

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 30 novembre 2009

Présidence de M. CREUX, président
Juges : M. de Montmollin et Mme Epard
Greffier : M. Ritter

Art. 317 CP; 415 CPP

La Cour de cassation pénale prend séance à huis clos pour statuer sur les recours interjetés par **F._____** et par le **MINISTERE PUBLIC** contre le jugement rendu le 4 septembre 2008 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne dans la cause dirigée contre **F._____**.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 4 septembre 2008, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a libéré F._____ du chef d'accusation de faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques (I); donné acte à la Masse en faillite Z._____ SA de ses réserves civiles à l'encontre d'F._____ (II); donné acte à la Banque B._____ et à H._____ SA (en liquidation) de leurs réserves civiles à l'encontre d'F._____ (III); dit qu'il devait, à titre de dépens pénaux, 6'500 fr. à la Masse en faillite Z._____ SA et 5'000 fr. à la Banque B._____ et à H._____ SA (en liquidation), solidairement entre elles (IV) et mis une partie des frais, par 5'000 fr., à sa charge, le solde étant laissé à la charge de l'Etat (V).

B. Ce jugement retient en substance ce qui suit, la cour de céans se référant pour le surplus à l'état de fait dans son intégralité :

1. F._____ est né en 1954. Après des études de droit à l'Université de Genève, il a obtenu ses brevets de notaire et d'avocat au début des années huitante. Il exerce ces deux professions tant à [...], où il a son domicile, qu'au Tessin. Sa pratique du barreau et du notariat est considérée comme correcte.

Son casier judiciaire est vierge de toute inscription.

2. a) [...] AG était une entreprise générale de construction et travaux publics disposant de plusieurs succursales, dont une à [...]. La société s'est trouvée en difficulté à la fin de l'année 1994.

Par contrat de vente du 9 juin 1995, la société en formation Z._____ SA, à [...], a repris l'ensemble des activités valaisannes de [...] AG, alors en sursis concordataire. Z._____ SA était représentée par ses fondateurs [...], [...] et [...] SA, les deux premiers ayant fait l'objet d'une

enquête pénale. Par cet achat, Z._____ SA a ainsi acquis certaines participations. Elle reprenait les biens, notamment le matériel et les machines de la société venderesse ainsi que l'ensemble des contrats de travail, étant précisé que les ouvriers avaient été licenciés par la société en sursis et qu'ils avaient été réengagés par Z._____ SA. Le prix de vente était de 983'000 fr., dont notamment 529'000 fr. à verser en espèces et 104'000 fr. par reprise de dettes. La vente portait également sur un droit d'emption permettant l'acquisition d'immeubles à [...], à l'époque en location, au prix de 1'800'000 francs.

En date du 14 juin 1995, Z._____ SA, encore en formation, a acquis les actions de La Gravière du Pont Noir SA, propriété de la succursale sédunoise de [...] AG, au prix de 753'000 francs. Le même jour, F._____ a instrumenté une obligation hypothécaire au porteur de 700'000 fr. souscrite par Z._____ SA en formation, grevant des actifs mobiliers et immobiliers propriété de [...] SA.

Les opérations précitées ont été financées par la Banque Cantonale du Valais sous la forme d'un prêt de 1'200'000 fr. concédé à [...] SA, la banque ouvrant en outre une ligne de crédit de 3'000'000 fr. à Z._____ SA en vue de son exploitation future.

b) Le 21 juin 1995, par acte notarié d'F._____, [...] et [...], ce dernier agissant à titre personnel et pour le compte de Peralco Construction SA, ont fondé Z._____ SA, à [...], avec capital-actions entièrement libéré en espèces par 500'000 fr. Le même jour, l'accusé instrumentait le droit d'emption prévu par le contrat de vente du 9 juin 1995. L'acte constitutif de fondation et les statuts ne mentionnaient ni apports en nature, ni reprise de biens, ni autres avantages particuliers.

Selon la déclaration I, ou déclaration "Stampa", signée par les fondateurs, la société n'avait repris aucun bien et n'avait pas l'intention de reprendre des biens déterminés d'une certaine importance. Selon la déclaration II, dite aussi déclaration relative à la LFAIE, qui porte les mêmes signatures, la société n'avait pas l'intention d'acquérir des

immeubles en Suisse dans un avenir prévisible. Ces deux déclarations, qui sont des annexes à l'acte constitutif de fondation, passent ainsi sous silence la reprise de l'entreprise en sursis concordataire à [...], l'achat de [...] SA et le pacte d'emption permettant l'acquisition d'immeubles à [...].

L'acte constitutif de fondation et ses différentes annexes ont été transmis au Registre du commerce par porteur le 26 juin 1995, accompagnés de la réquisition au RC. L'extrait du Registre du commerce du bureau de [...] date du 27 juin 1995. Il en ressort que l'art. 3 des statuts de Z. _____ SA stipulait : "La société a pour but l'exploitation d'une entreprise générale de construction et de travaux publics. Dans le cadre de son activité, la société peut exécuter, tant en Suisse qu'à l'étranger, tous travaux de construction, de routes et de génie civil. Elle peut aussi acquérir, mettre en valeur ou administrer et aliéner des immeubles de toute nature. Pour atteindre son but, la société peut (...) de manière générale, faire toute opération et conclure tous contrats qui sont en rapport direct ou indirect avec son but."

3. a) Il est reproché à F. _____ de n'avoir pas respecté la forme qualifiée, au sens de l'art. 635 CO, applicable à ce type de fondation et d'avoir authentifié par sa signature un état de fait inexact. Dès lors qu'il a renoncé à la procédure de la forme qualifiée de la fondation de la société anonyme, il n'y a eu aucune vérification par l'organe de révision du bilan de reprise établi le 1^{er} juin 1995, dont d'ailleurs l'accusé n'avait pas connaissance et qui a été considéré comme un faux dans les titres par la suite.

b) Le jugement se fonde sur un arrêt du Tribunal fédéral du 26 septembre 2006 concernant [...], dont il ressort, s'agissant de l'acte de fondation de Z. _____ SA, qu'"en cas de fondation qualifiée - lorsqu'il y a apports en nature ou reprise de biens, hypothèse réalisée en l'espèce -, l'art. 635 CO impose aux fondateurs de justifier le bien-fondé de leur évaluation dans un rapport, qu'un réviseur doit ensuite vérifier et dont il doit ensuite attester l'exactitude".

Le tribunal a considéré qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter de la décision précitée. Au vu des contrats des 9 et 14 juin 1995, la procédure de fondation qualifiée était obligatoire au sens de l'art. 635 CO. Les premiers juges ont encore constaté que l'acte constitutif de fondation, dont les statuts ne mentionnaient pas de reprise de biens et la déclaration I qui passait sous silence la reprise de l'entreprise [...], à [...] et de la gravière, de même que la déclaration II qui ne faisait pas état de l'acte d'emption, ne reflétaient pas la réalité et constituaient l'élément objectif de faux dans les titres reproché à l'accusé, étant rappelé que les annexes à l'acte principal devaient être considérées comme des titres.

S'agissant de l'élément subjectif de l'infraction de faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques au sens de l'art. 317 CP, le tribunal a considéré que le dessein de tromper faisait défaut, laissant toutefois ouverte la question de la négligence en raison de la prescription. F. _____ a dès lors été libéré de ce chef d'accusation.

B. Statuant sur recours de l'accusé, d'une part, et du Ministère public, d'autre part, la Cour de cassation pénale a, par arrêt du 31 octobre 2008 (n° 438), rejeté les contestations dont elle était saisie (I) et a confirmé le jugement attaqué (II), mettant la moitié des frais de deuxième instance à la charge d'F. _____ (III).

Statuant sur recours de l'accusé, le Tribunal fédéral a, par arrêt du 20 octobre 2009 (6B_387/2009), notamment admis le recours, annulé l'arrêt entrepris et renvoyé la cause à la cour cantonale afin qu'elle rende une nouvelle décision (I).

C. Les parties ont été invitées à se déterminer sur la reprise de cause. Masse en faillite Z. _____ SA, d'une part, et la Banque B. _____ et H. _____ SA, d'autre part, s'en sont remises à justice. Le Ministère public a renoncé à procéder. F. _____ a déposé un mémoire concluant à

l'admission de son recours et à la réforme du jugement en ce sens que la totalité des frais est mise à la charge de l'Etat.

En droit :

1. Lorsque le Tribunal fédéral admet un recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance (cf. art. 107 al. 2 LTF; RS 173.10). L'autorité à laquelle l'affaire est renvoyée doit fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt de cassation et doit s'en tenir aux instructions du Tribunal fédéral (cf. Piquerez, *Traité de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Zurich 2006, n° 1488 in fine, p. 891). A cet égard, la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancienne procédure fédérale reste tout à fait pertinente: le recours ayant circonscrit le débat, il n'appartient pas à l'autorité cantonale de revenir sur des questions qui sortent du cadre des considérants du Tribunal fédéral et elle n'a ainsi plus qu'à examiner, conformément à l'arrêt, les points qui ont donné lieu à cassation (cf. FF 2001 4000, spéc. 4143; Corboz, *Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation*, in SJ 1991 pp. 57 ss, spéc. pp 99-100; ATF 117 IV 97, JT 1993 IV 130; ATF 121 IV 109, c. 7).

2. En l'espèce, l'arrêt du Tribunal fédéral annule l'arrêt de la cour de céans et renvoie la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle rende une nouvelle décision, laquelle doit porter sur les frais et dépens de deuxième instance cantonale. La juridiction fédérale a statué que la mise à la charge du recourant de frais et de dépens n'est pas conforme aux exigences constitutionnelles et conventionnelles qu'elle rappelle par ailleurs (cf. not. c. 2.2.3).

3.1a) Pour ce qui est, d'abord, du recours du Ministère public, il tend à la réforme du chiffre I et V du dispositif du jugement en ce sens qu'F._____ est reconnu coupable de faux dans les titres commis dans

l'exercice de fonctions publiques et condamné à six mois de peine privative de liberté avec sursis pendant deux ans, l'ensemble des frais de première instance étant mis à sa charge.

En réforme, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (art. 447 al. 1 CPP). Elle est cependant liée par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes, inexistantes en l'espèce, qu'elle rectifie d'office, ou d'éventuels compléments qui ressortiraient des pièces du dossier (art. 447 al. 2 CPP; Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, JT 1996 III 66 ss, spéc. pp. 70 s., ch. 8).

b) La question déterminante pour l'issue du recours est celle de savoir si les conditions d'application de l'art. 317 CP sont réalisées.

3.2 Aux termes de l'art. 317 CP, les fonctionnaires et les officiers publics qui auront intentionnellement créé un titre faux, falsifié un titre ou abusé de la signature ou de la marque à la main réelles d'autrui pour fabriquer un titre supposé (ch. 1 al. 1), les fonctionnaires et les officiers publics qui auront intentionnellement constaté faussement dans un titre un fait ayant une portée juridique, notamment en certifiant faussement l'authenticité d'une signature ou d'une marque à la main ou l'exactitude d'une copie (ch. 1 al. 2), seront punis d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire (ch. 1 al. 3). La peine sera l'amende si le délinquant a agi par négligence (ch. 2).

Les règles que la jurisprudence a dégagées en matière de faux dans les titres, au sens de l'art. 251 CP, sont applicables au faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques, au sens de l'art. 317 CP (ATF 131 IV 125, c. 4.1), s'agissant notamment du notaire, quel que soit son statut, qui exerce les devoirs de sa charge, c'est-à-dire établit des actes auxquels son intervention confère une crédibilité accrue (ATF 113 IV 82).

Sur le plan objectif, cette infraction suppose la réalisation de trois conditions, soit qu'un fonctionnaire ou un officier public ait commis, s'agissant d'un titre, l'un des cinq comportements réprimés par cette disposition.

La notion de titre est définie par l'art. 110 al. 4 CP qui prévoit que sont notamment réputés titres tous écrits destinés et propres à prouver un fait ayant une portée juridique. La caractéristique essentielle du titre est qu'il doit être objectivement en mesure de prouver; autrement dit, sa lecture doit fonder la conviction (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. II, Berne 2002, n. 5 ad art. 251 CP, p. 185).

A cet égard, l'acte authentique constatant la fondation d'une société anonyme constitue un titre (ATF 101 IV 145, c. 2a).

Les art. 251 et 317 CP visent non seulement la création d'un titre faux ou la falsification d'un titre (faux matériel), mais aussi l'établissement d'un titre mensonger (faux intellectuel). Il y a création d'un titre faux lorsqu'une personne fabrique un titre dont l'auteur réel ne coïncide pas avec l'auteur apparent, alors que le faux intellectuel consiste à établir un titre qui émane de son auteur apparent, mais qui est mensonger dans la mesure où son contenu ne correspond pas à la réalité (ATF 126 IV 65, c. 2a). Dans le cas du faux intellectuel, il n'y a pas tromperie sur la personne de l'auteur; simplement, ce que dit l'auteur n'est pas vrai. L'omission d'un fait suffit, lorsqu'elle a pour effet de fausser la représentation de la vérité (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. II, op. cit., n. 109 ad art. 251, p. 204 et les réf. cit.).

3.3 Le Ministère public reproche aux premiers juges d'avoir confondu mobile et intention. En outre, il estime que l'accusé ne pouvait ignorer qu'en procédant comme il l'a fait, il permettait d'éviter que des réviseurs attestent l'exactitude du rapport de fondation. Par son comportement, il aurait, à tout le moins par dol éventuel, accepté de permettre aux nouveaux organes de la société de présenter un bilan de

reprise qui n'avait pas besoin d'une attestation des réviseurs quant à la valeur des biens repris et qui était donc susceptible de tromper autrui.

3.4 Agit par négligence consciente celui qui croit (par une imprévoyance coupable) que le résultat envisagé comme possible ne se produira pas. Au contraire, celui qui agit par dol éventuel tient pour possible le résultat, passe néanmoins à l'action car il s'accommode de ce résultat au cas où il se produirait, même s'il ne le souhaite pas. Ainsi, la différence entre le dol éventuel et la négligence consciente s'opère au niveau de la volonté et non de la conscience (ATF 133 IV 9, c. 4 et les réf. cit.).

3.5 Les premiers juges ont retenu, de manière à lier la cour de céans, que l'accusé avait pleinement connaissance de la vente de [...] AG et de l'achat de [...] SA en raison notamment de son instrumentation de l'obligation hypothécaire, du caractère notoire du rachat et du fait qu'il avait préparé un premier projet d'acte prévoyant une fondation qualifiée (jugement, p. 10).

Contrairement à ce que soutient le Ministère public, les premiers juges n'ont pas confondu mobile et intention. Si le jugement mentionne effectivement que l'instruction n'a établi aucun mobile à l'activité de l'accusé qui n'avait aucun intérêt personnel dans l'affaire (jugement, p. 13), il n'en demeure pas moins que le tribunal a retenu qu'il était vraisemblable que l'accusé s'était fait manipuler par [...]. Le jugement mentionne encore, à raison, que l'accusé a finalement fait une mauvaise appréciation de la situation juridique, ce qui pouvait d'ailleurs s'expliquer aussi par son relatif laisser-aller dans son activité, son stress, son manque de rigueur ainsi que par l'entrée en vigueur récente du nouveau droit sur les sociétés anonymes.

Ces éléments sont pertinents et les premiers juges étaient fondés à estimer que l'intention de tromper faisait défaut. Les circonstances constatées ne permettent pas de considérer que l'accusé avait envisagé un dommage du fait de l'absence de rapport des

fondateurs alors que la reprise était notoire et qu'il était question de sauver une centaine d'emplois. Afin de retenir l'infraction par dol éventuel, il eût à tout le moins fallu établir que l'accusé envisageait un bilan de reprise trop ou très favorable, voire une évaluation des biens repris trop optimiste. Finalement, il n'existe pas d'élément permettant de démontrer que l'accusé a agi par dol éventuel. Au surplus, ainsi que le relève le jugement attaqué, la question de la négligence peut demeurer ouverte, la prescription étant largement acquise. Le comportement incriminé ne constitue donc pas une infraction, notamment sous l'angle de l'art. 317 CP.

Mal fondé, le moyen doit être rejeté, ce qui entraîne le rejet du recours.

4.1a) Concernant ensuite le recours d'F._____, l'objet de la cognition de la cour de céans est limité au sort des frais et dépens à sa charge. A cet égard, l'arrêt de la juridiction fédérale procède du principe selon lequel la condamnation aux frais d'un prévenu acquitté ou mis au bénéfice d'un non-lieu et le refus de lui allouer une indemnité à titre de dépens ne sont admissibles que si l'intéressé a provoqué l'ouverture de la procédure pénale dirigée contre lui ou s'il en a entravé le cours; à cet égard, seul un comportement fautif et contraire à une règle juridique, qui soit en relation de causalité avec les frais imputés, entre en ligne de compte. Le fait reproché doit constituer une violation *claire* (souligné dans l'arrêt, réd.) de la norme de comportement (arrêt, c. 1.1 p. 5 et les références citées).

Dans le cas particulier, le Tribunal fédéral a considéré que la Cour de cassation s'était limitée à prononcer une déclaration de culpabilité pour ce qui est de l'infraction de faux dans les titres commis dans l'exercice d'une fonction publique, du moins quant aux éléments objectifs de cette infraction. Or, une telle déclaration ne suffit pas à établir la violation d'une quelconque norme de l'ordre juridique par l'accusé, qu'elle soit pénale ou civile; en particulier, il n'est pas établi que l'accusé aurait *clairement* violé une norme civile de comportement (arrêt, c. 2.1 et 2.2, pp. 5-7). Ces motifs s'imposent à la Cour de céans.

b) Le recours d'F._____ doit ainsi être admis conformément aux motifs du Tribunal fédéral. Le jugement est réformé en ce sens qu'il n'est pas alloué de dépens et que les frais de la cause sont laissés à la charge de l'Etat.

Le recourant a requis des dépens (à la charge des plaignants); il n'a toutefois pas pris des conclusions expresses en ce sens en première instance, de sorte qu'il y a lieu de préciser qu'il n'est pas alloué de dépens de première instance (ch. 4 du dispositif du jugement). Quant aux dépens de deuxième instance, la pratique constante de la Cour de cassation pénale est de n'en point allouer, sauf circonstances exceptionnelles, non réalisées en l'espèce (Bovay/Dupuis/Monnier/ Moreillon/Piguet, Procédure pénale vaudoise, Code annoté, 3e éd., Lausanne 2008, n. 2 ad art. 450 CPP).

Enfin, l'accusé obtenant gain de cause, aucuns frais ne sauraient être mis à sa charge.

5. En définitive, le recours du Ministère public doit être rejeté en application de l'art. 431 al. 2 CPP. Celui d'F._____ est admis dans la mesure décrite ci-dessus. En application de l'art. 450 al. 1 CPP, les frais de deuxième instance sont laissé à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant à huis clos
en application de l'art. 431 al. 2 CPP,
p r o n o n c e :

I. Le recours du Ministère public est rejeté, celui d'F._____ est admis.

II. Le jugement est réformé aux chiffres IV et V de son dispositif en ce sens que le tribunal :

IV. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

V. Laisse les frais de la cause à la charge de l'Etat.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

III. Les frais de deuxième instance sont laissés à la charge de l'Etat.

IV. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 2 décembre 2009

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué aux recourants et aux autres intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jean-Claude Mathey, avocat (pour F. _____),
- Me Yves Burnand, avocat (pour Banque B. _____, G. _____ SA, L. _____ SA et H. _____ SA),
- Me Christian Favre, avocat (pour Masse en faillite Z. _____ SA),

- Entreprise [...],
- [...] (Suisse) SA,
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Service administratif et juridique des institutions du Canton du Valais (réf. 2203-03,003/06-BFo/cb),
- Mme la Présidente du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Juge d'instruction cantonal,

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), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :