

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 24 octobre 2019

Composition : Mme FONJALLAZ, présidente
Mme Rouleau et M. Stoudmann, juges
Greffier : M. Pilet

Parties à la présente cause :

N._____, représenté par Me Benoît Sansonnens, défenseur de choix à Fribourg, prévenu et appelant,

et

MINISTERE PUBLIC, représenté par le Procureur de l'arrondissement du Nord vaudois, intimé,

E._____, représentée par Me Nermina Livadic, conseil de choix à Lausanne, partie plaignante et intimée.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 26 juin 2019, le Tribunal de police d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a constaté que N._____ s'est rendu coupable d'abus de confiance (I), l'a condamné à une peine privative de liberté de 11 mois (II), a suspendu l'exécution de la peine privative de liberté fixée sous chiffre II ci-dessus et a imparti un délai d'épreuve de 4 ans (III), l'a condamné en outre à une amende de 1000 fr. convertible en dix jours de peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement fautif (IV), a révoqué le sursis accordé le 21 octobre 2016 à N._____ par le Ministère public de Fribourg et a ordonné l'exécution de la peine pécuniaire de 10 jours-amende à 140 fr. le jour (V), a dit qu'il est le débiteur de la société E._____ du montant de 100'000 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 11 janvier 2018 (VI), a dit qu'il est le débiteur de la société E._____ du montant de 11'869 fr. 90, à titre de juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure (VII) et a mis les frais de la cause par 10'825 fr. à sa charge (VIII).

B. Par annonce du 5 juillet 2019, puis par déclaration du 22 juillet 2019, N._____ a formé appel contre ce jugement, concluant à son acquittement, aucune peine n'étant prononcée, le sursis accordé le 21 octobre 2016 n'étant pas révoqué, les conclusions civiles étant entièrement rejetées, les frais étant laissés à la charge de l'Etat et une indemnité équitable lui étant octroyée pour les deux instances.

Par lettre du 30 juillet 2019, le Ministère public a renoncé à présenter une demande de non-entrée en matière et à déposer un appel joint.

Le 1^{er} octobre 2019, le Ministère public a déclaré renoncer à comparaître et à déposer des conclusions motivées, et s'est référé à la décision attaquée.

Dans ses déterminations du 22 octobre 2019, E._____ a conclu au rejet de l'appel déposé par N._____ et à ce qu'un montant de 2'425 fr. 95 lui soit alloué pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure d'appel, à la charge de l'appelant.

C. Les faits retenus sont les suivants :

a) N._____ est né le [...] à [...] en [...]. Aîné d'une fratrie de quatre enfants, il a grandi en [...], y a été scolarisé et y a effectué un apprentissage dans le domaine de la climatisation. Il s'est rendu en Suisse en 1998 et a œuvré professionnellement dans le domaine de la charpente. Il est devenu citoyen suisse en 2006. Il vit la plupart du temps à Domdidier chez la mère de sa fille, [...]. Le reste du temps, il vit à [...], où il est toujours domicilié. Le prévenu est actuellement associé gérant président de la société [...], active dans la charpente. Il est salarié de cette entreprise et son salaire varie entre 2'500 et 5'000 fr. par mois. N._____ dit ne pas participer au loyer de l'appartement de son amie et ne pas payer ses primes d'assurance maladie. Sa situation financière est obérée. Le montant total des poursuites de l'intéressé s'élève à 118'348 fr. 63 et il fait l'objet d'actes de défaut de biens pour un montant de 88'134 fr. 50, qui sont en partie liés aux difficultés financières rencontrées dans le cadre de ses précédentes sociétés.

b) Le casier judiciaire du prévenu comporte l'inscription d'une condamnation à une peine pécuniaire de 10 jours-amende à 140 fr., avec sursis pendant 2 deux ans, et à une amende de 400 fr., prononcée le 21 octobre 2016 par le Ministère public du canton de Fribourg, pour insoumission à une décision de l'autorité, inobservation des règles de la procédure de poursuite pour dettes ou de faillite et violation de l'obligation de tenir une comptabilité.

c) N._____ a été renvoyé devant le tribunal de première instance sur la base de l'acte d'accusation rendu le 4 février 2019 par le Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois, dont la teneur est la suivante :

« N._____ est l'associé gérant, avec signature individuelle, de la société [...], sise à la route de [...] à [...], ayant pour but importer et exporter, acheter, vendre, distribuer sous quelque forme que ce soit, en gros, au détail et par correspondance, tous produits bruts ou manufacturés, notamment dans l'industrie et la construction. Elle a été déclarée en faillite par jugement du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois du 8 mai 2018, avec effet à partir du 11 mai 2018. La procédure de faillite, suspendue faute d'actif, a été clôturée le 16 novembre 2018.

E._____, également sise à la route de [...] à [...], représentée par [...] et [...], associés gérants, est active dans le domaine de l'achat et de la vente de tous biens immobiliers, la réalisation de toutes opérations immobilières, conduite de toutes activités dans le domaine de la construction immobilière, génie civil, terrassement, béton armé, démolition, sciage et forage de béton, ainsi que la conduite de tous travaux sous la forme de l'entreprise générale et les travaux métalliques de tout genre.

[...] et [...] se connaissent depuis plusieurs années et ont collaboré dans le domaine de la construction. Jusqu'en 2016, [...], actuel associé gérant d'E._____, était associé gérant de la société [...], dont il assurait la gestion administrative, jusqu'à ce qu'elle soit reprise par N._____.

Par contrat d'entreprise du 5 juillet 2017, la société [...], représentée par N._____, s'est engagée à réaliser des travaux de toiture, pour un montant forfaitaire de 305'000 fr., en faveur d'E._____, la réalisation étant initialement prévue pour le mois de novembre 2017 sur un chantier sis à [...]. A cet effet, un acompte de 100'000 fr., relatif à la

réserve et la commande de charpente, a été versé le 24 juillet 2017 à [...] par la Banque [...], depuis un compte ouvert pour le crédit de construction du chantier de [...] par E._____.

A [...], entre les mois de juillet et novembre 2017, N._____, en qualité d'associé gérant unique de la société [...], a détourné le montant de 100'000 fr. versé par E._____. Cette somme a été utilisée pour s'acquitter de diverses factures de la société [...], en lieu et place de la commande de la charpente prévue.

Malgré de nombreuses relances, N._____ n'a pas réalisé les travaux prévus et n'a pas remboursé l'acompte versé, prétextant mensongèrement que la somme de 100'000 fr. concernait le paiement d'autres de ses prestations en faveur d'E._____ sur des chantiers sis à [...] et [...].

E._____ s'est portée partie plaignante, demanderesse au pénal et au civil, le 24 janvier 2018. »

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 la qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de N._____ est recevable.

2. Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié (al. 3 let. a), pour constatation incomplète ou erronée des faits (al. 3 let. b) et pour inopportunité (al. 3 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 (Eugster, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP).

3.

3.1 L'appelant conteste sa condamnation pour abus de confiance et requiert son acquittement.

3.2 Commet un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0) 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, l'auteur doit avoir acquis la possibilité de disposer de valeurs patrimoniales qui appartiennent économiquement à autrui, mais, conformément à un accord (exprès ou tacite) ou à un autre rapport juridique, il ne peut en faire qu'un usage déterminé, à savoir les conserver, les gérer ou les remettre (ATF 133 IV 21 consid. 6.2). Le comportement délictueux consiste à utiliser les valeurs patrimoniales contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée (ATF 129 IV 257 consid. 2.2.2).

S'agissant du contrat d'entreprise, le fait qu'un acompte soit affecté à d'autres fins qu'à la réalisation du contrat ne suffit pas pour considérer qu'il y a valeurs patrimoniales confiées au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP. Encore faut-il que les parties aient convenu de l'affectation de l'acompte, par exemple au règlement des factures relatives à la construction faisant l'objet du contrat (cf. TF 66_160/2012 du 5 avril 2013

consid. 2.2 où une telle affectation a été retenue ; CAPE 23 janvier 2017/27, TF 6B_972/2018 du 20 novembre 2018 ad CAPE 28 août 2018/150, où tel n'a pas été le cas).

Du point de vue subjectif, l'auteur doit avoir agi intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2 p. 27). L'élément subjectif de l'infraction n'est toutefois pas donné en cas de capacité de restituer, par quoi l'on désigne l'état de l'auteur qui peut justifier d'avoir, dès lors que la créance était exigible, eu à tout moment la volonté et la possibilité de présenter l'équivalent des montants employés (ATF 118 IV 32 consid. 2a). Le dessein d'enrichissement peut être réalisé par dol éventuel (*ibidem*). 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. la p. 156 ; ATF 121 IV 249 consid. 3a p. 253 et les arrêts cités). 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 du délai déterminé s'enrichit illégitimement s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer à ce moment précis (ATF 118 IV 27 consid. 3a). 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. 1 a) ou encore s'il était en droit de compenser (ATF 105 IV 29 consid. 3a). Cette dernière hypothèse implique que l'auteur ait une créance d'un montant au moins égal à la valeur qu'il s'est appropriée ou à la valeur patrimoniale qu'il a utilisée et qu'il a vraiment agi en vue de se payer. L'absence ou le retard d'une déclaration de compensation, bien qu'il puisse constituer un indice important de l'absence d'une véritable volonté de compenser, n'est en revanche pas déterminant (ATF 105 IV 29 consid. 3a p. 35).

3.3 En l'espèce, le contrat d'entreprise conclu le 5 juillet 2017 entre la société de l'appelant, [...], et E._____ porte sur des travaux de charpente, de couverture, de plafonds, de ferblanterie notamment, pour

un montant total de 305'000 francs. Il ne contient en revanche aucune mention relative aux acomptes et à l'affectation de ceux-ci (P 5/4). La « facture » n° 20151134 du 12 juillet 2017 de 100'000 fr., adressée par [...] à E. _____, indique sous « libellé » : « 1^{ère} demande d'acompte selon contrat du 5 juillet 2017 ». L'adresse du chantier mentionnée est « Hameau en Crausaz [...] » (P. 5/5). L'ordre de virement de la Banque [...] du 24 juillet 2017 indique que les 100'000 fr. sont débités du compte « 50.394.177.784.0 (Compte miroir- [...]) » (P. 5/6). Puis, dans sa lettre du 23 octobre 2017 à [...] (P. 5/7), E. _____ précise : « vous avez reçu un acompte d'un montant de 100'000 fr. pour la réservation et la commande de la charpente », et la prie de lui faire parvenir une copie de la commande. Dans son courrier du 16 novembre 2017 (P. 5/10), elle rappelle que l'acompte était destiné à la réservation et à la commande de la charpente.

Le premier juge a considéré qu'il était établi que l'acompte précité devait être affecté à la commande de la charpente. Le prévenu, quant à lui, a affirmé ne pas être au courant de la demande d'acompte, qui aurait été faite « dans son dos », ne pas s'occuper de la gestion de sa société et ne pas savoir ce qui a été payé avec ces 100'000 francs. Il a fait valoir qu'il n'était qu'un homme de paille et que [...] prenait les décisions. Certes, les déclarations de l'appelant manquent totalement de crédibilité. Il est en effet absurde de penser que l'acompte de 100'00 fr. a été demandé sans son accord et qu'il ne savait rien de la marche de sa société. En revanche, il ne ressort ni du contrat du 5 juillet 2017, ni de la demande d'acompte du 12 juillet 2017 que les 100'000 fr. devaient être affectés à la commande de la charpente et qu'ils ne pouvaient pas être utilisés par l'entreprise de l'appelant dans un autre but, même s'il est évident que cette commande devait être honorée. En effet, le contrat litigieux n'indique pas qu'un acompte doit être affecté à la commande de la charpente et la demande d'acompte ne mentionne pas non plus quel usage doit être fait de celui-ci. Le fait que la somme de 100'000 fr. a été débitée d'un compte en lien avec la construction de [...] n'est pas suffisant. Ce n'est que par la lettre du 23 octobre 2017 que la plaignante dit clairement à la société du prévenu que les 100'000 fr. devaient servir à

la commande de la charpente. Quant aux décomptes de chantier du 11 décembre 2017 (P. 5/15), établis par la plaignante après la survenance du litige, ils ne sont pas pertinents. L'intimée rattache bien les acomptes versés à des chantiers particuliers, mais rien n'est dit sur l'affectation de ceux-ci.

Par ailleurs, l'appelant a fait valoir que la société plaignante lui devait de l'argent pour d'autres chantiers. Il ressort du relevé du compte [...] de la Sàrl du prévenu qu'avant le versement de 100'000 fr., crédité le 2 août 2017, ce compte présentait un solde de 3'053 fr. 70. Le 24 août 2017, E._____ a encore versé 10'000 fr. - qui correspond selon la P. 5/15 à un chantier à [...] - et le 31 août 2017, le solde du compte était de 5'033 fr. 30. Des factures ont été payées avec ces 100'000 fr., dont des salaires. Le prévenu a également produit des factures datées du 30 octobre 2017 ou du début du mois de novembre 2017, donc bien postérieures au crédit des 100'000 francs. Si l'on consulte la facture 114 du 30 octobre 2017 (P. 28/5), on constate qu'elle concerne le chantier de [...] ; il n'est pas possible de déterminer quand l'essentiel des travaux ont été exécutés, mais les pages 3 et 4 concernent des heures de travail effectuées en mars et avril 2017, pour des montants considérables. Or, depuis le début de l'année jusqu'au versement litigieux de 100'000 fr., E._____ a versé 310'692 fr. 80 sur le compte [...] de [...]. En d'autres termes, le prévenu a produit des factures datées de fin 2017 pour des travaux qui ont été exécutés précédemment et qui ont été en partie payés. L'appelant a encore adressé le 30 octobre 2017 une facture (P. 5/13) de 24'327 fr. relative au chantier de [...] ; E._____ a répondu que celle-ci ne la concernait pas, n'était pas justifiée et ne correspondait à aucune commande signée. Pour sa part, E._____ a dressé divers décomptes de chantiers 2016-2017 produits sous pièce 5/15. On y lit, s'agissant du chantier de [...], que le montant adjudgé à forfait selon le contrat est de 147'000 fr., montant dont il faut déduire une garantie SIA de 10 % et des prestations non effectuées, ce qui aboutit à un total pour les travaux réalisés de 127'345 francs. 110'000 fr. ont été versés le 31 décembre 2016 et 32'500 fr. le 20 avril 2017. E._____ affirme ainsi qu'un solde de 15'154 fr. 55 lui est dû. Pour le chantier de [...], E._____ affirme que le

montant adjugé est de 39'000 fr., que trois acomptes ont été versés, par 22'047 fr. 20, 20'000 fr. et 10'000 fr. – soit un total de 52'047 fr. 20 qui laisse pour le moins songeur, celui-ci étant supérieur au montant adjugé à forfait selon le contrat –, et qu'ainsi le solde en sa faveur est de 13'047 fr. 20. Selon E._____, le montant total qui lui est dû par [...] pour les chantiers de [...], [...], [...] et [...] est de 111'178 fr. 25. Ainsi, on ne peut que constater que les parties sont en total désaccord sur les montants qui seraient dus et qu'il est impossible de déterminer quel montant serait encore dû. En revanche, il est établi que plusieurs contrats d'entreprise ont été conclus entre [...] et E._____ et que de nombreux acomptes ont été versés pour des sommes importantes, pour différents chantiers en cours.

En outre, il y a encore lieu de relever que [...] a été administrateur président de la société [...] jusqu'au 5 décembre 2016, N._____ en étant jusqu'à cette date associé gérant secrétaire. La société a été radiée du Registre du commerce du canton de [...] et réinscrite dans le canton de [...] le 8 mai 2017 à la suite de son déménagement à [...],N._____ en étant alors associé gérant secrétaire avec signature individuelle. Les deux sociétés E._____ et [...] sont toutes deux domiciliées à la même adresse à [...]. La même personne s'occupe du secrétariat des deux entreprises. Il s'agit de plus de la grand-mère de la fille du prévenu. Il ressort de cet imbroglio que [...], administrateur d'E._____, ne pouvait que connaître en 2017 la situation de [...], société qu'il avait quittée en décembre 2016.

Ainsi, au vu de ce qui précède, on ne peut pas retenir que l'acompte de 100'000 fr. devait être affecté à la commande de la charpente. L'appelant doit dès lors être libéré du chef d'accusation d'abus de confiance.

Pour le surplus, la plainte d'E._____ indiquait également l'infraction d'escroquerie, tandis que l'acte d'accusation ne la mentionnait pas. Dans la mesure où l'associé gérant président d'E._____ était associé gérant président de [...] jusqu'à fin 2016, il connaissait, comme

exposé ci-dessus, la situation de l'entreprise, de sorte qu'on ne peut quoiqu'il en soit pas considérer que le prévenu avait fait preuve d'une tromperie astucieuse en demandant l'acompte de 100'000 fr., d'autant qu'il n'est pas établi qu'en juillet 2017 le prévenu savait qu'il ne commanderait pas la charpente.

4.

4.1 Vu l'acquiescement de l'appelant, les frais de première instance doivent être laissés à la charge de l'Etat.

4.2 En outre, l'allocation, à la partie plaignante, de ses conclusions civiles et d'un montant à titre de juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure, ne se justifie plus. Les chiffres du dispositif du jugement y relatifs doivent ainsi être supprimés.

4.3 N. _____ qui a obtenu gain de cause et qui a procédé avec l'assistance d'un conseil professionnel, a droit à une juste indemnité pour les dépenses occasionnées par la procédure de première instance au sens de l'art. 429 CPP. Il n'y a pas lieu de s'écarter du relevé d'activités produit par le défenseur de l'appelant qui fait état d'un total de 9'298 fr. 55, TV et débours compris, au tarif horaire de 260 fr. de l'heure. C'est donc cette somme qui doit être allouée à N. _____, à la charge de l'Etat.

5. En définitive, l'appel interjeté par N. _____ doit être admis et le jugement du 26 juin 2019 réformé dans le sens des considérants qui précèdent.

L'appelant, qui obtient gain de cause, a également droit à des dépens pour la procédure d'appel. Au vu de la liste d'opérations produite – de laquelle il n'y a lieu de s'écarter qu'en ce qui concerne la durée de l'audience, qui est réduite à 1 heure et 30 minutes –, il convient d'arrêter cette indemnité à 2'600 fr., correspondant à 10 heures d'activité d'avocat à 260 fr. de l'heure pour l'activité postérieure au jugement de première instance, auxquels il convient d'ajouter les débours, par 152 fr. 60, plus un montant correspondant à la TVA, par 211 fr. 95, à savoir un total de 2'964

fr. 55. Cette indemnité doit être mise à la charge d'E._____ qui succombe.

Vu l'issue de la cause, les frais d'appel, constitués en l'espèce de l'émolument de jugement, par 1'610 fr. (art. 21 al. 1 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), seront mis à la charge d'E._____, qui succombe dès lors qu'elle a conclu au rejet de l'appel (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel est admis.

- II. Le jugement rendu le 26 juin 2019 par le Tribunal de police de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois est modifié comme il suit, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :

I. libère N._____ du chef d'accusation d'abus de confiance ;

II. alloue à N._____ une indemnité au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP, d'un montant de 9'298 fr. 55 (neuf mille deux cent nonante-huit francs et cinquante-cinq centimes), à la charge de l'Etat ;

III. met les frais de la cause, par 1'825 fr. (mille huit cent vingt-cinq francs), à la charge de l'Etat."

III. Une indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure d'appel d'un montant de 2'964 fr. 55 (deux mille neuf cent soixante-quatre francs et cinquante-cinq centimes), TVA et débours inclus, est allouée à N._____, à la charge d'E._____

IV. Les frais d'appel, par 1'610 fr. (mille six cent dix francs), sont mis à la charge d'E._____.

V. Le jugement motivé est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le 25 octobre 2019, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Benoît Sansonnens, avocat (pour N._____),
- Me Nermina Livadic, avocate (pour E._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal de police de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois,
- M. le Procureur de l'arrondissement du Nord vaudois,

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).

Le greffier :