

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 20 avril 2017

Composition : M. MAILLARD, président
MM. Krieger et Abrecht, juges
Greffière : Mme Vuagniaux

Art. 138 ch. 1 et 146 al. 1 CP

Statuant sur le recours interjeté le 6 mars 2017 par **X.**_____ contre l'ordonnance de classement rendue le 20 février 2017 par le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause n° **PE12.014704-HNI**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. **a)** A.S._____ était l'administrateur de fait de la société A._____Sàrl, à [...], active dans le domaine immobilier. Son épouse, B.S._____, en était l'associée gérante avec signature individuelle, mais n'a jamais suivi la marche de la société.

Depuis le 10 juillet 2008, A._____Sàrl était propriétaire de l'immeuble n° [...], sis [...], dans lequel X._____ louait et gérait le bar « [...] ».

b) Par convention du 2 novembre 2009, A._____Sàrl, représentée par A.S._____, s'est engagée à vendre à X._____ une quote-part de l'immeuble n° [...], sis [...], correspondant au bar et à un appartement de 3 pièces sis au-dessus de l'établissement, pour la somme de 250'000 francs.

Le 3 novembre 2009, X._____ a versé un premier montant de 169'250 fr. à la notaire K._____, à [...]. Le 5 novembre 2009, X._____ a accepté que cette somme serve à payer le solde dû par A._____Sàrl aux anciens propriétaires de l'immeuble. Par conventions des 22 novembre 2009 et 7 janvier 2010, toujours sous la signature de A.S._____, A._____Sàrl a reconnu qu'elle avait reçu 30'000 fr. à titre d'acompte, respectivement 50'000 fr. pour solde de toute compte de la part de X._____.

Contacté par A.S._____, H._____, entrepreneur à [...], a établi des plans en vue de la constitution de la PPE qui devait individualiser la quote-part d'immeuble de X._____. Le notaire L._____, à [...], a considéré que la qualité des plans était insuffisante pour mettre en place la PPE. Celle-ci n'a finalement jamais été constituée et le transfert de propriété n'a jamais eu lieu non plus.

La faillite de A._____Sàrl a été prononcée le 24 novembre 2010. A.S._____ a refusé de restituer le prix payé par X._____.

c) X._____ a déposé plainte le 3 août 2012 contre A.S._____ pour abus de confiance, escroquerie et atteinte astucieuse aux intérêts pécuniaires d'autrui.

Par ordonnance du 28 août 2012, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois a refusé d'entrer en matière sur la

plainte, considérant que le litige était de nature civile et que le plaignant aurait dû se renseigner avant de verser les fonds et ne pouvait ignorer qu'une vente immobilière ne pouvait intervenir sans un acte notarié.

Par arrêt du 31 octobre 2012, la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal a admis le recours formé par X._____ contre l'ordonnance du 28 août 2012 et a renvoyé le dossier au Procureur pour qu'il ouvre une instruction, notamment en entendant le prévenu, son épouse, ainsi que les notaires et architecte impliqués. La Cour a relevé qu'il ressortait de l'extrait du Registre du commerce que A.S._____ n'avait jamais eu le droit de représenter A._____Sàrl et que si le montant de 169'250 fr. avait apparemment servi à éteindre la dette de la société envers les précédents propriétaires de l'immeuble concerné, on ne savait en revanche pas ce qu'il était advenu des montants de 30'000 fr. et 50'000 fr. versés subséquemment. Dans ces circonstances, la Cour a considéré qu'il n'était pas exclu que A.S._____ ou la société n'aient en réalité jamais eu la volonté d'exécuter le contrat et aient fait intervenir un architecte et un notaire en vue de la création de la PPE, afin de conforter le plaignant dans l'erreur et le déterminer aux versements opérés.

B. Par ordonnance du 20 février 2017, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois a ordonné le classement de la procédure pénale dirigée contre A.S._____ pour abus de confiance et escroquerie (I), a fixé l'indemnité d'office due à Me Pascal Nicollier, conseil juridique gratuit de X._____, à 2'004 fr. 90, débours et TVA compris (II), et a laissé les frais de procédure à la charge de l'Etat (III).

Le Procureur a retenu que l'infraction d'abus de confiance n'était pas réalisée, car l'argent versé par X._____ ne pouvait être considéré comme ayant été confié à A.S._____, mais constituait la contre-prestation d'un contrat de vente immobilière qui pouvait être utilisée librement par son destinataire. S'agissant de l'infraction d'escroquerie, le Procureur a retenu que A.S._____ était intervenu auprès de l'Office des faillites pour soutenir X._____, qu'il avait chargé un architecte de préparer les plans de la future PPE, mais qu'il semblait

que c'était la piètre qualité de ceux-ci qui avait empêché sa constitution, et qu'une cédula hypothécaire avait été octroyée à A._____Sàrl en 2008, ce qui était un gage de viabilité de la société. Dès lors qu'aucun élément ne laissait penser que A.S._____ n'aurait jamais eu l'intention de constituer la PPE et aurait ainsi astucieusement induit X._____ en erreur, il y avait lieu de classer l'affaire et de rejeter la réquisition de preuve tendant à la production de la comptabilité complète de A._____Sàrl pour les années 2009 et 2010 avec les pièces justificatives.

C. Par acte du 6 mars 2017, X._____ a recouru contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que A.S._____ soit mis en accusation devant un tribunal, subsidiairement à son annulation, la cause étant renvoyée à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants de l'autorité supérieure.

Le 3 avril 2017, A.S._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours.

En droit :

1. Une ordonnance de classement rendue par le Ministère public peut être attaquée par la voie du recours (art. 393 al. 1 let. a CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]) auprès de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 396 al. 1 CPP, 13 LVCPP [loi d'introduction du code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; RSV 312.01] et 80 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 septembre 1979 ; RSV 173.01]). Le recours doit être envoyé par écrit, dans un délai de dix jours dès la notification de la décision attaquée (art. 322 al. 2 et 396 al. 1 CPP).

Interjeté dans le délai légal par la partie plaignante qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2. Aux termes de l'art. 319 al. 1 CPP, le Ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure notamment lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a), à savoir lorsque les soupçons initiaux qui ont conduit le Ministère public à ouvrir une instruction n'ont pas été confirmés (Grädel/Heiniger, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozess-ordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 8 ad art. 319 CPP), ou lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b), à savoir lorsque le comportement incriminé, quand bien même il serait établi, ne réalise les éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'aucune infraction pénale (Grädel/Heiniger, op. cit., n. 9 ad art. 319 CPP).

De manière générale, les motifs de classement sont ceux « qui déboucheraient à coup sûr ou du moins très probablement sur un acquittement ou une décision similaire de l'autorité de jugement » (Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006, pp. 1057 ss, spéc. 1255). Un classement s'impose lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables (TF 6B_797/2013 du 27 mars 2014 consid. 2.1). La possibilité de classer la procédure ne saurait toutefois être limitée à ce seul cas, car une interprétation aussi restrictive imposerait un renvoi en jugement, même en présence d'une très faible probabilité de condamnation. Le principe *in dubio pro duriore* exige donc simplement qu'en cas de doute, la procédure se poursuive. Pratiquement, une mise en accusation s'impose lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement. En effet, en cas de doute, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.1). Lorsque les probabilités d'un acquittement et d'une condamnation apparaissent équivalentes et pour autant qu'une ordonnance pénale n'entre pas en considération, le Ministère public est en principe tenu de mettre le prévenu en accusation, ce d'autant plus lorsque les infractions sont graves (TF 6B_797/2013 précité, consid. 2.1 ; ATF 138 IV 86 précité, consid. 4.1.2).

3.

3.1 Le recourant soutient que A.S._____ aurait signé les documents pour la vente de la quote-part de l'immeuble alors qu'il n'avait pas de droit de signature au nom de A._____Sàrl, que A.S._____ aurait su que la société était en difficulté lorsqu'il lui avait proposé la vente, qu'il l'aurait conforté dans l'erreur en lui faisant croire qu'il mettait tout en œuvre pour que l'affaire aboutisse, notamment en faisant intervenir un prétendu architecte et des notaires afin de constituer une PPE et pouvoir individualiser son lot, et que l'on ne saurait pas ce qu'il est advenu des 80'000 fr. qu'il a versés directement sur le compte de A._____Sàrl, d'autant que cet argent n'apparaîtrait pas aux actifs du dossier de faillite de la société.

3.2

3.2.1 Aux termes de l'art. 146 al. 1 CP, se rend coupable d'escroquerie celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers.

Il y a tromperie astucieuse au sens de cette disposition lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire en raison d'un rapport de confiance particulier. L'astuce n'est toutefois pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle. Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle ait fait preuve de la plus grande diligence ou qu'elle ait recouru à toutes les mesures possibles pour éviter d'être trompée. L'astuce n'est exclue que si elle n'a pas procédé aux vérifications

élémentaires que l'on pouvait attendre d'elle au vu des circonstances (TF 6B_117/2015 du 11 février 2016 consid. 2.3.1.1 et les réf. citées).

Sur le plan subjectif, l'auteur doit avoir agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, correspondant au dommage de la dupe (ATF 134 IV 10 consid. 5.3 ; TF 6B_1115/2014 du 28 août 2015 consid. 2.1.4).

3.2.2 Selon l'art. 138 ch. 1 CP, se rend coupable d'abus de confiance, celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui et qui lui avait été confiée (al. 1) ou celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées (al. 2).

L'infraction d'abus de confiance suppose qu'une valeur ait été confiée, autrement dit que l'auteur ait acquis la possibilité d'en disposer, mais que, conformément à un accord (exprès ou tacite) ou un autre rapport juridique, il ne puisse en faire qu'un usage déterminé, en d'autres termes, qu'il l'ait reçue à charge pour lui d'en disposer au gré d'un tiers, notamment de la conserver, de la gérer ou de la remettre. Le comportement délictueux consiste à utiliser la valeur patrimoniale contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée. L'al. 2 de l'art. 138 ch. 1 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 ; est ainsi caractéristique de l'abus de confiance au sens de cette disposition le comportement par lequel l'auteur démontre clairement sa volonté de ne pas respecter les droits de celui qui lui fait confiance (ATF 129 IV 257 consid. 2.2.1 ; 121 IV 23 consid. 1 ; 119 IV 127 consid. 2).

Du point de vue subjectif, l'auteur doit avoir agi intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime. Celui qui dispose à son profit ou au profit d'un tiers d'un bien qui lui a été confié et qu'il s'est engagé à tenir en tout temps à disposition de l'ayant droit

s'enrichit illégitimement s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer immédiatement en tout temps. Celui qui ne s'est engagé à tenir le bien confié à disposition de l'ayant droit qu'à un moment déterminé ou à l'échéance d'un délai déterminé ne s'enrichit illégitimement que s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer à ce moment précis (TF 6B_507/2015 du 25 février 2016 consid. 1).

3.3 En l'espèce, au cours de ses auditions des 8 mai 2013 et 27 janvier 2016, A.S._____ a déclaré qu'il avait signé tous les actes pour le compte de A._____Sàrl sur la base d'une procuration générale légalisée qu'il était en mesure de produire (PV aud. 1, lignes 58-59 ; PV aud. 4, lignes 21-23) ; B.S._____ a admis que c'était en réalité son époux qui gérait la société, au bénéfice d'une procuration générale (PV aud. 5, ligne 25). Or cette pièce essentielle n'a toujours pas été produite par aucun des époux, de sorte que l'on ne sait pas si A.S._____ avait le pouvoir de représenter la société, respectivement de procéder à l'encaissement du montant litigieux et de créer une PPE en vue d'individualiser le lot du recourant.

En outre, s'il est établi que A._____Sàrl était propriétaire de l'immeuble n° [...] depuis le 10 juillet 2008 et que la première tranche de 169'250 fr. versée début novembre 2009 par le recourant a servi à payer le solde que A._____Sàrl devait encore aux anciens propriétaires, on ignore toujours ce qu'il est advenu des montants de 30'000 fr. et 50'000 fr. que le recourant a versé ultérieurement sur le compte de A._____Sàrl. Le préposé de l'Office des faillites du district de Sierre a produit plusieurs pièces relatives à la faillite de A._____Sàrl (pièces 21 à 26), mais celles-ci ne permettent pas de déterminer si le montant de 80'000 fr. a été affecté à la trésorerie générale de la société comme A.S._____ le prétend (PV aud. 4, lignes 34-35), ce que seule la production de la comptabilité de la société pourrait révéler. On notera par ailleurs que l'état de collocation fait état de plusieurs créances datant de 2007 déjà (impôts notamment), si bien que la société n'apparaît pas obérée seulement depuis 2011-2012 à la suite d'une promesse d'achat qui n'aurait pas été respectée et qui aurait entraîné la faillite de la société

selon les dires de A.S._____ (PV aud. 4, lignes 57-62). De plus, la dite promesse d'achat ne figure pas au dossier et on ne voit pas non plus que cette opération « fait partie des affaires reprises par l'Office des faillites » comme A.S._____ l'indique (PV aud. 1, ligne 109-109 ; cf. état de collocation). Enfin, A.S._____ a mentionné qu'il détenait d'autres sociétés (PV aud. 4, ligne 32), mais on n'en sait pas plus à ce sujet.

Si le montant de 80'000 fr. n'a pas été affecté à la trésorerie générale de A._____ Sàrl et si A.S._____ savait déjà, au moment où il a proposé au recourant de lui vendre la quote-part du bar et de l'appartement, que la société rencontrait des difficultés financières, il se pose effectivement la question de savoir si la proposition de A.S._____ ne relève pas d'un montage astucieux, d'autant plus que la notaire K._____ a déclaré que le solde du prix de vente avait eu de la peine à être versé aux anciens propriétaires et qu'une hypothèque légale était déjà inscrite à ce moment-là (PV aud. 2, lignes 26-27 et 35-38). On peut donc se demander si la manœuvre de vente de la quote-part d'immeuble ne visait en réalité pas à obtenir en urgence de quoi verser le solde dû par A._____ Sàrl aux vendeurs, sans aucune volonté de transférer la quote-part concernée et de créer une PPE. Quant au notaire L._____, il a confirmé que les documents fournis n'étaient pas des plans, mais des croquis insuffisants pour la constitution d'une PPE, que ces croquis ne comportaient pas de nom et n'émanaient pas d'un architecte (PV aud. 3, lignes 26-37). On sait aussi que la personne mandatée par A.S._____ pour établir les plans de la quote-part n'était pas un dessinateur-architecte comme présenté par celui-ci (PV aud. 4, ligne 41) et comme compris par le recourant (cf. plainte du 3 août 2012, n. 4), mais en réalité un entrepreneur diplômé qui n'a pas été en mesure de présenter des plans utilisables.

Enfin, la constitution d'une cédule hypothécaire en 2008 démontre uniquement que la banque qui l'a délivrée considérait qu'à cette date-là, l'immeuble valait au moins la valeur de la cédule et que la société était viable. De plus, les faits litigieux se sont déroulés entre fin 2009 et début 2010, soit bien plus tard. La production de la comptabilité complète

de la société se révèle par conséquent indispensable afin de connaître ses flux financiers. Si des éléments constitutifs d'infraction(s) à la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite apparaissent au dévoilement des transferts de fonds de la société, il conviendra d'instruire plus avant, le cas échéant par transfert de for en Valais.

Il résulte de ce qui précède qu'une mise en accusation pour escroquerie n'apparaît pas exclue. En revanche, l'infraction d'abus de confiance n'est pas réalisée : en effet, les trois acomptes de 169'250 fr., 30'000 fr. et 50'000 fr. ont été versés à titre de contre-prestation selon les conventions signées et pouvaient être librement utilisés par leurs destinataires, respectivement par les anciens propriétaires de l'immeuble (pour 169'250 fr.) et par la société A._____ Sàrl (pour 80'000 fr.). Il ne s'agissait donc pas d'une chose confiée au sens de l'art. 138 CP.

4. En définitive, le recours doit être partiellement admis. L'ordonnance entreprise sera confirmée en ce qui concerne le classement de la plainte déposée contre A.S._____ pour abus de confiance et annulée pour le surplus. Le dossier de la cause sera renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois pour complément d'instruction dans le sens des considérants.

Me Pascal Nicollier, conseil juridique gratuit de X._____, a droit à une indemnité pour la procédure de recours. Selon le mémoire produit, il sera retenu 5 h d'activité au tarif d'un avocat-stagiaire (5 x 110 fr.) et 30 min. au tarif d'un avocat (90 fr.), plus la TVA par 51 fr. 20 ([550 fr. + 90 fr.] x 8 %), soit au total 691 fr. 20.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure de recours (art. 422 al. 1 CPP), par 1'100 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1]), ainsi que l'indemnité allouée au conseil juridique gratuit (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), seront mis par moitié à la charge du recourant, qui succombe en partie (art. 428 al. 1 CPP), et par moitié à la charge de A.S._____, qui

a conclu au rejet du recours et succombe aussi en partie (art. 428 al. 1 CPP).

Le recourant sera tenu de rembourser la moitié de l'indemnité due à son conseil juridique gratuit, soit la somme de 345 fr. 60, et la moitié des frais d'arrêt, soit la somme de 550 fr., lorsque sa situation financière le permettra (art. 135 al. 4 let. a CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est partiellement admis.
- II.** L'ordonnance du 20 février 2017 est confirmée en ce qui concerne le classement de la procédure pénale dirigée contre A.S. _____ pour abus de confiance ; elle est annulée pour le surplus.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois pour complément d'instruction au sens des considérants.
- IV.** L'indemnité allouée à Me Pascal Nicollier, conseil juridique gratuit de X. _____, est fixée à 691 fr. 20 (six cent nonante et un francs et vingt centimes).
- V.** Les frais de la procédure de recours, par 1'100 fr. (mille cent francs), sont mis par moitié à la charge de X. _____ et par moitié à la charge de A.S. _____.
- VI.** X. _____ est tenu de rembourser la moitié de l'indemnité due à son conseil juridique gratuit, soit la somme de 345 fr. 60 (trois cent quarante-cinq francs et soixante centimes), ainsi que la moitié des frais d'arrêt, soit la somme de 550 fr. (cinq cent cinquante-francs), lorsque sa situation financière le permettra.

VII. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Pascal Nicollier, avocat (pour X. _____),
- Me Dan Bally, avocat (pour A.S. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur de l'arrondissement de l'Est vaudois,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt 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 arrêt 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 fédérales; 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 :