

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 15 février 2021

Composition : Mme ROULEAU, présidente
MM. Sauterel et Pellet, juges
Greffière : Mme Fritsché

* * * * *

Parties à la présente cause :

D._____, prévenue, représentée par Me David Moinat, défenseur d'office
à Lausanne, appelante,

et

MINISTERE PUBLIC, représenté par la Procureure de l'arrondissement de
Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 11 novembre 2020, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a constaté que D._____ s'est rendue coupable d'abus de confiance, de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et de violation de tenir une comptabilité (I), l'a condamnée à 6 mois de peine privative de liberté (II), l'a condamnée à 500 fr. d'amende, convertible en 5 jours de peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement fautif dans le délai imparti (III), a suspendu l'exécution de la peine prononcée sous chiffre II ci-dessus et a fixé à la condamnée un délai d'épreuve de 2 ans (IV), a mis les frais de la cause, par 10'109 fr. 45, à la charge de D._____, et a dit que ces frais comprenaient l'indemnité allouée à son défenseur d'office, Me David Moinat, par 5'134 fr. 45, débours et TVA compris, dite indemnité devant être remboursée à l'Etat par la condamnée dès que sa situation financière le permettra (V).

B. Par annonce du 17 novembre 2020, puis par déclaration motivée du 23 décembre 2020, D._____ a formé appel contre ce jugement en concluant, avec suite de frais et de dépens, principalement à sa réforme en ce sens qu'elle est libérée des chefs de prévention d'abus de confiance, de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et de violation d'une obligation de l'obligation de tenir une comptabilité, l'entier des frais de la cause, y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office, dont le montant est à fixer en fonction de la liste d'opérations qu'il déposera au terme de l'audience, étant laissé à la charge de l'Etat. Subsidiairement elle a conclu à ce qu'elle soit condamnée à une peine pécuniaire avec sursis.

Le 7 janvier 2021, le Ministère public a indiqué qu'il n'entendait ni présenter une demande de non-entrée en matière, ni déclarer un appel joint.

Le 28 janvier 2021, le Ministère public a indiqué qu'il n'entendait pas intervenir en personne et qu'il renonçait à déposer des conclusions.

C. Les faits retenus sont les suivants :

a) Ressortissante portugaise, D._____ est née le [...] à Rebordosa au Portugal. Après sa scolarité obligatoire, elle a travaillé dans le domaine de la restauration, puis de la vente. Elle n'a pas obtenu de diplôme particulier. Elle est arrivée en Suisse juste après sa scolarité obligatoire effectuée au Portugal et en France. Elle a travaillé comme responsable de vente pendant plus de dix ans à la boutique [...] à Lausanne. Après cela, elle a passé sa patente d'exploitation d'auberge et a travaillé pour la G._____. Elle a travaillé à 100% de septembre à octobre 2020 dans une boutique à Lausanne pour un salaire de 3'262 fr. net. En raison de la crise sanitaire actuelle, elle a perdu cet emploi. Elle est au RI depuis le mois de novembre 2020. A part la pension alimentaire d'un montant de 800 fr. versée par son ex-mari pour son unique fille, âgée de 19 ans, en études, elle ne touche aucun revenu. Son loyer est de 1'920 fr., charges comprises. Elle bénéficie des aides sociales pour les assurances maladies et ne paie ainsi qu'un montant de 100 fr. à ce titre. Elle a des dettes à hauteur de 30'000 fr. environ.

Le casier judiciaire suisse de D._____ ne comporte pas d'inscription.

b) Par convention signée le 20 janvier 2018, D._____ a vendu à [...], [...] et [...] pour un montant de 270'000 fr., comprenant 110'000 fr. de reprise de crédit, le café-restaurant [...] sis [...] à Renens, appartenant à la société [...] dont elle était l'administratrice et l'unique actionnaire et qui avait pour seule activité l'exploitation de ce café-restaurant. Le troisième acheteur, soit [...], n'apparaît pas dans la

convention. Dans cet établissement, le 20 janvier 2018, D._____ a reçu des acquéreurs, en liquide à sa demande, la somme de 50'000 fr. correspondant à la première tranche du solde du prix de vente de 160'000 fr., et leur a fait signer une reconnaissance de dette s'agissant de la prochaine tranche à payer s'élevant à un montant de 40'000 francs. Le 7 mai 2018, D._____ a venu à [...] les actions de la G._____.

Toujours au café-restaurant [...], le 28 février 2018, D._____ a reçu, en liquide à sa demande, le montant de 40'000 fr. précité ainsi que la somme de 70'000 fr. correspondant à la dernière tranche convenue, apposant près de sa signature l'inscription « je reconnais avoir reçu solde de tout compte à se jour 28.02.2018 » au bas de la convention du 20 janvier 2018. Entre le 20 janvier 2018 et le 28 février 2018, D._____ a utilisé les 160'000 fr. qui lui ont été versés en liquide par les acquéreurs du café-restaurant [...], en affectant à tout le moins une partie de cette somme, soit 6'000 fr. au paiement de dettes personnelles. Aucun document au dossier n'indique toutefois à quelles fins a été utilisé le solde du montant versé par les acquéreurs. Entre le mois de janvier 2017 et le mois de mai 2018, D._____ n'a en outre pas tenu de comptabilité pour la société [...], empêchant ainsi l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne d'établir correctement la situation financière de la société.

L'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne a dénoncé les faits le 11 juillet 2019.

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]), par une partie ayant qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de D._____ est recevable.

2. La juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (art. 398 al. 2 CPP). Selon l'art.

398 al. 3 CPP, 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 (let. a), constatation incomplète ou erronée des faits (let. b) et/ou inopportunité (let. c).

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 (TF 6B_1422/2017 du 5 juin 2018 consid. 3.1 et les arrêts cités ; Eugster, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozess-ordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP).

3.

3.1 L'appelante conteste que les éléments objectifs et subjectif de l'infraction de violation de l'obligation de tenir une comptabilité soient réunis. Avec les pièces qu'elle avait fournies, il était possible de reconstituer une comptabilité sans trop d'efforts. Par ailleurs, comme elle avait mandaté une fiduciaire pour tenir la comptabilité, on ne pouvait lui reprocher d'avoir négligé ses devoirs.

3.2 Selon l'art. 166 CP, le débiteur qui aura contrevenu à l'obligation légale de tenir régulièrement ou de conserver ses livres de comptabilité, ou de dresser un bilan, de façon qu'il est devenu impossible d'établir sa situation ou de l'établir complètement, sera, notamment s'il a été déclaré en faillite, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

L'obligation légale vise tout organe dont l'extrait du registre du commerce indique qu'il exerce à tout le moins collectivement la gestion et la représentation de la société (TF 6S.142/2003 du 4 juillet 2003). L'administrateur qui n'est qu'un homme de paille est également tenu

responsable, nonobstant un manque de connaissances appropriées, de moyens financiers ou d'influence (ATF 96 IV 76 consid. 3, JdT 1970 IV 139). Le réviseur – qui par définition n'est chargé que du contrôle des comptes – ne peut pas être l'auteur d'une infraction à l'art. 166 CP (ATF 116 IV 26, JdT 1992 IV 147).

L'obligation de tenir une comptabilité est violée lorsqu'aucune comptabilité n'a été tenue ou quand la comptabilité n'a pas été conservée ou encore dès que, sur la base des livres existants, un expert ne peut pas acquérir une vue d'ensemble de la situation réelle ou ne le peut que moyennant un sacrifice de temps considérable (TF 6S.142/2003 du 4 juillet 2003 consid. 4). Dans chaque cas, il faut encore un résultat : il ne doit pas être possible d'établir la situation du débiteur ou de l'établir complètement. Cette conséquence est cependant en règle générale sans autres liée à la violation de l'obligation de tenir la comptabilité (TF 6P.136/2005 du 27 février 2006 consid. 9.1 et la réf. citée).

L'infraction définie à l'art. 166 CP est intentionnelle. Le dol éventuel suffit (ATF 117 IV 449 consid. 5b, JdT 1993 IV 108 ; ATF 117 IV 163 consid. 2b, JdT 1993 IV 107). L'intention porte aussi bien sur le fait de ne pas tenir les livres prescrits que de les tenir de manière insuffisante, ainsi que sur le fait que la situation financière ne peut plus être établie ou plus complètement (ATF 72 IV 17). Il faut que l'auteur ait su que les livres qu'il devait tenir étaient insuffisants et qu'ils ne donnaient pas une image exacte ou complète de la situation financière de son entreprise. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'il ait eu l'intention de masquer la situation réelle (Dupuis et al., op. cit., n. 10 ad art. 166 CP).

3.3 Le premier juge a considéré qu'il appartenait à la prévenue de « se retourner » contre sa fiduciaire si elle estimait que le travail n'avait pas été correctement effectué, qu'on ne pouvait pas reprocher à l'Office des faillites ou au Ministère public de ne pas avoir tenté de reconstituer la comptabilité par une expertise. Enfin, les pièces remises à cet office ne permettant pas d'établir la situation complète de la société, notamment ce

qu'il était advenu du solde du prix de vente, l'infraction était bien réalisée.

En l'occurrence, le raisonnement du premier juge ne prête pas le flanc à la critique. En effet, à l'issue de l'instruction pénale, on ne dispose toujours d'aucune pièce comptable incontestable permettant de savoir, non seulement quand et comment le prix de vente a été payé, mais aussi ce qu'il est advenu de cet argent qui, selon la dénonciation, n'apparaît dans aucun document. D._____ va jusqu'à contester l'avoir reçu intégralement. Le prix a été encaissé en liquide, sans reçu. Le juge pénal en est donc réduit à apprécier les pièces peu claires et les déclarations des uns et des autres pour se forger une opinion. Ainsi, même une expertise n'aboutirait pas. Lorsqu'elle a décidé de vendre le fonds de commerce puis la société, l'appelante devait bien se rendre compte qu'elle n'avait pas de comptabilité digne de ce nom pour l'année 2017 et mandater une autre fiduciaire si la première ne faisait pas son travail. C'est en vain qu'elle soutient que si on ne trouve pas trace du solde du prix de vente, c'est parce qu'elle ne l'a pas reçu. Le problème ne concerne donc pas que ces 70'000 francs.

4.

4.1 D._____ reproche encore au premier juge d'avoir mal analysé le témoignage de son comptable et d'avoir ainsi violé la présomption d'innocence. Elle s'attache à démontrer que ce témoignage, au sujet de la prétendue résiliation du mandat courant 2017 par la fiduciaire pour cause de non-paiement de ses honoraires, ne serait pas crédible et qu'un bilan aurait bien été établi à la fin de 2017.

4.2 L'art. 10 CPP dispose que toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force (al. 1). Le tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure (al. 2). Il se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation (al. 3).

La présomption d'innocence, garantie par les art. 10 CPP, 32 al. 1 Cst., 6 par. 2 CEDH et 14 al. 2 Pacte ONU II, ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, portent sur la répartition du fardeau de la preuve dans le procès pénal, d'une part, et sur la constatation des faits et l'appréciation des preuves, d'autre part.

En tant que règle relative au fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie que toute personne prévenue d'une infraction pénale doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie et, partant, qu'il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité de celle-là (ATF 127 I 38 consid. 2a; TF 6B 831/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.2.1). Comme règle d'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* est violé si le juge du fond se déclare convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective. 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 138 V 74 consid. 7 ; ATF 124 IV 86 consid. 2a ; ATF 120 la 31 consid. 2, JdT 1996 IV 79).

L'appréciation des preuves est l'acte par lequel le juge du fond évalue librement la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens de preuve afin de parvenir à une conclusion sur la réalisation ou non des éléments de fait pertinents pour l'application du droit pénal matériel. Elle est dite libre, car le juge peut par exemple attribuer plus de crédit à un témoin, même prévenu dans la même affaire, dont la déclaration va dans un sens, qu'à plusieurs témoins soutenant la thèse inverse. Le juge peut fonder une condamnation sur un faisceau d'indices ; en cas de versions contradictoires, il doit déterminer laquelle est la plus crédible. En d'autres termes, ce n'est ni le genre ni le nombre des preuves qui est déterminant,

mais leur force de persuasion (Verniory, Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle 2019, nn. 29 et 34 ad art. 10 CPP ; Kistler Vianin, op. cit., nn. 19 ss ad art. 398 CPP).

4.3 En l'occurrence, les déclarations du comptable [...] au sujet de la fin de son mandat ne sont pas déterminantes. Que le mandat n'ait pas été résilié courant 2017 par la fiduciaire pour cause de non-paiement de ses honoraires comme le soutient l'appelante, ne change rien. Si un bilan avait été établi à fin 2017, D._____ l'aurait eu en sa possession et l'aurait transmis avec le reste des documents à l'Office des faillites ; si elle ne l'avait pas reçu, elle aurait dû mandater une autre fiduciaire afin de mettre la comptabilité de la G._____ en ordre.

Mal fondé, le deuxième moyen de l'appelante doit être rejeté.

5.

5.1 D._____ conteste encore s'être rendue coupable d'abus de confiance. Elle soutient tout d'abord qu'elle n'aurait touché que 90'000 fr. sur le prix de vente et pas 160'000 francs et que les acheteurs mentiraient à ce propos. L'appelante relève que les acheteurs n'auraient pas donné suite aux réquisitions du parquet ni à la convocation du Tribunal. Selon elle, les parties auraient convenu de ramener le solde dû de 70'000 fr. à 40'000 fr., payable en acomptes mensuels. Une reconnaissance de dette aurait été signée en ce sens. En retenant le contraire le Tribunal aurait violé le principe *in dubio pro reo*.

L'appelante conteste ensuite avoir utilisé le prix de vente à son profit personnel. Les 6'000 fr. qu'elle admet avoir perçus l'auraient été à titre des salaires qui lui étaient dus. Les 84'000 fr. restant auraient été utilisés pour payer des factures de l'entreprise. L'appelante reproche ainsi au premier juge d'avoir retenu le contraire sur la base de la seule dénonciation de l'Office des faillites, sans examiner plus avant les pièces comptables. Une expertise aurait permis d'établir l'utilisation de l'argent.

5.2

5.2.1 Les principes relatifs à la présomption d'innocente ont été rappelés plus haut (cf. consid. 4.2 supra).

5.2.2 Aux termes de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP, se rend coupable d'abus de confiance celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées.

Sur le plan objectif, cette infraction suppose que l'on soit en présence d'une valeur confiée, ce qui signifie que l'auteur doit en avoir la possession en vertu d'un accord ou d'un autre rapport juridique qui implique qu'il n'en a pas la disposition et ne peut se l'approprier, mais doit en faire un usage déterminé dans l'intérêt du lésé ou d'un tiers (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3^e éd., Berne 2010, n. 4 ad art. 138 CP ; ATF 133 IV 21 consid. 6.2 ; TF 6B_1043/2013 du 4 juillet 2014 consid. 3.1.1). Lorsque l'auteur reçoit une valeur pour lui-même et non dans l'optique d'en conserver la contre-valeur pour le compte d'autrui, il ne saurait être question d'une valeur patrimoniale confiée. Tel est par exemple le cas des contre-prestations correspondant à la prestation contractuellement promise et qui n'impliquent pas en elles-mêmes un devoir de conserver la contre-valeur reçue (ATF 133 IV 21 consid. 7 ; Dupuis et alii, Petit Commentaire du Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, n. 31 ad art. 138 CP). Il y a emploi illicite d'une valeur patrimoniale confiée lorsque l'auteur l'utilise contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée. L'art. 138 ch. 1 al. 2 CP ne protège pas la propriété, mais le droit de celui qui a confié la valeur patrimoniale à ce que celle-ci soit utilisée dans le but qu'il a assigné et conformément aux instructions qu'il a données (ATF 129 IV 257 consid. 2.2.1 et les références citées ; TF 6B_1043/2013 précité consid. 3.1.1).

Du point de vue subjectif, l'auteur doit avoir agi intentionnellement et, même si le texte légal ne le précise pas expressément, dans un dessein d'enrichissement illégitime. Le dessein d'enrichissement peut être réalisé par dol éventuel ; tel est le cas lorsque l'auteur envisage l'enrichissement comme possible et agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il

se produirait (ATF 123 IV 155 consid. 1a ; ATF 121 IV 249 consid. 3a ; ATF 118 IV 32 consid. 2a ; TF 6B_1043/2013 précité consid. 3.1.1). Le dessein d'enrichissement illégitime fait en revanche défaut si, au moment de l'emploi illicite de la valeur patrimoniale, l'auteur paie la contre-valeur (cf. ATF 107 IV 166 consid. 2a), s'il avait à tout moment, ou le cas échéant, à la date convenue à cet effet, la volonté et la possibilité de le faire (« Ersatzbereitschaft » ; ATF 118 IV 32 consid. 1a) ou encore s'il était en droit de compenser (ATF 105 IV 29 consid. 3a).

5.3 En l'occurrence, comme la cour de céans a déjà eu l'occasion de le rappeler plus haut, il faut se forger une conviction sur la base des déclarations et des pièces, qui ne sont pas toujours très claires, figurant au dossier.

Si on suit l'hypothèse que les trois acheteurs ont convenu d'un mensonge commun, le moins que l'on puisse dire c'est qu'il n'a pas été très bien préparé. Chacun y va de son explication sur les événements et les circonstances. Souvent, les intéressés sont incapables de répondre aux questions. La version de la prévenue n'est toutefois pas plus logique. En outre, les pièces figurant au dossier vont plutôt dans le sens des explications des acheteurs.

Ainsi, sur la convention de vente, la prévenue a signé deux quittances, une en page 3 sous la mention du solde de 70'000 fr., et l'autre à la fin du document, avec le mention « solde de tout compte ». La reconnaissance de dette de 40'000 fr. qui date du 20 janvier 2018 (P. 5/7 et 5/17 superposables) semble ainsi concerner le deuxième acompte du prix de vente et non le solde de 70'000 fr. qui aurait été réduit d'un commun accord. Sur cette base c'est à juste titre qu'il a été retenu que le solde du prix avait été payé.

S'agissant de l'utilisation de l'argent, c'est la prévenue elle-même (PV aud. 1 p. 10), qui indique avoir utilisé 6'000 fr. pour payer trois mois d'arriérés de son loyer privé. Elle a encore confirmé ses déclarations à l'audience d'appel. Elle n'a toutefois pas affirmé qu'il y avait des arriérés

de salaire qui lui étaient dus ni n'a invoqué la compensation. Il y a donc bien eu abus de confiance pour la somme de 6'000 francs.

Pour le reste, avec l'appelante, il faut bien admettre qu'il est difficile de retenir un abus de confiance, faute de connaître l'usage des fonds confiés. Se fondant sur l'acte d'accusation, les premiers juges ont considéré que les documents comptables remis par la prévenue à l'Office des faillites ne confirmaient pas que l'argent avait été utilisé pour payer des factures de l'entreprise. Toutefois, cet office n'a pas dénoncé la prévenue pour un abus de confiance, relevant seulement qu'il était impossible de déterminer ce qu'il était advenu du solde du produit de la vente. Certes, il appartenait à la prévenue d'en garder trace, mais cela lui est précisément reproché sous la forme d'une violation de l'obligation de tenir une comptabilité. On ne peut pas suivre le premier juge lorsqu'il estime que D._____ ne peut tirer argument de sa propre incurie. Il appartient bien à l'accusation d'établir les faits punissables, ce qu'elle n'a pas fait à satisfaction.

Au vu de ce qui précède, D._____ s'est rendue coupable d'un abus de confiance portant sur la somme de 6'000 fr. et non sur un montant de 160'000 fr. comme retenu par les premiers juges.

Le troisième moyen de l'appelante doit être admis dans cette mesure.

6.

6.1 L'appelante, pour les mêmes motifs, conteste l'infraction de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers.

6.2 Aux termes de l'art. 164 ch. 1 CP, le 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 sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a

été dressé contre lui, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

L'art. 164 CP vise à réprimer pénalement le comportement pour lequel les art. 285 et suivants LP prévoient l'action révocatoire (ou action paulienne; ATF 134 III 52 consid. 1.3.2 et 1.3.4). Il n'en découle pas pour autant que les conditions d'application de la norme pénale se superposent à celles présidant à l'exercice de l'action paulienne. 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. Seul le comportement adopté par l'auteur doit être propre à causer un dommage (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3^e éd., 2010, n. 1 et 6 ad art. 163 CP; Donatsch, Strafrecht III, 11^e éd., 2018, p. 366; 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).

L'art. 164 CP réprime tout comportement qui a eu pour effet de diminuer l'actif destiné à désintéresser les créanciers, s'il est adopté pour nuire à ces derniers. Le débiteur menacé d'insolvabilité ou de faillite a un devoir de sauvegarder pour ses créanciers le patrimoine qui subsiste (cf. Corboz, op. cit., 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. A contrario, une aliénation ou une acquisition pour un prix correct n'est pas visée par l'art. 164 ch. 1 CP (Corboz, op. cit., n. 4 et 13 ad art. 164 CP; Donatsch, op. cit., p. 368; Stratenwerth/Jenny/ Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 7^e éd., 2010, § 23 n. 20).

L'énumération de l'art. 164 ch. 1 CP est exhaustive (ATF 131 IV 49 consid. 1.2 p. 51). Faute d'être mentionnée, l'aliénation d'un actif à sa valeur vénale ne peut être sanctionnée en vertu de cette disposition (cf.

Message du Conseil fédéral du 24 avril 1991 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire [infractions contre le patrimoine et faux dans les titres] ainsi que modification de la loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays [dispositions pénales], FF 1991 II 933 ss, ch. 213.32 p. 1032; Corboz, op. cit., n. 13 ad art. 164). Il en va de même de l'augmentation du passif (cf. Corboz, op. cit., n. 16 ad art. 164 CP et réf. citées; Trechsel/Ogg, in: Trechsel/Pieth [éd.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3^e éd., 2008, n. 3 ad art. 164 CP). Ne viole pas non plus l'art. 164 ch. 1 al. 3 CP l'organe habilité à engager le débiteur qui règle pour lui une dette échue et exigible relative à un prêt. Il est à cet égard sans incidence que l'organe qui agit ainsi soit également le créancier du prêt (ATF 131 IV 49 consid. 1.3).

L'infraction visée par l'art. 164 ch. 1 CP est intentionnelle, le dol éventuel suffit. Outre l'intention générale, cette disposition exige que l'auteur ait l'intention de causer un dommage à son ou ses créanciers (TF 6B_617/2010 du 24 novembre 2010 consid. 2.1).

Seul le débiteur peut commettre l'infraction visée par l'art. 164 ch. 1 CP. Lorsqu'il s'agit d'une personne morale ou d'une société, les personnes visées par l'art. 172 aCP, désormais art. 29 CP, sont assimilées au débiteur. Ces dispositions ne constituent toutefois pas une exception au principe "pas de peine sans faute". La responsabilité pénale de la personne physique visée par elles demeure fondée sur la culpabilité individuelle. Cette personne doit donc remplir elle-même, sous réserve de l'al. 4 in fine de l'art. 172 aCP, respectivement du devoir particulier visé par l'art. 29 CP, les conditions objectives et subjectives de l'infraction spécifique en cause (cf. arrêt 6P.101/2001 du 28 novembre 2001 consid. 5a).

6.3 En l'occurrence, la prévenue a vendu son fonds de commerce alors que cela allait mal financièrement (PV aud. 1 p. 4). Les dettes s'accumulaient. Elle admet que la G. _____ n'avait plus eu d'activité

entre le mois de mars et le mois de mai 2018 (PV aud. 1 p. 7). La faillite a été prononcée au mois d'août 2017 avec un passif de l'ordre de 25'000 francs. L'abus de confiance portant sur 6'000 fr. a réduit la masse disponible pour les créanciers, ce que D._____ ne pouvait ignorer. Le concours idéal des deux infractions en tant que tel n'est pas contesté.

Le moyen doit être rejeté.

7.

7.1 L'abus de confiance portant sur un montant de 6'000 fr. et non sur le montant de 160'000 fr. tel que retenu par le premier juge, il y a lieu de revoir la peine à infliger à D._____.

7.2

7.2.1 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).

La culpabilité 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 ses antécédents, sa réputation, sa situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), sa vulnérabilité face à la peine, de même que son comportement après l'acte et au cours de la procédure

pénale (ATF 142 IV 137 consid. 9.1 ; 141 IV 61 consid. 6.1.1 et les réf. cit. ; TF 6B_654/2018 du 5 septembre 2018 consid. 3.1).

7.2.2 Aux termes de l'art. 49 CP, 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 (al. 1). Si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement (al. 2).

Pour satisfaire à la règle visée à l'art. 49 CP, le juge, dans un premier temps, fixera la peine pour l'infraction 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 les autres infractions, en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.2; ATF 127 IV 101 consid. 2b; TF 6B_1175/2017 du 11 avril 2018 consid. 2.1; TF 6B_688/2014 du 22 décembre 2017 consid. 27.2.1).

L'exigence, pour appliquer l'art. 49 al. 1 CP, que les peines soient de même genre, implique que le juge examine, pour chaque infraction commise, la nature de la peine à prononcer pour chacune d'elle. Le prononcé d'une peine d'ensemble en application du principe de l'aggravation contenu à l'art. 49 CP n'est ensuite possible que si le juge choisit, dans le cas concret, le même genre de peine pour sanctionner chaque infraction commise (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1; ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2; ATF 138 IV 120 consid. 5.2). Que les dispositions pénales applicables prévoient abstraitement des peines de même genre ne suffit pas (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1; ATF 144 IV 217 consid. 2.2; ATF 138 IV 120 consid. 5.2). Si les sanctions envisagées concrètement ne sont pas du même genre, elles doivent être prononcées cumulativement (ATF 144 IV

313 consid. 1.1; ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2; ATF 138 IV 120 consid. 5.2; ATF 137 IV 57 consid. 4.3.1). La peine privative de liberté et la peine pécuniaire ne sont pas des sanctions du même genre (ATF 144 IV 313 consid. 1.1; ATF 144 IV 217 consid. 2.2).

7.2.3 L'art. 42 CP dispose que le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (al. 1).

7.3 La culpabilité de D._____, qui répond d'un concours d'infractions, doit être qualifiée de moyenne. Elle a plus pêché par légèreté que par goût du lucre. La prise de conscience de ses torts est à peu près nulle. Cependant, on peut suivre l'appelante lorsqu'elle requiert d'être condamnée à une peine pécuniaire. En effet, l'abus de confiance s'élève à 6'000 fr. - et non à 160'000 fr. - et D._____, née en 1968, n'a aucun antécédent.

Les infractions des articles 138 CP (abus de confiance) et 164 CP (diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers) ont la même peine-menace. En l'espèce, l'abus de confiance constitue, dans le cas concret, l'infraction la plus grave qui fonde l'infraction de base. Une peine de 45 jours-amende est adéquate. Cette peine doit être augmentée, par l'effet du concours, de 15 jours pour la diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et de 30 jours pour la violation de l'obligation de tenir une comptabilité.

Au vu de la situation financière de l'appelante, le montant du jour amende peut être fixé à 10 fr., celle-ci étant au RI et ayant des dettes. Elle pourra bénéficier du sursis dès lors qu'elle en remplit les conditions.

Il convient par ailleurs de condamner D._____ à une amende de 100 fr., convertible en 1 (un) jour de peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement dans le délai imparti, à titre de sanction immédiate (art. 42 al. 4 CP).

8.

8.1 D._____ conclut à ce que les frais de première instance soient laissés à la charge de l'Etat.

8.2 Conformément à l'art. 426 al. 2 CPP, lorsque la procédure fait l'objet d'une ordonnance de classement ou que le prévenu est acquitté, tout ou partie des frais de procédure peuvent être mis à sa charge s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile sa conduite.

La condamnation d'un prévenu acquitté à supporter tout ou partie des frais doit respecter la présomption d'innocence, consacrée par les art. 32 al. 1 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101) et 6 par. 2 CEDH (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950; RS 0.101). Celle-ci interdit de rendre une décision défavorable au prévenu libéré en laissant entendre que ce dernier serait néanmoins coupable des infractions qui lui étaient reprochées. Une condamnation aux frais n'est ainsi admissible que si le prévenu a provoqué l'ouverture de la procédure pénale dirigée contre lui ou s'il en a entravé le cours. A cet égard, seul entre en ligne de compte un comportement fautif et contraire à une règle juridique, qui soit en relation de causalité avec les frais imputés (ATF 144 IV 202 consid. 2.2).

Pour déterminer si le comportement en cause est propre à justifier l'imputation des frais, le juge peut prendre en considération toute norme de comportement écrite ou non écrite résultant de l'ordre juridique suisse pris dans son ensemble, dans le sens d'une application par analogie des principes découlant de l'art. 41 CO. Le fait reproché doit constituer une violation claire de la norme de comportement. Une condamnation aux frais ne peut se justifier que si, en raison du comportement illicite du prévenu, l'autorité était légitimement en droit d'ouvrir une enquête. Elle est en tout cas exclue lorsque l'autorité est intervenue par excès de zèle, ensuite d'une mauvaise analyse de la situation ou par précipitation; la

mise des frais à la charge du prévenu en cas d'acquiescement ou de classement de la procédure doit en effet rester l'exception (ATF 144 IV 202 consid. 2.2).

8.3 En l'espèce, l'acquiescement partiel de D._____ justifie qu'une partie des frais soit laissée à la charge de l'Etat. Cependant, en violant son obligation de tenir une comptabilité, la prénommée est à l'origine de la procédure et de tous les soupçons dont elle a fait l'objet. Partant, et pour tenir compte de sa situation financière difficile, dès lors qu'elle a perdu son dernier emploi en raison de la crise sanitaire, seule la moitié des frais de première instance, qui comprennent l'indemnité allouée à son défenseur d'office, sera mise à sa charge, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

9. En définitive, l'appel de D._____ doit être partiellement admis et le jugement entrepris réformé dans le sens des considérants qui précèdent.

Sur la base de la liste des opérations produite par le défenseur d'office de D._____, dont il n'y a pas lieu de s'écarter si ce n'est pour ajouter le temps de l'audience et rectifier le montant des débours comptés par erreur à 3%, c'est une indemnité de 1'747 fr. 55, correspondant à 1h54 heures d'activité d'avocat breveté au tarif horaire de 180 fr., et à 10h17 d'activité d'avocat-stagiaire au tarif horaire de 110 fr., plus des débours forfaitaires à concurrence de 2%, une vacation à 120 fr., et la TVA, qui doit être allouée à Me David Moinat.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, par 4'017 fr. 55, constitués de l'émolument d'audience et de jugement, par 2'380 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP), ainsi que de l'indemnité allouée au défenseur d'office de l'appelante, par 1'747 fr. 55, seront mis par moitié, soit par 2'063 fr. 80, à la charge de D._____ (art. 428 al. 1, 1^{re} phrase, CPP), le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

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

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
appliquant les articles 34, 42, 44, 47, 50, 106, 138 ch. 1 al. 2, 164 ch. 1 al. 1 et 166 CP ; 398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. Le jugement rendu le 11 novembre 2020 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est modifié comme il suit aux chiffres II, III et V de son dispositif, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :

I. Constate que D. _____ s'est rendue coupable d'abus de confiance, diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et violation de l'obligation de tenir une comptabilité;

II. condamne D. _____ à une peine pécuniaire de 90 (nonante) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr. (dix francs) ;

III. condamne D. _____ à 100 fr. (cent francs) d'amende, convertible en 1 (un) jour de peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement fautif dans le délai imparti;

IV. suspend l'exécution de la peine prononcée sous chiffre II ci-dessus et fixe à la condamnée un délai d'épreuve de 2 (deux) ans;

V. met les frais de la cause, par 10'109 fr. 45, comprenant l'indemnité allouée à son défenseur d'office Me David Moinat par 5'134 fr. 45, par moitié, soit 5'054 fr. 70, à la charge de

D. _____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat, la moitié de l'indemnité devant être remboursée à l'Etat par la condamnée dès que sa situation financière le permettra ».

- III.** Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 1'747 fr. 55, TVA et débours inclus, est allouée à Me David Moinat.
- IV.** Les frais d'appel, par 4'127 fr. 55, qui comprennent l'indemnité allouée au défenseur d'office, sont mis par moitié, soit 2'063 fr. 80 à la charge de D. _____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.
- V.** D. _____ ne sera tenue de rembourser à l'Etat la moitié 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 **16 février 2021**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me David Moinat, avocat (pour D. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- Mme la Procureure de l'arrondissement de Lausanne,
- 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 du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - 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 du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales ; 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 :