la concurrence de multinationales.

**f.a** Devant le Juge d'instruction, Y\_\_\_\_\_ a contesté les faits qui lui étaient reprochés. L'activité de D\_\_\_\_\_ avait été reprise par F\_\_\_\_\_, dont il était actionnaire. Le logiciel dont la réalisation avait été confiée à la société H\_\_\_\_\_ nécessitait encore CHF 150'000.- pour être terminé, mais cette société avait fait faillite.

Il n'avait jamais été administrateur de D\_\_\_\_\_. Il n'avait jamais été interrogé par l'Office des faillites si bien qu'il n'avait pas pu faire de fausses déclarations. E\_\_\_\_\_, créancière de D\_\_\_\_\_, était propriétaire des actifs qui lui avaient été transférés par celle-ci depuis de nombreux mois, soit avant la faillite.

E\_\_\_\_\_ avait payé le développement du logiciel destiné à D\_\_\_\_\_ et, en contrepartie, D\_\_\_\_\_ lui avait cédé son mobilier et son bail. A la suite de la faillite de D\_\_\_\_\_, Y\_\_\_\_\_ avait engagé, via la société F\_\_\_\_\_, un employé de la société H\_\_\_\_\_ pour terminer le développement du programme, à qui il lui arrivait encore de téléphoner aujourd'hui pour des renseignements. Il avait également engagé un tiers pour la maintenance. Les kiosques I\_\_\_\_\_ avaient commencé à distribuer leurs propres cartes prépayées dès le mois de septembre 2003.

**f.b** Y\_\_\_\_\_ a confirmé ses déclarations devant le Tribunal de police.

**g.** Entendu par le Juge d'instruction, J\_\_\_\_\_, représentant de l'Office des faillites, a confirmé sa plainte. L'unique actionnaire de D\_\_\_\_\_, Y\_\_\_\_\_, avait continué l'activité de cette société au travers de E\_\_\_\_\_ qui avait repris le mobilier, les installations et le développement du système informatique et à laquelle D\_\_\_\_\_ devait en plus une somme mensuelle de CHF 40'000.-. Le découvert s'élevait à environ CHF 227'000.-, représentant essentiellement des salaires, ceux de février n'ayant pas été payés complètement. En outre, au 31 décembre 2004, il y avait un actif de CHF 80'000.- de cartes téléphoniques, qui n'avait pas été repris par E\_\_\_\_\_ et qui avait disparu entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 22 février 2005. Des charges de location en gérance avaient été facturées à hauteur de CHF 360'000.- par E\_\_\_\_\_ à D\_\_\_\_\_ sur 9 ou 10 mois, alors qu'en 2003, les loyers étaient de CHF 290'000.-, charges comprises. En 2004, les charges de D\_\_\_\_\_ s'étaient considérablement alourdies, compte tenu notamment des refacturations faites à E\_\_\_\_\_, ce qui était contradictoire avec la volonté d'améliorer la situation de D\_\_\_\_\_ en réduisant ses charges. Un montant de CHF 680'000.- avait ainsi été facturé par E\_\_\_\_\_ à D\_\_\_\_\_ en 2004 (CHF 360'000.- de loyer de gérance, CHF 120'000.- d'honoraires de distribution et CHF 200'000.- d'indemnité de rupture de contrat).

**h.** Plusieurs personnes ont été entendues dans le cadre de la procédure :

**h.a** K\_\_\_\_\_ avait tenu la comptabilité de D\_\_\_\_\_ dès 2001. Dès la fin de l'année 2002, des problèmes financiers étaient apparus et des fournisseurs n'étaient pas payés. Les marges avaient beaucoup diminué au fil du temps. D\_\_\_\_\_ avait par ailleurs procédé à d'importants investissements pour des installations téléphoniques dans ses magasins. Elle s'était engagée pour le développement d'un logiciel, qu'elle n'avait jamais pu payer. Ses propres honoraires avaient toujours été régulièrement payés. Une somme mensuelle de CHF 12'000.- avait été versée par D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_ à titre d'appui administratif (mise à disposition d'une secrétaire, facturation, logistique). Une somme mensuelle de CHF 40'000.- avait également été payée dès le 1<sup>er</sup> avril 2004 à titre de loyer de gérance libre à E\_\_\_\_\_, laquelle l'utilisait pour payer les loyers. Au 31 décembre 2004, une somme de CHF 142'521.- avait été virée à la société G\_\_\_\_\_, à la suite d'une cession de créance.

Devant le Tribunal de police, K\_\_\_\_\_ a confirmé ses précédentes déclarations. D\_\_\_\_\_ n'avait jamais été propriétaire du logiciel, qu'elle n'avait pas payé. Il n'y avait jamais eu de paiement de D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_ pour le logiciel, au développement duquel les deux sociétés avaient un intérêt commercial. E\_\_\_\_\_ avait mis du personnel à disposition de D\_\_\_\_\_ contre paiement d'un montant mensuel forfaitaire de CHF 12'000.-, à savoir quatre personnes, qui travaillaient pour les deux entreprises. Concernant le montant mensuel de CHF 40'000.-, les loyers s'élevaient à eux seuls à plus de CHF 20'000.-.

**h.b** L\_\_\_\_\_, employé de E\_\_\_\_\_, avait travaillé au développement du logiciel avec la société H\_\_\_\_\_. A la fin, le système n'était pas totalement opérationnel, mais il fonctionnait. La distribution physique de cartes aux clients avait été utilisée dès l'été 2003, lors des Fêtes de Genève, mais l'installation dans les magasins ne s'était faite que six mois plus tard.

**h.c** M\_\_\_\_\_ était employé par E\_\_\_\_\_ pour des questions informatiques, mais travaillait également pour le compte de D\_\_\_\_\_. Après la faillite de celle-ci, il avait été employé par F\_\_\_\_\_, qui avait repris les activités de D\_\_\_\_\_. Le programme développé par H\_\_\_\_\_ ne fonctionnait que partiellement, mais la poursuite de son développement coûtait beaucoup plus cher que l'acquisition d'un logiciel standard.

**h.d** N\_\_\_\_\_ a été entendu par la Chambre pénale. Il avait été consulté pour le développement des entreprises de Y\_\_\_\_\_ et pour le redressement d'un projet informatique, sans pouvoir préciser s'il était intervenu pour D\_\_\_\_\_ ou E\_\_\_\_\_. X\_\_\_\_\_ avait cherché de nouveaux investisseurs et il s'était comporté de manière professionnelle. Le marché était difficile et sans X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_, la faillite serait intervenue plus tôt.

**C. a.a** Conformément aux exigences du Tribunal fédéral, par ordonnance du 2 mars 2012, la Chambre pénale d'appel et de révision (ci-après : CPAR) a communiqué aux

parties un projet de mission d'expertise, désignant O\_\_\_\_\_, expert-comptable diplômé, en qualité d'expert en lui confiant la mission de :

A) Prendre connaissance de l'intégralité du dossier de la procédure pénale P/12859/2005 et en particulier des opérations suivantes (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B\_635/2010 et 6B\_637/2010 du 19 avril 2011) :

a1) dire si la société D\_\_\_\_\_ (actuellement en liquidation) a versé mensuellement la somme de CHF 40'000.- à E\_\_\_\_\_, succursale \_\_\_\_\_ (radiée le \_\_\_\_\_) dès le 1<sup>er</sup> avril 2004 et sinon quelle opération a été effectuée en rapport avec cette somme ;

a2) dire si le transfert de compte à compte de la somme de CHF 142'251.- au 31 décembre 2004 a eu un effet sur l'état des actifs de D\_\_\_\_\_ ;

a3) déterminer la ou les opération(s) ayant conduit à porter au crédit du compte créancier de E\_\_\_\_\_ la somme de CHF 12'912.- le 15 janvier 2005 ;

a4) déterminer l'objet et la portée des conventions des 3 avril 2003 et 19 avril 2004 (recte : mars) entre D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ ;

a5) dire si les versements mensuels de CHF 12'912.- de D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_ en 2004 avaient pour objet une contre-prestation ;

a6) dire si les « versements internes » de CHF 70'400.- et de 47'300.- de D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_ intervenus les 7 et 11 février 2005 avaient pour objet une contre-prestation.

B) Déterminer pour chacune des opérations :

b1) la valeur réelle de l'actif transféré, soit sa valeur comptable et/ou sa valeur économique et/ou de marché ;

b2) la valeur réelle de la contre-prestation fournie, soit sa valeur comptable et/ou sa valeur économique et/ou de marché.

C) Apprécier la justification économique de chacune de ces opérations.

D) Faire toutes autres remarques utiles.

**a.b** Aucune des parties n'a fait valoir de motifs de récusation à l'égard de l'expert pressenti.

**a.c** Seul X\_\_\_\_\_ a demandé des adjonctions à la mission d'expertise. Il souhaitait voir l'expert autorisé à prendre contact avec les parties ou avec des tiers pour réaliser sa mission d'expertise et les questions complétées de la manière suivante :

a1) La créance a-t-elle été correctement imputée dans les comptes de la société D\_\_\_\_\_?

a2) D\_\_\_\_\_ a-t-elle versé le solde du compte de paiement de loyer, soit CHF 142'251.-, à une société G\_\_\_\_\_ au 31 décembre 2004?

a4) Prendre position sur la détermination de X\_\_\_\_\_ du 11 janvier 2010 « analyse de la faillite de D\_\_\_\_\_ et projections », en particulier sur les « extrapolations » qui y figurent (cf. chargé de pièces du 14 janvier 2010, pièce 1).

a5) Dire si les versements de CHF 12'912.- étaient justifiés.

**a.d** Par ordonnance du 28 mars 2012, la CPAR a désigné O\_\_\_\_\_, expert-comptable diplômé, en qualité d'expert en lui donnant comme mission de répondre aux questions proposées aux parties dans le projet du 2 mars 2012. L'audition des prévenus ou de tiers pouvant se faire dans les formes prévues par l'art. 185 al. 4 du Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0), la CPAR n'a pas modifié la mission sur ce point. Pour tenir compte des remarques de l'appelant, la question a2) a été reformulée comme suit :

a2) dire si le transfert de compte à compte de la somme de CHF 142'251.- au 31 décembre 2004 a eu un effet sur l'état des actifs de D\_\_\_\_\_ et/ou si cette somme a été versée à une société tierce, le cas échéant à quelle date.

**a.e** Le 21 juin 2012, suite à la demande de l'expert, la CPAR a ordonné la production de documents et informations complémentaires.

**b.** Le 17 septembre 2012, O\_\_\_\_\_ a rendu son rapport d'expertise et répondu aux questions posées par la CPAR :

a1) D\_\_\_\_\_ n'avait pas versé CHF 40'000.- à E\_\_\_\_\_. Elle avait enregistré mensuellement ce montant dans ses comptes, dès le 1<sup>er</sup> avril 2004, comme un engagement envers E\_\_\_\_\_. Il représentait le loyer mensuel de gérance libre dû par D\_\_\_\_\_, dès cette date, pour les six magasins qu'elle exploitait en Suisse, conformément aux termes de la convention du 19 mars 2004.

En parallèle, D\_\_\_\_\_ avait continué à encaisser entre le 1<sup>er</sup> avril 2004 et le 31 décembre 2004 CHF 11'000.- de produits de sous-location, alors que ce montant revenait à E\_\_\_\_\_ en raison de la cession des baux convenue dans la convention du 19 mars 2004. Ces encaissements avaient été enregistrés dans les comptes de D\_\_\_\_\_ comme des engagements envers E\_\_\_\_\_. La question du traitement des produits de sous-location était sujette à discussion et pour les experts, "cas échéant il ne paraissait pas anormal que ces montants puissent bénéficier à D\_\_\_\_\_". Dans une telle hypothèse, la dette envers E\_\_\_\_\_ serait réduite à fin 2004 des CHF 11'000.- du produit de sous-location.

Enfin, après le 1<sup>er</sup> avril 2004, D\_\_\_\_\_ avait continué à payer les loyers des baux qu'elle avait cédés à E\_\_\_\_\_ mais ces paiements avaient été correctement

enregistrés dans les comptes de D\_\_\_\_\_ au débit du compte créancier de E\_\_\_\_\_, diminuant ainsi l'engagement envers cette dernière.

En application de la convention du 19 mars 2004, à la fin de cette même année, la dette de D\_\_\_\_\_ envers E\_\_\_\_\_ ne représentait plus que CHF 142'521.80 et pouvait être encore réduite du produit de sous-location.

Ainsi, bien que D\_\_\_\_\_ n'ait pas versé les CHF 40'000.- à E\_\_\_\_\_, une partie importante de l'engagement envers celle-ci avait été indirectement payée par celle-là, en raison des loyers et frais d'entretien des locaux directement payés par D\_\_\_\_\_.

a2) Le transfert de compte à compte de la somme de CHF 142'251.- correspondait à l'enregistrement comptable de la cession par E\_\_\_\_\_ à G\_\_\_\_\_ de sa créance contre D\_\_\_\_\_.

Aucun contrat de cession de créance ne figurait au dossier, mais indépendamment de ce document formel, une telle cession de créance n'avait entraîné aucune modification des engagements globaux de la société D\_\_\_\_\_, ni de sa fortune.

Aucun versement d'un montant de CHF 142'251.- à G\_\_\_\_\_ ou à une société tierce n'apparaissait dans la comptabilité ou dans les relevés de comptes bancaires de D\_\_\_\_\_ pour les exercices 2004-2005.

En conclusion, le transfert de compte à compte de la somme de CHF 142'251.- n'avait eu aucun effet sur les actifs de D\_\_\_\_\_, ni sur ses actifs nets, et cette dette n'avait pas été éteinte par un versement d'un tel montant à G\_\_\_\_\_, ni à une société ou personne tierce.

Il n'y avait pas lieu d'apprécier la justification économique de cette opération, dans la mesure où celle-ci concernait le cédant et le cessionnaire de la créance.

Cette créance correspondait au montant de la dette de D\_\_\_\_\_ envers E\_\_\_\_\_ à fin 2004 en lien avec la convention du 19 mars 2004.

a3) L'expert a relevé que K\_\_\_\_\_, comptable externe de D\_\_\_\_\_, avait expliqué en audience que le montant de CHF 12'912.- correspondait à la rémunération de prestations mensuelles délivrées par E\_\_\_\_\_, consistant en un appui administratif à D\_\_\_\_\_. Selon Y\_\_\_\_\_, « le montant forfaitaire de CHF 12'000.- HT (CHF 12'912.- TTC) représentait une répartition des salaires et frais du personnel employé et salarié de E\_\_\_\_\_ et mis à disposition de D\_\_\_\_\_ ». « Il n'y avait pas de convention écrite entre D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ car les sociétés étaient proches l'une de l'autre ». L'expert ne pouvait pas déterminer si ces prestations, facturées mensuellement et forfaitairement par E\_\_\_\_\_ depuis mars 2004 et effectivement payées par D\_\_\_\_\_, étaient en tout ou partie nécessaires, respectivement économiquement justifiées pour D\_\_\_\_\_.

L'expert avait essayé de trouver des pistes permettant de répondre à cette question. Il n'avait pas constaté de diminution de charges notable, notamment salariale, en parallèle à cette facturation et avait pu constater que l'évolution des activités de la société, appréhendée succinctement au travers de celle de son volume d'affaires avant et après le début de cette facturation, ne permettait pas d'expliquer un besoin en ressources humaines supplémentaire, le chiffre d'affaires se réduisant sensiblement.

Aucun lien ne pouvait être établi entre ces nouvelles prestations prises en charge par D\_\_\_\_\_, l'utilisation du nouveau système de gestion de l'activité et les nouvelles caisses enregistreuses puisque, selon les propos de Y\_\_\_\_\_, ceux-ci n'auraient pas été livrés et installés dans les magasins avant l'automne 2004.

Il n'y avait pas eu d'amélioration significative des résultats de la société depuis l'automne 2004.

Les témoignages de plusieurs personnes mentionnées dans la facture mensuelle de E\_\_\_\_\_ confirmaient qu'elles avaient déployé des activités pour D\_\_\_\_\_. Toutefois, une partie de ces prestations étaient probablement déjà fournies avant mars 2004, soit avant la facturation par E\_\_\_\_\_.

Le témoignage de l'ancien directeur de D\_\_\_\_\_, licencié à fin \_\_\_\_\_, révélait que son rôle était pour une grande part administratif. Le but de la résiliation de son contrat était de faire des économies. Il n'avait pas été remplacé, ce qui pourrait expliquer une partie des prestations administratives facturées par E\_\_\_\_\_ depuis mars 2004.

En conclusion, l'expert ne pouvait pas se déterminer de manière certaine sur le fondement économique des prestations facturées. Aucun contrat écrit ne les définissait précisément. Néanmoins, dans la mesure où certaines de ces prestations apparaissaient en lien avec le développement, la mise au point et la mise en service des nouvelles installations et des systèmes de caisse, il s'interrogeait sur le bien-fondé de leur facturation à D\_\_\_\_\_. En effet, dans le contrat du 19 mars 2004, E\_\_\_\_\_ avait remis en gérance libre à D\_\_\_\_\_, pour un loyer de CHF 40'000.- par mois, les six magasins « comprenant l'ensemble des installations et du mobilier et des systèmes de caisses dans les six magasins ». Il n'y avait a priori pas de raison pour D\_\_\_\_\_ de participer financièrement au coût de développement de l'outil de gestion dont l'utilisation lui avait été facturée dès avril 2004 sous forme d'un loyer, alors même que cet outil n'était pas encore fonctionnel, respectivement ne l'avait semble-t-il jamais réellement été. Enfin, certaines prestations facturées par E\_\_\_\_\_ dès mars 2004 étaient probablement déjà fournies par cette dernière avant cette date sans faire l'objet d'une facturation spécifique.

a4) A. Objet et analyse du contrat d'entreprise du 3 avril 2003.

Le contrat d'entreprise du 3 avril 2003 indiquait explicitement dans son préambule le contexte dans lequel il avait été conclu. L'objet du contrat était de définir les conditions et clauses dans lesquelles le soutien de E\_\_\_\_\_ prenait place.

Pour l'expert, la clause de dommage pour résiliation anticipée du contrat semblait extrêmement lourde. Toutefois, cette clause s'appliquait aux deux parties. Par ailleurs, le contrat ne pouvait être jugé désavantageux pour D\_\_\_\_\_, puisqu'en respectant l'échéancier et en s'acquittant de 46,15% du prix de l'offre de H\_\_\_\_\_, elle obtenait 100% de la propriété intellectuelle du développement et la propriété de tout le matériel et logiciel. Par ailleurs, selon le contrat entre E\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ une grande partie des prestations à délivrer concernait du matériel, le logiciel informatique représentant CHF 250'000.-.

Une question importante était celle de savoir si, au moment de la conclusion du contrat, D\_\_\_\_\_ avait correctement évalué sa capacité à honorer ses engagements. Le volume d'affaires de l'exercice 2003 avait considérablement chuté sur la base des comptes annuels de cette période, alors que la marge brute en CHF n'avait baissé que de 12%, de sorte qu'il n'était pas exclu que D\_\_\_\_\_ avait surestimé les marges qu'elle pensait pouvoir dégager en 2003. Même sans la diminution du volume d'affaires, en 2003, l'engagement pris par D\_\_\_\_\_ de verser CHF 220'000.- à E\_\_\_\_\_ la même année était important. En juillet 2003, la société avait obtenu un apport de financement par le biais de l'augmentation pour CHF 200'000.- de son capital-actions. Le produit de cette augmentation avait immédiatement été utilisé pour payer une facture de E\_\_\_\_\_ pour des achats de cartes en juillet 2003. A l'examen du tableau comparatif des charges et produits par mois de D\_\_\_\_\_, le mois de juillet 2003 était le seul mois dans lequel une marge brute négative apparaissait, consécutive à cet achat. Peut-être ces importants achats avaient-ils été réalisés en vue d'une provision de ventes élevées dans cette période qui ne se serait pas réalisée par la suite, de sorte qu'une partie des achats représenterait du stock à la fin du mois.

L'expert a également constaté que D\_\_\_\_\_ n'avait honoré aucun de ses engagements envers E\_\_\_\_\_, pas même le premier versement dû à sa signature, si bien qu'il était possible de s'interroger sur la question de savoir si la société ignorait son incapacité à couvrir ses engagements.

L'augmentation de capital de D\_\_\_\_\_ en 2003 semblait avoir été souscrite par une société du nom de H\_\_\_\_\_, puisque les CHF 200'000.- avaient été versés par cette dernière selon indication sur l'avis de crédit de la C\_\_\_\_\_. Cette constatation corroborait la déclaration de Y\_\_\_\_\_ faite lors de l'audience du 21 juin 2007, selon laquelle il indiquait n'être qu'un actionnaire minoritaire de D\_\_\_\_\_ (à hauteur de 12%), dans la mesure où les deux augmentations de capital successives avaient été souscrites par des sociétés de télécommunications étrangères.

D\_\_\_\_\_ ne devait financer que 46 % des coûts du contrat entre E\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_. Or, la part du financement à laquelle D\_\_\_\_\_ s'était engagée durant l'année 2003 représentait en moyenne 70% des engagements de E\_\_\_\_\_ envers H\_\_\_\_\_. En effet, les montants facturés par H\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_ étaient inférieurs, ou selon un échéancier différent, que ceux convenus initialement par contrat, peut-être en raison d'un développement moins rapide des logiciels. La question restait ouverte de savoir si E\_\_\_\_\_ avait fait bénéficier D\_\_\_\_\_ de la modification de l'échéancier des paiements à H\_\_\_\_\_. Les faits rappelés en préambule au contrat du 19 mars 2004 laissaient penser que non, puisque la totalité des montants contractuellement dus par D\_\_\_\_\_ y était mentionnée. Il en résultait que le respect des engagements contractuellement dus par D\_\_\_\_\_ envers E\_\_\_\_\_ pour l'année 2003 (CHF 220'000.-) aurait permis à cette dernière de couvrir la totalité des versements qu'elle avait effectués à H\_\_\_\_\_.

Le contrat entre H\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ avait été modifié par un avenant le 17 octobre 2003, modifiant sensiblement le cahier des charges.

De plus, le contrat entre E\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ stipulait que la propriété intellectuelle du produit appartenait aux deux conjointement, et que la vente devrait se faire de façon concertée avec un partage des marges de 50%. E\_\_\_\_\_ ne pouvait par conséquent pas s'engager à transférer la propriété entière à D\_\_\_\_\_. Un avenant au contrat, du 10 février 2004, prévoyait cependant que désormais, la propriété intellectuelle du produit mentionné dans le cahier des charges appartenait uniquement à E\_\_\_\_\_.

Selon l'expert, les comptes non audités au 31 décembre 2003 de D\_\_\_\_\_, respectivement son bilan, ne faisaient pas apparaître au passif son engagement envers E\_\_\_\_\_ (CHF 220'000.-), ni dans son actif la contrepartie de ce montant correspondant à son investissement. Au dossier ne figurait aucune facture de E\_\_\_\_\_ adressée à D\_\_\_\_\_ en lien avec le contrat. Ces factures n'avaient peut-être pas été émises, dans la mesure où E\_\_\_\_\_ n'avait elle-même enregistré aucune créance contre D\_\_\_\_\_ dans sa comptabilité en 2003.

a4) B. Objet et analyse de la convention du 19 mars 2004 entre D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_.

Cette convention constatait le défaut de D\_\_\_\_\_ à honorer les engagements pris par contrat d'entreprise du 3 avril 2003, en déterminait les conséquences et envisageait la suite d'une collaboration entre D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_.

Pour D\_\_\_\_\_, les conséquences financières au niveau de son résultat d'exploitation, étaient les suivantes :

- Elle devait assumer des charges supplémentaires mensuelles de l'ordre de CHF 11'000.- et des sorties de liquidités supplémentaires de CHF 18'000.-.

- La plupart des échéances mensuelles du contrat du 1<sup>er</sup> avril 2003 représentaient CHF 20'000.-. Dans la mesure où D\_\_\_\_\_ n'avait précédemment pas pu honorer son contrat, on pouvait s'interroger sur sa capacité à honorer ses nouveaux engagements.

- La charge mensuelle de CHF 11'000.- mentionnée ci-dessus avait aussi pour contre-prestation la mise à disposition des outils de gestion, du logiciel de caisse et du matériel qui devait être délivré par la société H\_\_\_\_\_. Les prestations et contre-prestations convenues dans le contrat de gérance libre des magasins n'apparaissaient pas disproportionnées. Il aurait fallu à E\_\_\_\_\_ cinq années de loyer de gérance libre pour couvrir le coût de son investissement. Cette conclusion n'était cependant valable que dans la mesure où le nouveau système de caisse était effectivement livré et fonctionnel et que D\_\_\_\_\_ ne participait pas au coût de son développement ou mise au point. Or, selon les témoignages, le nouveau système de caisse n'avait jamais été réellement opérationnel avant la cessation des activités de D\_\_\_\_\_, alors que E\_\_\_\_\_ était engagée par contrat du 19 mars 2004 à les livrer et les installer entre avril et septembre 2004.

Cette conclusion était également conditionnée à l'hypothèse que l'intégralité des outils développés ou devant être livrés par H\_\_\_\_\_ pour un coût total de l'ordre de CHF 700'000.- soient effectivement mis à disposition de D\_\_\_\_\_. Cependant, l'expert se demandait si tel avait bien été le cas, car le contrat du 19 mars 2004 n'engageait E\_\_\_\_\_ qu'à l'installation de systèmes de caisses. De plus, le contrat entre E\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ avait été substantiellement modifié par avenant du 17 octobre 2003, afin de développer les logiciels pour automates et livrer jusqu'à 13 automates au détriment du développement et de la livraison de matériel pour les kiosques.

L'expert a également analysé si la valeur économique des actifs et contrats de bail transférés ou cédés par D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_ correspondait au montant de la pénalité conventionnelle de CHF 200'000.- pour résiliation du contrat du 3 avril 2003.

Il en résultait les remarques suivantes :

Les baux et loyers avaient été transférés sans prise en compte d'une valorisation. Etant donné que les baux avaient été conclus entre les années 2000 et 2001, trois à quatre ans avant leur transfert à E\_\_\_\_\_, les conditions contractuelles de ces baux devaient raisonnablement correspondre au prix du marché à la date de ces cessions. La cession des baux n'avait été formalisée avec les bailleurs qu'au début de l'année 2005.

Les comptes de garanties de loyer avaient été pris en compte à leurs valeurs comptables, qui correspondaient aux montants des relevés bancaires au 31 décembre 2003. Le transfert effectif de ces comptes de garanties n'avait été réalisé qu'au début de l'année 2005, après la cessation des activités de D\_\_\_\_\_ et sa mise en faillite, et

en parallèle avec la formalisation des cessions des baux. Les montants effectivement transférés en 2005 représentaient CHF 52'420.-, soit un montant inférieur de CHF 660.- au total des valeurs des comptes de garantie, car les intérêts accumulés sur les comptes de garantie au moment de leur transfert effectif avaient été versés à R\_\_\_\_\_ début 2005 pour payer les derniers salaires au personnel de D\_\_\_\_\_.

Les actifs immobilisés avaient été transférés à une valeur inférieure à leur valeur comptable et la société avait subi une perte comptable sur la cession de ces immobilisations.

Toutefois, dans sa comptabilité, la société avait enregistré comme amortissements de l'exercice 2004, à raison de CHF 39'000.- sur les aménagements des arcades et de CHF 39'952.- sur les téléphones et installations électriques, la totalité de la différence entre la valeur comptable des actifs cédés avant amortissements (CHF 278'852.-) et le montant de la pénalité (CHF 200'000.-).

Des amortissements auraient dû être enregistrés à hauteur de CHF 20'370.- au moment de la cession des actifs, ce qui aurait dû entraîner la présentation d'une perte comptable sur cession d'actifs de CHF 58'583.-. Les taux d'amortissement utilisés par la société pour tenir compte de la dépréciation de ses actifs correspondaient aux taux maximum admis par les autorités fiscales pour le matériel informatique et les installations téléphoniques et électriques, alors que le taux d'amortissement pour les aménagements des arcades était supérieur au taux fiscalement admis (taux appliqué 20% linéaire, taux admis 12,5 % linéaire). La valeur nette comptable de cette dernière catégorie d'immobilisations au 1<sup>er</sup> avril 2004 aurait été d'environ CHF 40'000.- supérieure si le taux maximum fiscalement admis avait été utilisé. L'expert ne connaissait pas la raison pour laquelle le taux d'amortissement de 20% avait été retenu par D\_\_\_\_\_, notamment si cela résultait de la prise en compte d'une dépréciation effectivement rapide de ces aménagements.

L'expert pouvait difficilement porter un jugement a posteriori sur la valeur économique des actifs immobilisés cédés. Une telle valeur, dans l'hypothèse d'une liquidation de la société consécutive à une cessation de son activité, aurait été probablement inférieure à la valeur comptable des actifs. Pour la société D\_\_\_\_\_ cependant, dans le contexte de la continuation de son exploitation, la valeur d'exploitation (ou de remplacement) de tels actifs était vraisemblablement supérieure à leur valeur comptable. Ces considérations amenaient l'expert à conclure qu'il n'était pas infondé de considérer que la valeur nette comptable des immobilisations cédées, déterminée après amortissements calculés avec les taux d'amortissement utilisés de manière constante depuis des années par la société, était représentative de leur valeur économique. Il en résultait cependant que la cession de ces actifs avait été réalisée pour une valeur en-dessous de leur valeur comptable pour un montant de l'ordre de CHF 59'000.-, d'où une perte comptable d'autant.

Enfin, l'expert avait retenu comme valeur comptable brute des actifs cédés à E\_\_\_\_\_ un montant de CHF 489'788.-.

a5) Question traitée sous a3)

a6) Les montants enregistrés (CHF 70'400.- et CHF 47'300.-) dans le compte de virements internes et au débit du compte-courant de E\_\_\_\_\_ avaient bien pour objet une réelle contre-prestation, dans l'hypothèse plausible où les montants facturés concernaient des livraisons effectives de cartes. L'expert ne savait pas ce qui était advenu des cartes téléphoniques encore invendues le jour de la cessation des activités de la société, ni du solde du chiffre d'affaires réalisé et encaissé par les magasins en février 2005, soit CHF 22'700.-.

**c.a** Selon le Ministère public, en se fondant sur l'expertise, la Cour pouvait rejeter les appels et admettre la culpabilité des appelants.

a1) S'il était vrai qu'il n'y avait pas eu de versements mensuels de CHF 40'000.- par D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_, en pratique, une partie des engagements de D\_\_\_\_\_ envers E\_\_\_\_\_ avait tout de même été payée à cette dernière, mais indirectement, à hauteur de CHF 228'478.-.

Par conséquent, D\_\_\_\_\_ avait payé pour E\_\_\_\_\_ les loyers de baux qu'elle lui avait pourtant cédés, sans réduire corrélativement le compte créancier de cette dernière. Ce faisant, elle avait effectivement aliéné sans droit une partie de sa substance économique au détriment de ses créanciers, et les recourants avaient ainsi réalisé l'infraction définie à l'art. 164 CP, ce que la Cour pouvait constater, au besoin après avoir autorisé le Ministère public à compléter l'accusation en application de l'article 333 CPP.

a2) S'agissant du montant de CHF 142'251.- transféré d'un compte créancier à un autre compte créancier, les feuilles d'envoi reprochaient également aux appelants d'avoir comptabilisé ou fait comptabiliser plus de CHF 142'000.- au titre d'une dette à G\_\_\_\_\_, en réalité E\_\_\_\_\_.

La Cour pouvait retenir, sous la qualification juridique de l'art. 163 CP, que les appelants avaient admis une dette en soi fictive, soit non justifiée, étant rappelé que E\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_ étaient toutes deux détenues par Y\_\_\_\_\_.

a3) L'expert n'avait pas pu se déterminer sur le bien fondé des versement mensuels de CHF 12'912.-, s'interrogeant plusieurs fois sur leur justification, compte tenu de l'évolution du compte d'exploitation de D\_\_\_\_\_, et soulignait qu'il n'y avait pas de raison pour D\_\_\_\_\_ de participer financièrement au développement d'un outil de gestion qui lui était facturé sous forme de loyer, qui n'était pas fonctionnel et ne lui avait pas été livré.

Par conséquent, les versements, pour l'un d'eux à une date différente de celle retenue par les premiers juges, étaient injustifiés au regard de l'article 164 CP.

a4) L'expert avait admis une sous-évaluation de la valeur des actifs cédés à hauteur de CHF 59'000.-, ayant entraîné une perte comptable de même ampleur.

Par conséquent, la Cour pouvait retenir que les appelants avaient cédé une valeur patrimoniale contre une prestation de valeur manifestement inférieure, au sens de l'art. 164 CP.

**c.b.a** X\_\_\_\_\_ appuie les conclusions du rapport d'expertise.

a1) Le montant de CHF 40'000.- n'avait jamais été versé mensuellement. En réalité, une créance de CHF 40'000.- par mois avait été inscrite au passif de D\_\_\_\_\_ en faveur de E\_\_\_\_\_, au motif que la société D\_\_\_\_\_, qui devait à teneur de la convention du 19 mars 2004 transférer à E\_\_\_\_\_ les baux et garanties de loyers des différents magasins, n'était pas parvenue à s'exécuter immédiatement, de sorte que celle-ci était toujours redevable des loyers que celle-là aurait dû prendre en charge.

Le rapport d'expertise confirmait les propos de X\_\_\_\_\_, soit que D\_\_\_\_\_ « n'avait jamais versé ces CHF 40'000.- à E\_\_\_\_\_, mais les avait enregistrés mensuellement dans ses comptes, respectivement son bilan, comme un engagement envers E\_\_\_\_\_ et ceci dès le 1<sup>er</sup> avril 2004 ».

La seule inscription de montants au crédit d'un compte créancier, dans la comptabilité du débiteur, ne constituait pas une diminution effective de son actif au sens de l'art. 164 CP.

a2) Le transfert de compte à compte constituait une permutation de passifs, qui traduisait dans les comptes la cession de créance entre E\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_. Comme expliqué par X\_\_\_\_\_, il n'y avait jamais eu de versement à un tiers, mais uniquement un changement de créancier pour la société D\_\_\_\_\_.

Par conséquent, la condition objective de punissabilité de l'art. 164 CP, soit la diminution effective de l'actif, n'était pas remplie.

a3) Il s'agissait d'honoraires pour la mise à disposition de D\_\_\_\_\_ par E\_\_\_\_\_ de quatre personnes, notamment une secrétaire. Ni le dossier, ni le rapport d'expertise ne permettaient de retenir une autre version que celle apportée par K\_\_\_\_\_. Partant, il pouvait être présumé que les versements mensuels de CHF 12'000.- étaient intégralement justifiés, la preuve du contraire n'ayant pas été présentée.

a4) X\_\_\_\_\_ avait été organe de D\_\_\_\_\_, en tant qu'administrateur, dès le 30 septembre 2004, de sorte qu'il ne saurait être punissable, en cette qualité, pour des actes intervenus préalablement, soit la signature des conventions des 3 avril 2003 et 19 mars 2004.

a5) X\_\_\_\_\_ se référerait à ses remarques formulées sous chiffre 3a.

a6) Les montants enregistrés, soit CHF 70'400.- et CHF 47'300.- ayant eu pour objet une réelle contre-prestation, dans l'hypothèse plausible où les montants facturés concernaient des livraisons effectives de cartes, la condition objective de punissabilité de l'art. 164 CP, soit la diminution effective de l'actif, n'était pas remplie.

**c.b.b** X\_\_\_\_\_ a répliqué aux observations du Ministère public.

a1) Lorsque le Ministère public concluait que « D\_\_\_\_\_ avait donc payé pour E\_\_\_\_\_ les loyers des baux qu'elle lui avait pourtant cédés, sans réduire corrélativement le compte créancier de cette dernière », il faisait totalement abstraction du contenu de l'expertise. En effet, selon l'expert, « D\_\_\_\_\_ avait également continué à payer les loyers des baux qu'elle avait cédés à E\_\_\_\_\_ après le 1<sup>er</sup> avril 2004, alors que cette charge devait être assumée par cette dernière. Toutefois, ces paiements avaient été correctement enregistrés dans les comptes de D\_\_\_\_\_ au débit du compte créancier de E\_\_\_\_\_, soit en diminution de l'engagement envers cette dernière ».

Le montant de CHF 228'478.- mentionné par le Ministère public, et qui avait été versé indirectement à E\_\_\_\_\_, concernait des loyers et frais d'entretien versés aux divers propriétaires des arcades occupées par D\_\_\_\_\_, ce qui ressortait de l'expertise.

a2) Le Ministère public tentait de faire la démonstration de l'applicabilité de l'art. 163 CP en lieu et place de l'art. 164 CP. Or, la reprise de la dette comptabilisée de E\_\_\_\_\_ de CHF 142'251.- par G\_\_\_\_\_ avait été effectuée dans le but de pouvoir faire postposer cette dette par G\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_ n'ayant pas les moyens de le faire. Il était d'ailleurs à relever que cette créance avait été abandonnée dans le cadre de la faillite de D\_\_\_\_\_.

Pour ces motifs, l'art. 163 CP n'était pas applicable, le débiteur n'ayant pas fictivement diminué son actif, ce qui ressortait de l'expertise.

a3 et a5) Le caractère injustifié du versement de CHF 12'912.- au regard de l'art. 164 CP n'avait pas pu être démontré et ne ressortait nullement de l'expertise malgré ce que soutenait le Ministère public. Il pouvait donc être présumé que le versement de CHF 12'912.- du 15 janvier 2005 était intégralement justifié.

a4) La cession avait eu lieu dans le cadre du contrat d'entreprise du 3 avril 2003 et de la convention du 19 mars 2004 entre D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_, dates auxquelles X\_\_\_\_\_ n'était pas encore un organe de D\_\_\_\_\_.

L'expertise mettait en avant le fait que « concernant la valeur économique des actifs immobilisés cédés, il était difficile de porter un jugement a posteriori sur celle-ci.

Une telle valeur, dans l'hypothèse d'une liquidation de la société consécutive à une cessation de son activité, aurait été probablement inférieure à la valeur comptable des actifs. »

Cependant, l'expert avait fait le choix de retenir a posteriori une valeur de continuation pour les actifs en question, et non la valeur de liquidation, ce qui avait pour effet d'induire la perte estimée de CHF 59'000.-. X\_\_\_\_\_ contestait ce choix. C'était la valeur de liquidation qui aurait dû être retenue, et celle-ci dans le cadre d'une faillite aurait été proche de CHF 0.-.

**c.c** Y\_\_\_\_\_ n'a pas formulé d'observations sur le rapport d'expertise, mais s'est exprimé en réponse à celles du Ministère public.

Il n'avait jamais fonctionné en qualité de dirigeant effectif de D\_\_\_\_\_.

Il avait collaboré avec les administrateurs et directeurs successifs de D\_\_\_\_\_, mais uniquement en sa qualité de directeur et d'administrateur de E\_\_\_\_\_, les intérêts des deux sociétés étant étroitement liés puisque la première était distributrice de la seconde. Il avait toujours maintenu être actionnaire minoritaire de D\_\_\_\_\_, fait constaté par l'expert.

Quand à son rôle effectif et son pouvoir décisionnel en relation avec les actes reprochés, force était de constater que non seulement D\_\_\_\_\_ était pourvue d'organes aptes à prendre des décisions, mais que ni le comptable de la société, P\_\_\_\_\_, ni l'organe de révision n'avaient eu de contact ou pris des instructions auprès de Y\_\_\_\_\_.

La convention conclue le 3 avril 2003 entre E\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ visait à permettre de disposer d'un outil informatique performant, indispensable aux deux sociétés.

Dans le cadre de sa conclusion, D\_\_\_\_\_ était dûment représentée par ses organes, qui avaient connaissance du contrat passé entre E\_\_\_\_\_ et le développeur H\_\_\_\_\_ SA, pour avoir participé aux rendez-vous avec le représentant de cette dernière.

Selon l'expert, la clause de dommage pour résiliation anticipée du contrat semblait extrêmement lourde mais s'appliquait aux deux parties. Le contrat ne pouvait être jugé désavantageux pour D\_\_\_\_\_ puisqu'en respectant l'échéancier et en s'acquittant de 46,15 % du prix de l'offre d'H\_\_\_\_\_, elle obtenait 100% de la propriété intellectuelle du développement et la propriété de tout le matériel et logiciel.

Selon l'expert, il n'était pas exclu que D\_\_\_\_\_ ait surestimé les marges qu'elle pensait pouvoir dégager en 2003. Or, il ne pouvait être reproché aux organes d'une société, au plan pénal dans le cadre des articles 164 ou 163 CP, des décisions stratégiques qui n'auraient pas porté les fruits attendus dans la gestion de celle-ci.

S'agissant de la convention du 19 mars 2004, il était retenu à titre préalable par l'expert « que D\_\_\_\_\_ n'avait honoré aucun de ses engagements envers E\_\_\_\_\_ ». Celui-ci indiquait également que les prestations et les contre-prestations convenues dans le contrat de gérance libre des magasins n'apparaissaient pas disproportionnées.

Il allait de soi que si, pour des raisons indépendantes de la volonté des dirigeants des sociétés E\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, telle la mauvaise marche des affaires en raison de l'apparition sur le marché d'un concurrent de poids, I\_\_\_\_\_, les délais non respectés par H\_\_\_\_\_, la faillite de cette dernière à fin \_\_\_\_\_, il n'avait pas été possible de développer l'activité de D\_\_\_\_\_ comme prévu, ils ne sauraient en être tenus pénalement pour responsables.

Quant aux actifs cédés, en contre-partie de la pénalité de CHF 200'000.-, l'expert effectuait un long développement sur la valeur comptable desdites installations, selon notamment des taux d'amortissement plus ou moins élevés. Il indiquait d'ailleurs qu'un taux élevé n'était pas inconcevable en cas de dépréciation rapide des aménagements.

Une évaluation légèrement inexacte ou insuffisante de la valeur des actifs cédés intervenue début 2004 et imputable, cas échéant, au comptable et/ou organe de révision, voire à la direction de la société, suite aux carences de paiement de D\_\_\_\_\_ envers E\_\_\_\_\_, ne saurait constituer une diminution effective ou fictive d'actifs, au sens de l'art. 164 ou 163 CP, ce d'autant qu'elle portait a priori sur un montant variable ou nul, en fonction du taux d'amortissement pratiqué.

Il convenait à cet égard de rappeler que ce n'était pas cela qui était ab initio reproché à X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ par l'Office des faillites, mais bien la reprise du programme informatique dont il était considéré, à tort, qu'il avait une valeur très importante et qu'il appartenait à D\_\_\_\_\_. L'expert avait constaté que le programme et les installations informatiques n'appartenaient pas à ladite société vu qu'elle n'avait pas tenu ses engagements financiers envers E\_\_\_\_\_.

L'expert n'entrait d'ailleurs même pas en matière sur la question de la valeur de reprise, question qui n'avait donc pas pour lui de pertinence, étant rappelé au surplus qu'un spécialiste mandaté à fin 2004, avait considéré que ce programme n'en avait aucune.

Il ne saurait être reproché à Y\_\_\_\_\_ une quelconque intervention au sein de D\_\_\_\_\_, puisqu'il agissait pour E\_\_\_\_\_ et protégeait en conséquence les intérêts de sa propre société. De plus, une erreur d'évaluation de ces actifs par les organes de D\_\_\_\_\_ pourrait au mieux être constitutive de négligence, mais en tout cas ne remplissait pas les conditions de l'intention nécessaire à l'application des art. 164 et 163 CP.

S'agissant du montant mensuel de CHF 40'000.-, Y\_\_\_\_\_ appuyait les observations formulées par X\_\_\_\_\_ et s'étonnait des observations du Ministère public qui allaient à l'encontre de l'expertise.

A noter que le Ministère public ne saurait sérieusement faire reproche à D\_\_\_\_\_ d'avoir payé les loyers des arcades dans lesquelles elle exerçait son activité, grief qu'il retenait pourtant comme constitutif d'une diminution effective d'actifs fautive.

Il n'était plus contesté que le montant de CHF 142'251.- n'avait jamais été payé et qu'il n'avait, en conséquence, entraîné aucune modification des engagements globaux ou de la fortune de D\_\_\_\_\_. Aux dires de l'expert, il n'avait eu aucun effet ni sur les actifs ni sur les actifs nets de D\_\_\_\_\_.

La somme de CHF 12'000.- HT payée mensuellement par D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_ depuis mars 2004 rémunérait la mise à disposition par cette dernière d'un certain nombre de ses employés, pour suppléer au manque de personnel administratif de D\_\_\_\_\_ à cette époque. Cette société, qui s'adonnait principalement à une activité de vente, devait en tout cas disposer de son propre personnel en suffisance pour cela.

Dès lors, pour éviter le poids des lourdes charges afférentes à l'engagement de plusieurs employés au « back office » par D\_\_\_\_\_, compte tenu de ses difficultés de trésorerie, il avait paru financièrement approprié aux dirigeants des deux sociétés que E\_\_\_\_\_ mette certains des siens à disposition, contre le paiement d'une rémunération forfaitaire.

L'expert concluait à cet égard qu'il ne lui était pas possible de déterminer si ces prestations étaient en tout ou partie nécessaires, respectivement justifiées pour D\_\_\_\_\_.

Or, non seulement la violation des art. 164 et 163 CP devait être intentionnelle mais elle devait être avérée.

En application du principe in dubio pro reo, de telles accusations ne sauraient être retenues contre Y\_\_\_\_\_.

**c.d** L'Office des faillites n'a pas formulé d'observations.

### **EN DROIT :**

- 1. 1.1** Le nouveau droit est applicable lorsque la procédure est renvoyée à l'autorité inférieure par le Tribunal fédéral, le nouveau jugement étant rendu par l'autorité qui eût été compétente selon le présent code pour rendre la décision annulée (art. 453 al. 2 CPP).

En l'espèce, le Tribunal fédéral a annulé un arrêt rendu le 28 juin 2010 par l'ancienne Chambre pénale de la Cour de justice, qui a statué en application de l'ancien droit (art. 453 al. 1 CPP).

Suite au renvoi de la cause à l'autorité cantonale, la juridiction d'appel (art. 21 CPP), soit à Genève la Chambre pénale d'appel et de révision (art. 130 de la loi d'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ ; RS E 2 05), est compétente pour en connaître en application du nouveau droit.

**1.2** Un arrêt de renvoi du Tribunal fédéral lie l'autorité cantonale à laquelle la cause est renvoyée, laquelle voit sa cognition limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a été déjà jugé définitivement par le Tribunal fédéral. Il n'est pas possible de remettre en cause ce qui a été admis, même implicitement, par ce dernier. L'examen juridique se limite donc aux questions laissées ouvertes par l'arrêt de renvoi, ainsi qu'aux conséquences qui en découlent ou aux problèmes qui leur sont liés (ATF 135 III 334 consid. 2 p. 335 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_534/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1.2). Des faits nouveaux ne peuvent être pris en considération que sur les points qui ont fait l'objet du renvoi, lesquels ne peuvent être ni étendus, ni fixés sur une base juridique nouvelle (ATF 131 III 91 consid. 5.2 p. 94 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_534/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1.2).

- 2.** **2.1** La présomption d'innocence, dont le principe *in dubio pro reo* est le corollaire, est garantie expressément par les art. 6 par. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101) et 32 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), ainsi que par l'art. 10 al. 3 CPP, selon lequel le tribunal doit se fonder sur l'état de fait le plus favorable au prévenu lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation. Ainsi, en tant que règle d'appréciation des preuves, ce principe est violé si le juge se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_958/2010 du 17 août 2011 consid. 4.1). Dans cette mesure, la présomption d'innocence se confond avec l'interdiction générale de l'arbitraire, prohibant une appréciation reposant sur des preuves inadéquates ou sans pertinence (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 41).

Lorsqu'il est confronté à des versions contradictoires, le juge forge sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents. En pareil cas, 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 et il n'y a pas arbitraire si l'état de fait retenu peut être déduit de manière soutenable du rapprochement de divers éléments ou indices. De même, il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'un ou plusieurs arguments corroboratifs soient fragiles, si la solution retenue peut être justifiée de façon soutenable par un ou plusieurs

arguments de nature à emporter la conviction (ATF 129 I 8). Qu'il n'y ait pas de témoin oculaire direct ou de preuve matérielle irréfutable d'un fait ne suffit pas à faire admettre qu'il était arbitraire de le tenir pour établi, dans la mesure où des indices suffisants viennent le corroborer (arrêt du Tribunal fédéral 1P\_221/1996 du 17 juillet 1996).

**2.2** De pratique constante, le juge n'a pas à substituer son appréciation à celle de l'expert. Il ne peut s'écarter du résultat d'une expertise judiciaire sans motifs déterminants, soit lorsqu'aucune circonstance bien établie n'ébranle sérieusement la crédibilité du rapport (ATF 122 V 157 consid. 1c p. 160; 119 Ib 254 consid. 8a p. 274).

**2.3** Selon l'art. 163 ch. 1 CP, se rend coupable de banqueroute frauduleuse et de fraude dans la saisie, le débiteur déclaré en faillite ou ayant fait l'objet d'un acte de défaut de biens qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, aura diminué fictivement son actif, notamment en distrayant ou en dissimulant des valeurs patrimoniales, en invoquant des dettes supposées, en reconnaissant des créances fictives ou en incitant un tiers à les produire.

Les dispositions sur les infractions en matière de poursuite pour dettes et la faillite visent la protection du droit à l'exécution forcée, au bon ordre duquel elles concourent et au regard duquel elles doivent être comprises. Elles tendent en outre à la protection du créancier d'un débiteur menacé de tomber en déconfiture ou qui y est déjà tombé et apparaissent comme un complément pénal au droit des poursuites (ATF 134 III 52 consid. 1.3.1 p. 56 et les références citées).

Le comportement délictueux réprimé par l'art. 163 CP doit conduire à diminuer fictivement le patrimoine disponible pour désintéresser le ou les créanciers par la voie de la poursuite pour dettes. Comme exemple de comportements punissables, la loi mentionne la distraction ou la dissimulation de valeurs patrimoniales (par exemple l'omission de certains actifs dans les comptes ou l'indication d'une partie seulement des biens à l'office des faillites), le fait d'invoquer des dettes supposées et de reconnaître des dettes non existantes, donc fictives, ou d'inciter un tiers à les produire (art. 163 ch. 1 al. 2 à 4 CP) (Arrêt 6B\_575/2009 du Tribunal fédéral du 14 janvier 2010, consid. 1.2.2).

Il y a diminution fictive du patrimoine, au sens de l'art. 163 CP, lorsque le débiteur met en danger les intérêts de ses créanciers non pas en aliénant des 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 du Tribunal fédéral 6S.438/2005 du 28 février 2006 consid. 3). Non seulement l'auteur peut dissimuler des valeurs patrimoniales, mais il peut également les distraire de la poursuite, en prétendant faussement qu'elles appartiennent à autrui (cf. ATF 93 IV 16 consid. 2 p. 94 ; B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse, volume I*,

3e édition, Berne 2010, n. 26 ad art. 163). Lorsque l'auteur tient une comptabilité, il réalise l'infraction à l'art. 163 CP en présentant une situation inférieure à la réalité au moyen de faux comptes (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_575/2009 du 14 janvier 2010 consid. 1.2.2). L'art. 163 CP protège le droit du créancier d'être désintéressé par le patrimoine du débiteur par la voie de l'exécution forcée (ATF 106 IV 31 consid. 4b p. 35). Ainsi, il importe peu qu'il y ait fictivement une diminution de l'actif, une augmentation du passif, une non-augmentation de l'actif ou une non-diminution du passif (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 18 ad art. 163).

En plus du comportement délictueux, l'art. 163 CP requiert l'existence d'une seconde condition objective de punissabilité, qui est réalisée lorsque le débiteur a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens, même provisoire, a été dressé contre lui (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 35 ad art. 163). Un rapport de causalité entre le comportement fautif et la survenance de la faillite ou la délivrance d'un acte de défaut de biens n'est toutefois pas exigé (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_575/2009 du 14 janvier 2010 consid. 1.2.3), pas davantage qu'une perte subie par le créancier, dans la mesure où l'art. 163 CP constitue une infraction de mise en danger concrète (ATF 107 IV 175 consid. 1a p. 177 ; ATF 102 IV 172 consid. 3 p. 175). Dès lors, l'infraction est consommée dès l'adoption du comportement délictueux, et non pas au moment de la déclaration de faillite ou la délivrance de l'acte de défaut de biens (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 32 ad art. 163).

Sur le plan subjectif, l'infraction à l'art. 163 CP est intentionnelle, mais le dol éventuel suffit. En ayant conscience du risque d'insolvabilité, l'auteur doit volontairement adopter un comportement qui, selon ce qu'il veut ou accepte, conduit à diminuer fictivement le patrimoine disponible pour désintéresser le créancier dans la poursuite (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 39 ad art. 163). L'auteur doit agir de manière à causer un dommage à ses créanciers, dont la survenance n'est toutefois pas nécessaire. Aussi suffit-il qu'il veuille ou accepte l'idée que son comportement entraînera un dommage patrimonial pour le créancier (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_575/2009 du 14 janvier 2010 consid. 1.2.4).

**2.4** Selon l'art. 164 ch.1 CP, se rend coupable de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers, le débiteur qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, et s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, aura diminué son actif en endommageant, détruisant, dépréciant ou mettant hors d'usage des valeurs patrimoniales, 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.

La liste des comportements délictueux contenus dans l'art. 164 ch. 1 CP est exhaustive (ATF 126 IV 5 consid. 2d; B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse, vol. I*, 2010, n. 11 ad art. 164 CP et les références citées).

Le comportement délictueux consiste à diminuer effectivement la valeur économique disponible pour désintéresser le ou les créanciers poursuivants (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 10 ad art. 164 CP). Il en est ainsi de toute aliénation moyennant une contre-valeur insuffisante, pour autant que l'intention de nuire aux créanciers soit prouvée (ATF 126 IV 9 c.2 b). A contrario, une aliénation ou une acquisition pour un prix correct n'est pas visée par cette disposition (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 13 ad art. 164 CP). Si l'animateur d'une entreprise en déconfiture la vide de ses actifs au profit d'une autre société qu'il contrôle, il commet l'infraction s'il y a aliénation sans que l'on distingue en retour une prestation équivalente (B. CORBOZ, *op. cit.* n. 16 ad art. 164 CP).

Pour que l'infraction soit réalisée, il faut que l'auteur ait agi de manière à causer un dommage à ses créanciers; il n'est pas nécessaire que le ou les créanciers aient effectivement subi une perte. Sous la forme minimale du dol éventuel, il suffit que l'auteur accepte l'éventualité que son comportement puisse nuire au créancier. L'intention du débiteur doit porter sur un véritable dommage de nature pécuniaire et non pas seulement sur un retardement ou une complication de la procédure d'exécution forcée. Il doit vouloir causer un préjudice à ses créanciers dans le cadre d'une telle procédure et non, par exemple, par le simple non-respect d'un contrat. Il n'est pas nécessaire que le débiteur soit déjà poursuivi au moment de l'acte. Celui-ci peut ainsi être commis avant l'ouverture de la poursuite. L'élément subjectif est alors déterminant. Il est nécessaire que l'auteur sache qu'il se trouve dans une situation financière difficile ou qu'il ait envisagé et accepté la possibilité que sa situation financière puisse se dégrader jusqu'à l'introduction de la poursuite. Le dessein d'enrichissement illégitime n'est pas requis. Les mobiles de l'auteur sont sans pertinence, de sorte qu'il importe peu qu'il agisse dans son intérêt personnel, par méchanceté ou pour toute autre raison (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 6 ad art. 163 CP, n. 40 ss ad art. 163 CP et n. 24 ad art. 164 CP et les références citées; Y. WERMEILLE, *La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive*, RPS 1999, p. 383-384).

Le prononcé de la faillite est une condition objective de punissabilité, et non pas un élément constitutif de l'infraction, de sorte qu'il n'est pas nécessaire que l'intention de l'auteur porte sur la survenance de la faillite. Il n'est pas non plus exigé qu'il y ait un rapport de causalité entre son comportement fautif et la survenance de la faillite. De même, l'infraction est consommée dès l'adoption du comportement délictueux, et non pas au moment de la déclaration de faillite (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 30 ss ad art. 163 CP et n. 18 ss ad art. 164 CP).

- 3. 3.1** Selon l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, il y a lieu de constater correctement la nature de chacune des opérations relatives aux montants de CHF 40'000.- et d'examiner, au vue de cette appréciation, si ces opérations, à défaut de tomber sous le coup de l'article 164 CP, peuvent être sanctionnées en vertu d'une autre disposition, notamment de l'art. 163 CP réprimant la banqueroute frauduleuse.

A cet égard, l'expert a constaté que les CHF 40'000 n'avaient pas été versés à E\_\_\_\_\_, mais qu'ils avaient été enregistrés dans les comptes de D\_\_\_\_\_, comme un engagement envers E\_\_\_\_\_. Ils représentaient le loyer mensuel de gérance libre dû par D\_\_\_\_\_, dès cette date, conformément aux termes de la convention du 19 mars 2004. Dans les faits, D\_\_\_\_\_ avait continué à payer les loyers des baux qu'elle avait cédés à E\_\_\_\_\_ mais ces paiements avaient été correctement enregistrés dans les comptes de D\_\_\_\_\_, diminuant ainsi son engagement envers E\_\_\_\_\_.

Le Tribunal fédéral a rappelé que la seule inscription de montants au crédit d'un compte créancier, dans la comptabilité d'un débiteur, ne constituait pas une diminution effective de son actif au sens de l'art. 164 CP (cf. infra consid. 3.2.1 et 3.2.2) et l'expertise n'a pas démontré que les dirigeants de la société D\_\_\_\_\_ auraient effectué une diminution fictive de l'actif au sens de l'article 163 CP, les écritures ayant été correctement comptabilisées dans les livres de la société.

Par conséquent, les appelants seront acquittés sur ce point.

**3.2** L'ancienne Chambre pénale avait constaté que D\_\_\_\_\_ avait versé un montant de CHF 142'521.- à G\_\_\_\_\_ le 31 décembre 2004 et retenu sur cette base l'infraction à l'art. 164 CP. Le Tribunal fédéral a considéré que cette appréciation des faits était arbitraire.

Selon l'expert, la créance de CHF 142'521.- correspondait au montant de la dette de D\_\_\_\_\_ envers E\_\_\_\_\_ à la fin de l'année 2004, suite à la signature de la convention du 19 mars 2004.

Le transfert de compte à compte de la somme de CHF 142'251.- correspondait à l'enregistrement comptable de la cession par E\_\_\_\_\_ à G\_\_\_\_\_ de sa créance contre D\_\_\_\_\_ et une telle cession de créance n'avait entraîné aucune modification des engagements globaux de la société D\_\_\_\_\_, ni de sa fortune.

Le transfert d'un compte de passif à un autre compte passif, sans effet sur les actifs de la société, ne pouvant être qualifié de versement effectif conduisant à une diminution réelle de l'actif de l'entreprise, cette opération ne tombe pas sous le coup de l'article 164 CP.

Cette dette n'étant pas fictive, mais justifiée par les termes de la convention, elle ne viole pas l'article 163 CP.

Pour ces motifs, les appelants devront être acquittés sur ce point également.

**3.3** L'ancienne Chambre pénale avait retenu, dans la partie en fait de l'arrêt entrepris, que deux montants de CHF 12'912.- avaient été versés à E\_\_\_\_\_ les 15 et 25 janvier 2005. Le Tribunal fédéral remet en cause cette appréciation et retient que le montant de CHF 12'912.- comptabilisé le 15 janvier 2005 n'avait été versé à E\_\_\_\_\_ que le 24 janvier 2005.

Cela étant, la Haute Cour critique l'arrêt entrepris, en ce qu'il retient que ce montant avait été payé mensuellement par D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_ à titre d'honoraires, afin de compenser la mise à disposition par E\_\_\_\_\_ à D\_\_\_\_\_ de personnel, sans contenir toutefois d'indication sur la valeur de cette contre-prestation.

Au terme de son analyse, l'expert n'a pas pu déterminer le fondement économique des CHF 12'912.- versés par D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_. Il a cependant observé que dans la mesure où certaines des prestations apparaissaient en lien avec le développement, la mise au point et la mise en service des nouvelles installations et des systèmes de caisse, il subsistait un doute sur le bien-fondé de leur facturation à D\_\_\_\_\_. Ces charges ne pouvaient s'expliquer par un besoin supplémentaire en ressources humaines, dès lors que le chiffre d'affaires se réduisait sensiblement et les charges salariales n'avaient pas diminué parallèlement à la facturation de ces prestations.

Le rôle de l'ancien directeur de D\_\_\_\_\_, licencié à fin \_\_\_\_\_, était principalement de s'occuper de l'administratif et il n'avait pas été remplacé afin de faire des économies. Ceci pouvait expliquer une partie des prestations administratives facturées par E\_\_\_\_\_ depuis mars 2004.

K\_\_\_\_\_, qui avait tenu la comptabilité de D\_\_\_\_\_ dès 2001, a également confirmé qu'une somme mensuelle de CHF 12'000.- avait été versée par D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_ à titre d'appui administratif (mise à disposition d'une secrétaire, facturation, logistique).

Les appelants ont quand à eux confirmé qu'il s'agissait d'honoraires pour la mise à disposition de D\_\_\_\_\_ par E\_\_\_\_\_ de quatre personnes, notamment une secrétaire, pour suppléer au manque de personnel administratif. Ils avaient préféré cette solution, afin d'éviter le poids de lourdes charges afférentes à l'engagement de plusieurs employés par D\_\_\_\_\_ compte tenu de ses difficultés de trésorerie.

Se fondant sur le principe de la présomption d'innocence qui oblige le tribunal à se fonder sur l'état de fait le plus favorable au prévenu lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation, la CPAR ne peut en l'espèce se déclarer convaincue que ces montants n'ont pas effectivement servis au paiement d'un forfait pour la mise à disposition de personnel administratif, et correspondus à une contre-prestation de même valeur.

En effet, en raison des difficultés financières rencontrées par D\_\_\_\_\_ à cette période et de l'appui important déjà fourni par E\_\_\_\_\_, soit le financement du système informatique, les explications données par les appelants, ainsi que par l'ancien directeur de D\_\_\_\_\_ et par le comptable ne sont pas invraisemblables, et l'expert ne donne aucune explication permettant de les contredire.

Par conséquent, le caractère injustifié du versement de CHF 12'912.- n'ayant pu être démontré, les appelants devront être acquittés.

**3.4** Le Tribunal fédéral a considéré que la lecture de l'arrêt ne permettait pas de discerner si les montants de CHF 70'400.- et CHF 47'300.- versés par D\_\_\_\_\_ à E\_\_\_\_\_ étaient compris dans les actes incriminés.

Invité à dire si ces versements internes intervenus les 7 et 11 février 2005 avaient pour objet une contre-prestation, l'expert l'a confirmé, dans l'hypothèse plausible où les montants facturés concernaient des livraisons effectives de cartes.

Aucun élément pertinent permettant de retenir une hypothèse différente, il n'y a aucun motif justifiant de considérer que les versements de ces deux montants puissent avoir eu comme conséquence une diminution effective de l'actif au sens de l'article 164 CP.

Par conséquent, les appelants seront acquittés sur point également.

**3.5** Le Tribunal fédéral reproche à l'ancienne Chambre pénale, dans la mesure où elle n'avait pas considéré que la convention du 19 mars 2004 était nulle, de n'avoir pas examiné si l'extinction de la dette de CHF 200'000.- constituait une contre-prestation suffisante au sens de l'art. 164 ch.1 CP, au vu des actifs cédés.

L'expert a énuméré les conséquences financières pour D\_\_\_\_\_ de la convention du 19 mars 2004, en indiquant notamment que les prestations et contre-prestations prévues dans le contrat de gérance libre des magasins n'apparaissaient pas disproportionnées, pour autant que le nouveau système de caisse soit livré et fonctionnel et que D\_\_\_\_\_ ne participe pas aux coûts de son développement. Bien que E\_\_\_\_\_ se soit engagée à livrer le nouveau système de caisse entre avril et septembre 2004, il ressort des différents témoignages que celui-là n'aurait pas été opérationnel avant la fin des activités de D\_\_\_\_\_. Cependant, la responsabilité de ce retard ne saurait être imputée à D\_\_\_\_\_, tout comme les modifications substantielles apportées au contrat entre E\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_, soit de développer le logiciel pour automates au détriment du développement et du matériel pour les kiosques.

S'agissant des valeurs cédées en contrepartie de la dette de CHF 200'000.-, l'expert n'a pas relevé d'incohérence dans le transfert des baux à loyer ni dans celui des garanties de loyer. Par contre, selon lui, les actifs immobilisés ont été transférés à une valeur inférieure à leur valeur comptable et la société a de la sorte subi une perte sur la cession de ses immobilisations d'un montant de CHF 59'000.-.

L'expert a cependant indiqué qu'il était difficile de porter un jugement a posteriori sur la valeur économique des actifs immobilisés cédés, une telle valeur, dans l'hypothèse d'une liquidation de la société consécutive à une cessation de son activité, étant probablement inférieure à la valeur comptable des actifs alors qu'elle serait supérieure à celle-ci en cas de continuation de l'exploitation.

La CPAR est d'avis qu'une valeur comptable peut ne pas correspondre à une valeur vénale, et cette dernière, pour une entreprise en difficulté, s'approche plutôt de la valeur de casse. Selon la pratique, en cas de faillite, les actifs sont généralement réalisés aux alentours de 10% de leur valeur à neuf, soit dans le cas présent, 10% de CHF 489'788.-, soit environ CHF 48'000.-.

Au vu du faible bénéfice dégagé en 2002 et de l'importante perte de 2003, la continuation des activités de D\_\_\_\_\_ n'était pas assurée, et celle-ci vraisemblablement destinée à cesser ses activités, sans le développement du logiciel informatique. Par conséquent, il convient de retenir que les actifs cédés sont ceux d'une entreprise non viable.

Par conséquent, D\_\_\_\_\_ ne s'est pas appauvrie en cédant ses actifs et n'a, de ce fait, pas préterité ses créanciers.

En l'absence de diminution effective de l'actif et d'intention délictuelle des appelants en ce sens, ceux-ci seront acquittés sur ce point également.

4. Les appelants étant acquittés, il convient de libérer les valeurs séquestrées.
5. Il sera imparti aux appelants un délai de 30 jours dès la notification du présent arrêt pour faire valoir leurs prétentions en indemnisation selon l'art. 429 CPP.
6. Les frais de la procédure seront laissés à la charge de l'Etat (428 CPP).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
LA COUR :**

Reçoit les appels formés par X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ contre le jugement JTP/855/2009 rendu le 5 juin 2009 par le Tribunal de police dans la procédure P/12859/2005.

Annule ce jugement.

**Et statuant à nouveau :**

Acquitte X\_\_\_\_\_ et Y\_\_\_\_\_ de diminution effective d'actif au détriment des créanciers (art. 164 CP).

Annule la confiscation jusqu'à due concurrence de CHF 307'000.- des comptes suivants:

Comptes saisis auprès d'A\_\_\_\_\_ :

- Relation n° 1\_\_\_\_\_ au nom de Q\_\_\_\_\_ ;
- Relation n° 2\_\_\_\_\_ au nom de F\_\_\_\_\_ ;

Comptes saisis auprès du B\_\_\_\_\_ :

- Compte privé n° 3\_\_\_\_\_ au nom de Y\_\_\_\_\_, conjointement avec S\_\_\_\_\_ ;
- Compte entreprise n° 4\_\_\_\_\_ au nom de F\_\_\_\_\_ ;
- Compte n° 5\_\_\_\_\_ au nom de G\_\_\_\_\_ ;
- Compte n° 6\_\_\_\_\_ au nom de R\_\_\_\_\_ ;

Comptes saisis auprès de la C\_\_\_\_\_ :

- Compte courant n° 7\_\_\_\_\_ au nom de Y\_\_\_\_\_ ;
- Compte courant n° 8\_\_\_\_\_ au nom de Y\_\_\_\_\_ ;
- Compte épargne n° 9\_\_\_\_\_ au nom de Y\_\_\_\_\_ et d'un tiers ;
- Compte dépôt-titres n° 10\_\_\_\_\_ au nom de Y\_\_\_\_\_ et d'un tiers ;
- Compte courant n° 11\_\_\_\_\_ au nom de E\_\_\_\_\_, succursale \_\_\_\_\_ ;
- Compte garantie loyer n° 12\_\_\_\_\_ au nom de E\_\_\_\_\_, succursale \_\_\_\_\_ ;
- Compte garantie loyer n° 13\_\_\_\_\_ au nom de E\_\_\_\_\_, succursale \_\_\_\_\_ ;
- Compte garantie loyer n° 14\_\_\_\_\_ au nom de E\_\_\_\_\_, succursale \_\_\_\_\_ ;
- Compte courant n° 15\_\_\_\_\_ au nom de F\_\_\_\_\_ ;
- Compte garantie loyer n° 16\_\_\_\_\_ au nom de F\_\_\_\_\_.

Ordonne la levée de la saisie conservatoire des autres comptes bancaires.

Impartit aux appelants un délai de 30 jours dès la notification du présent arrêt pour faire valoir leurs prétentions en indemnisation selon l'art. 429 CPP.

Laisse les frais à la charge de l'Etat.

**Siégeant :**

Madame Pauline ERARD, présidente ; Monsieur Jacques DELIEUTRAZ, Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, juges.

La Greffière :  
Joëlle BOTTALLO

La Présidente :  
Pauline ERARD

**Indication des voies de recours :**

*Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière pénale.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.*