

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 23 janvier 2017

Composition : Mme BENDANI, présidente
Mme Fonjallaz et M. Stoudmann, juges
Greffière : Mme Aellen

Parties à la présente cause :

X._____, prévenu, assisté de Me Habib Tabet, défenseur d'office, avocat à Vevey, appelant,

et

Ministère public, représenté par le Procureur de l'arrondissement de l'arrondissement de l'Est vaudois, intimé,

B._____, plaignant, assisté de Me Aba Neeman, conseil de choix, avocat à Montreux, appelant par voie de jonction.

Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois, partie plaignante et intimée.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 29 août 2016, le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois a déclaré X. _____ 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 condamné à une peine privative de liberté de 7 mois avec sursis pendant deux ans (II), dit que cette peine est complémentaire à l'ordonnance pénale du Ministère public du canton de Fribourg du 29 octobre 2013 (III), dit que X. _____ est le débiteur de B. _____ d'un montant de 151'200 fr., avec intérêt à 5% l'an dès le 15 janvier 2013, ainsi que d'une indemnité de 8'864 fr. 70, avec intérêt à 5 % l'an dès le 29 août 2016 au titre de l'art. 433 CPP (IV), dit que X. _____ est le débiteur de la masse en faillite de la société X. _____ SA d'un montant de 6'576 fr. à payer en mains de l'Office des faillites de Vevey (V) et fixé les frais et dépens (VI et VII).

B. Par annonce du 30 août 2016, puis déclaration motivée du 3 octobre 2016, X. _____ a formé appel contre ce jugement, en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement, à ce qu'il soit libéré des chefs d'accusation d'abus de confiance, de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et de violation de l'obligation de tenir une comptabilité, qu'il ne soit pas reconnu débiteur de B. _____ et de la masse en faillite de la société X. _____ SA et que les frais soient mis à la charge de l'Etat. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation du jugement entrepris et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouveau jugement.

Le 26 octobre 2016, B. _____ a déposé un appel joint, en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement, à la réforme du jugement attaqué en ce que X. _____ soit également condamné pour

escroquerie et gestion fautive, à une peine fixée à dire de justice. Subsidiairement, il a conclu au rejet de l'appel principal et à la confirmation du jugement attaqué.

Le 11 novembre 2016, le Ministère public a conclu à ce qu'il ne soit pas entré en matière sur l'appel joint de B._____, considérant que, faute d'intérêt juridiquement protégé à agir, le prénommé n'était pas légitimé à faire appel sur les questions de la qualification juridique et de la quotité de la peine.

Le 16 novembre 2016, X._____ a conclu au rejet de l'appel joint.

Le 14 décembre 2016, 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 :

1. X._____ est né le [...] 1987. Il a effectué une formation de maréchal-ferrant, puis a travaillé dans la construction métallique créant notamment la société X._____ SA le 14 décembre 2011. A la suite de la faillite de cette société, il a été engagé comme chef de projet chez [...], société de construction métallique, entreprise dans laquelle il réalisait un salaire mensuel brut de 8'000 francs. Toutefois, stressé par cet emploi, il a repris son activité de maréchal-ferrant qu'il exerce encore à l'heure actuelle. Il réalise un gain mensuel moyen de 4'500 fr. net. Il verse 1'100 fr. à titre de contribution à l'entretien de sa fille et s'acquitte d'un loyer mensuel de 1'500 fr. pour un logement qu'il partage avec sa compagne et les enfants de celle-ci. Sa situation financière est obérée ; il fait l'objet d'une saisie de salaire de 137 fr. 50 par mois depuis le 13 juin 2016. Le montant de ses dettes s'élève à 161'329 fr. 90.

Son casier judiciaire mentionne une condamnation à une peine de vingt heures de travail d'intérêt général, avec sursis pendant 2 ans, et une amende de 300 fr., prononcée le 29 octobre 2013 par le Ministère public du canton de Fribourg, pour violation grave des règles de la circulation routière.

2.

2.1 La société X._____ SA a été créée le 14 décembre 2011 à Aigle et inscrite au Registre du Commerce le 5 janvier 2012. X._____ en était le dirigeant, l'administrateur et l'actionnaire unique.

Vraisemblablement à la suite d'un litige avec un gros client, la société s'est vu notifier une commination de faillite le 6 décembre 2012. La faillite a été prononcée le 20 juin 2013 et clôturée le 14 octobre 2013 par le Tribunal de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le 12 décembre 2012, B._____ a adjugé à X._____ SA la construction à Ollon d'une halle artisanale avec logement et garages pour le prix forfaitaire de 302'400 fr. (280'000 fr. hors taxes [ci-après HT]). Un contrat d'entreprise a été établi. Conformément aux dispositions contractuelles, le maître de l'ouvrage s'est acquitté d'un premier acompte de 151'200 fr. (140'000 fr. + 8% de TVA) le 15 janvier 2013. Entre janvier et juin 2013, X._____ a assuré à plusieurs reprises à son co-contractant que la halle commandée était en cours de fabrication auprès de son sous-traitant serbe et qu'elle serait prochainement livrée et montée sur le terrain choisi. La halle commandée par B._____ ne lui a jamais été livrée et les 151'200 fr. qu'il avait versés à titre d'acompte ne lui ont pas été remboursés.

Quelques jours avant la signature du contrat, X._____ avait été informé par ses partenaires serbes de ce que la construction de la halle pourrait être envisagée pour la somme de 142'155 fr., moyennant que de nombreuses factures en souffrance, à hauteur de quelque 200'000 fr., soient préalablement acquittées. L'acompte versé le 15 janvier 2013

par B. _____ a été affecté par X. _____, dès le lendemain du versement, au financement de 39 ordres pour un montant total de 148'901 fr., parmi lesquels un montant de 60'000 fr. au profit d'une relation du prévenu auprès de la Raiffeisen du Chablais vaudois de laquelle 29'850 fr. ont été débités le 21 janvier 2013 à l'attention du sous-traitant serbe D. _____. Le solde a servi à payer les charges, notamment salariales, de X. _____ SA.

B. _____ a déposé plainte et s'est constitué partie civile.

2.2 A Aigle, le 2 juillet 2013, alors que la faillite de la société X. _____ SA avait été prononcée, X. _____ a fourni à l'assureur I. _____ les coordonnées de son propre compte bancaire pour le remboursement, par 6'576 fr., d'un sinistre intervenu le 5 mars 2012, soit postérieurement à la création de X. _____ SA. Le versement de la somme précitée par l'assurance est intervenu sur le compte personnel de X. _____ le 5 juillet 2013 et ce dernier en a disposé de manière indéterminée.

Pour le compte de la masse en faillite X. _____ SA, l'Office des poursuites de Vevey a déposé plainte et s'est constitué partie civile.

2.3 Dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise X. _____ SA, X. _____ n'a, ni pour l'année 2012, ni pour l'année 2013, établi de comptabilité fiable.

Pour l'année 2012, il a déposé auprès de l'Office des faillites un bilan et un compte d'exploitation provisoires affichant des valeurs anormalement disparates en pied de bilan, un chiffre d'affaires de 5 millions de francs environ et un bénéfice net de 2,48 millions de francs au 31 décembre. Auprès de la Brigade financière de la police cantonale, il a déposé, le 16 mai 2014, un bilan et un compte d'exploitation provisoires présentant des valeurs irrégulières en pied de bilan, ainsi qu'un chiffre d'affaires et un bénéfice net différents des précédents. Enfin, le 16 juillet 2014, il a notamment déposé un grand livre arrêté au 26 décembre 2012

et ne faisant pas mention de la facture adressée à B._____ le 19 décembre 2012. Aucune comptabilité n'a été déposée pour l'année 2013.

Pour le compte de la masse en faillite X._____ SA, l'Office des poursuites de Vevey a déposé plainte et s'est constitué partie civile.

En droit :

I. L'appel de X. _____

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP [Code de procédure pénale 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 X. _____ 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). L'immédiateté des preuves ne s'impose toutefois pas en instance d'appel. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure d'appel se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. La juridiction d'appel administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires

au traitement de l'appel (art. 389 al. 3 CPP ; TF 6B_78/2012 du 27 août 2012).

3.

3.1 L'appelant conteste sa condamnation pour abus de confiance. Il soutient que l'acompte versé par B. _____ ne constitue pas une valeur confiée au sens de la loi, qu'il n'avait pas l'obligation de restituer ce montant, qu'il a versé 29'850 fr. à la société serbe pour les pièces métalliques, le solde constituant son bénéfice, et qu'il devait encaisser 500'000 fr. à l'époque, de sorte qu'il pensait être en mesure de terminer les travaux, respectivement de restituer l'acompte du plaignant.

3.2 Commet un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP 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 p. 27). 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. 2.2.1 p. 259).

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 p. 34). 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).

3.3 En l'espèce, le contrat d'entreprise qui liait les parties (P. 4/2) prévoyait que l'entrepreneur s'engageait à édifier une halle et qu'il se chargeait de tous les travaux de construction nécessaires jusqu'à ce que celle-ci soit prête pour y aménager, cela comprenait notamment les éléments suivants : fourniture et pose de la charpente métallique, bardage, toiture et évacuation des eaux de toit jusqu'au niveau sol. Le contrat prévoyait également que tous les travaux et prestations confiés à l'entrepreneur étaient compris dans le prix forfaitaire, celui-ci incluant également la rémunération des prestations fournies par des sous-traitants, le renchérissement, les installations de chantier, toutes les taxes, émoluments et frais ainsi que tous les autres frais divers de l'entrepreneur. S'agissant du paiement, il ressort de ce contrat que les parties avaient convenu d'un prix forfaitaire de 280'000 fr. HT, comprenant tous les travaux et prestations confiés à l'entrepreneur. Au chapitre consacré aux conditions de paiement, il était prévu qu'au plus tard un mois après la réception de l'ouvrage, l'entrepreneur établirait une facture finale et que le paiement serait effectué comme suit : 50% à la signature (140'000 fr. HT), 30% à la livraison du premier camion (84'000 fr HT) et le solde (56'000 fr. HT) à régler dans les 30 jours suivants la réception de la facture finale établie par l'entrepreneur, TVA en supplément.

Le maître d'ouvrage, en application des dispositions contractuelles, s'est acquitté d'un premier acompte de 151'200 fr. le 15 janvier 2013. Sur ce montant, X._____ a versé à un sous-traitant serbe la somme de 29'850 francs. Ce sous-traitant avait toutefois informé l'appelant du fait qu'il devait préalablement s'acquitter d'autres factures ouvertes avant que la construction de la halle ne puisse être envisagée. Le virement précité a donc, en définitive, servi à régler une partie d'une

facture précédente et non à la réalisation des pièces nécessaires à la construction de la halle du plaignant. Le solde de l'acompte versé par B._____ a été affecté au règlement de diverses autres charges de la société X._____ SA.

Certes, on doit admettre avec les premiers juges que l'acompte versé par B._____ a été affecté à d'autres fins qu'à la réalisation du contrat conclu avec le plaignant. Toutefois, le contrat d'entreprise liant les deux parties ne prévoyait pas expressément l'affectation unique des acomptes versés par le maître de l'ouvrage au règlement des factures relatives à la construction faisant l'objet du contrat (*a contrario* TF 6B_160/2012 du 5 avril 2013 consid. 2.2). A défaut d'une telle clause et donc d'instructions plus précises, on ne saurait considérer que la somme de 151'200 fr. - équivalant au premier acompte versé par le plaignant - constituait une valeur patrimoniale confiée au sens de l'art. 138 al. 1 ch. 2 CP. X._____ était donc en droit d'affecter cette somme comme il l'a fait et le fait qu'il n'ait finalement ni livré la construction, ni remboursé le montant de l'acompte relève uniquement de l'inexécution d'un contrat civil.

Au vu de ce qui précède, l'une des conditions objectives n'étant pas réalisée, l'appelant doit être libéré de l'infraction d'abus de confiance, sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus avant la condition subjective de l'infraction. L'appel devra être admis sur ce point.

4.

4.1 L'appelant conteste sa condamnation pour diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers. Il explique qu'il croyait de bonne foi que l'indemnité de 6'576 fr. versée par l'assurance I._____ lui revenait personnellement.

4.2 L'art. 164 ch. 1 CP sanctionne la diminution effective par le débiteur de son actif au préjudice des créanciers.

Cette disposition envisage trois hypothèses : premièrement la détérioration, la destruction, la dépréciation ou la mise hors d'usage de valeurs patrimoniales (al. 1), deuxièmement leur cession à titre gratuit ou contre une prestation de valeur manifestement inférieure (al. 2) et troisièmement le refus sans raison valable de droits qui reviennent au débiteur ou la renonciation gratuite à de tels droits (al. 3). L'art. 164 ch. 1 CP n'est applicable que si le débiteur a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui.

Le comportement sanctionné par cette disposition doit être distingué de celui visé par l'art. 163 CP qui réprime la banqueroute frauduleuse et la fraude dans la saisie. Alors que l'art. 164 CP s'applique au débiteur qui diminue effectivement son actif à l'occasion d'une procédure de faillite ou de poursuite pour dettes, par exemple en détruisant des biens ou en procédant à des libéralités, l'art. 163 CP vise le débiteur qui diminue fictivement le patrimoine pour désintéresser les créanciers par la voie de la poursuite pour dettes (TF 6B_575/2009 du 14 janvier 2010 consid. 1.1).

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. Il en va de même de l'augmentation du passif. 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).

4.3 En l'espèce, selon la déclaration produite par I._____, on sait que le sinistre est intervenu le 5 mars 2012 et qu'il a concerné un ouvrier

de l'entreprise X._____ SA, qui a abîmé des vitres lors de travaux de soudure. L'incident est donc postérieur à la création de la société X._____ SA en date du 14 décembre 2011. De plus, le papier à lettre de la compagnie d'assurance comporte expressément l'indication selon laquelle le sinistre en question concerne X._____ SA. Enfin, au regard des dates du prononcé de la faillite, à savoir le 20 juin 2013, et de celle du versement effectué par I._____, soit le 5 juillet 2013, l'appelant ne pouvait ignorer que ce montant était versé en faveur de son entreprise, ou, pour être précis, de la masse en faillite au moment où le versement a été effectué. Il a donc en réalité sciemment donné ses propres coordonnées pour une créance qu'il savait devoir revenir à la masse en faillite. Ce faisant, il s'est indéniablement approprié et a utilisé à des fins personnelles un montant versé par l'assurance, qui appartenait pourtant à sa société, causant de ce fait un dommage aux créanciers de X._____ SA qui avait été déclaré en faillite. Enfin, et contrairement à ce qu'a fait plaider l'appelant, l'hypothèse selon laquelle la somme versée par l'assurance « *aurait été prélevée intégralement par l'Office des faillites pour couvrir les frais d'ouverture d'une liquidation en la forme sommaire* » est sans pertinence, dès lors qu'il n'est pas nécessaire à la réalisation de l'infraction que les créanciers aient en définitive subi des pertes (ATF 107 IV 175 consid. 1a ; Dupuis et al., Petit commentaire du Code pénal, Bâle 2012, n. 17 ad art. 164 CP).

Partant, les conditions tant objectives que subjectives de l'infraction visée par l'art. 164 CP sont réalisées et la condamnation de X._____ pour diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers doit être confirmée. L'appelant sera reconnu débiteur de la masse en faillite de la société X._____ SA d'un montant de 6'576 fr. à payer en mains de l'Office des faillites de Vevey.

5.

5.1 L'appelant conteste sa condamnation pour violation de l'obligation de tenir une comptabilité. Il relève qu'il avait engagé une comptable et qu'il n'a jamais eu l'intention de léser qui que ce soit.

5.2 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 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 liée à la violation de l'obligation de tenir la comptabilité (TF 6P.13612005 du 27 février 2006 consid. 9.1).

L'infraction définie à l'art. 166 CP est intentionnelle. Le dol éventuel suffit (ATF 117 IV 163 consid. 2b p. 164; 449 consid. 5b p. 450). L'intention porte aussi bien sur le fait de ne pas tenir les livres prescrits que de les tenir de manière insuffisantes, ainsi que sur le fait que la situation financière ne peut plus être établie ou plus complètement (ATF 72 IV 17, JdT 1946 IV 118). 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 ali, op. cit., n. 10 ad art. 166 CP).

5.3 Avec l'appelant, on doit reconnaître que X. _____ a engagé en automne 2012, pour le compte de son entreprise, une gestionnaire « à temps très partiel » (PV aud. 3, ligne 23) à laquelle il a confié, entre autres attributions, la comptabilité de l'entreprise. Toutefois, cette employée n'a eu accès aux comptes qu'au milieu du mois de janvier 2013 (PV aud. 3,

lignes 62 à 65), soit après la commination de faillite. Par ailleurs, il est apparu que l'employée engagée n'a jamais pu boucler la comptabilité de 2012, car il manquait des éléments, et n'a pas eu le temps de faire quoique ce soit pour l'année 2013. Ainsi, il n'y a jamais eu de comptabilité, ni de possibilité d'établir la véritable situation financière de la société pour ces deux années. Dès lors qu'une partie des pièces a disparu durant l'année 2013, il est aujourd'hui impossible d'établir la situation de l'entreprise pour ces deux années.

Sur le plan subjectif, le fait que X. _____ n'ait jamais eu l'intention de léser quiconque n'est pas déterminant, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un élément constitutif de l'infraction précitée. X. _____ a certes engagé une employée lorsqu'il s'est retrouvé dans de graves difficultés, notamment dans le but de tenir une comptabilité, mais la « comptable » ne disposait ni des pièces, ni des moyens nécessaires pour effectuer sa tâche à satisfaction. Au surplus, l'appelant savait que la comptabilité qu'il a présentée à l'Office des poursuites était insuffisante et que les chiffres figurant sur le bilan ne donnaient pas une image exacte ou complète de la situation financière de son entreprise, dès lors que, selon ces chiffres, son entreprise aurait dégagé un bénéfice net de 2,48 millions de francs au 31 décembre 2012, alors qu'une commination de faillite a été notifiée le 6 décembre 2012 et que la faillite de la société a été prononcée le 20 juin 2013.

La condamnation de l'appelant pour violation de l'art. 166 CP, dont toutes les conditions sont réalisées, doit donc être confirmée.

II. L'appel joint de B. _____

1.

1.1 Le Ministère public considère que l'appel joint interjeté par B. _____ serait irrecevable, faute d'intérêt juridiquement protégé à agir, le plaignant n'étant pas légitimé à faire appel sur la question de la qualification juridique et la quotité de la peine.

1.2 Le caractère accessoire de l'appel joint implique qu'il n'a pas de portée indépendante par rapport à l'appel principal. Par son objet, l'appel joint n'est certes pas lié à l'appel principal, conformément à ce que prévoit l'art. 401 al. 2 CPP. Son caractère accessoire impose toutefois de prendre en compte quelles parties sont aux prises et justifie une délimitation par rapport aux parties concernées. Lorsque l'appel principal émane de la partie plaignante, le cadre dans lequel l'appel joint est possible sur le plan pénal se détermine en considération des infractions par lesquelles la partie plaignante est directement lésée (cf. art. 115 CP). Les parties concernées par l'appel principal sont ainsi définies et l'appel joint doit se situer dans ce cadre. Le prévenu ne pourrait pas contester dans un appel joint à la suite d'un appel d'une partie plaignante une infraction qui concerne une autre partie plaignante. De même, si le Ministère public forme un appel joint à la suite d'un appel d'une partie plaignante, l'appel joint ne peut porter que sur les infractions qui fondent la qualité de lésée de cette partie plaignante, le cas échéant aussi la peine infligée dès lors qu'elle repose notamment sur les infractions précitées. En revanche, par son appel joint, le Ministère public n'est pas habilité à mettre en cause d'autres infractions touchant d'autres parties plaignantes ou sans lien avec la partie plaignante à l'origine de l'appel principal. Le caractère accessoire de l'appel joint serait sinon dépourvu de toute portée. Il ne faut pas perdre de vue que le Ministère public est responsable de l'action publique (cf. art. 16 CPP) et qu'il lui incombe à ce titre de former un appel principal s'il n'est pas satisfait du jugement de première instance (ATF 140 IV 92).

1.3 En l'occurrence, l'appel principal émane du prévenu et concerne notamment l'infraction commise à l'encontre du plaignant B._____. L'appel joint de ce dernier se situe donc bel et bien dans le cadre des infractions reprochées à l'intéressé, à tout le moins en ce qui concerne l'escroquerie, étant rappelé que l'appel joint n'est pas lié à l'appel principal par son objet (cf. art. 401 al. 2 CPP). Il convient par conséquent d'entrer en matière sur l'appel joint qui a été interjeté dans les formes et délais légaux.

2.

2.1 B._____ considère que X._____ devrait également être condamné pour escroquerie. Il relève que le prévenu l'a trompé sur la réelle situation financière de X._____ SA et sur sa volonté et sa possibilité d'honorer ses engagements.

2.2 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.

L'art. 146 CP ne punit pas les tromperies qui peuvent être déjouées avec un minimum d'attention. La tromperie doit ainsi être astucieuse. L'astuce est réalisée 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 (ATF 135 IV 76 consid. 5.2 p. 81 s. et les arrêts cités).

Une tromperie portant sur la volonté d'exécuter une prestation n'est pas astucieuse dans tous les cas, mais uniquement lorsque la vérification de la capacité d'exécution n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut être raisonnablement exigée. Il y a également astuce si l'auteur conclut un contrat en ayant d'emblée l'intention de ne pas fournir sa prestation, alors que cette intention n'est pas décelable (cf. ATF 125 IV 124 consid. 3a ; ATF 118 IV 359 consid. 2 ; CREP du 15 janvier 2016/43 consid. 4).

L'astuce n'est 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 de prudence possibles pour éviter d'être trompée. L'astuce n'est exclue que si la dupe est coresponsable du dommage parce qu'elle n'a pas observé les mesures de prudence élémentaires qui s'imposaient. Une coresponsabilité de la dupe n'exclut l'astuce que dans des cas exceptionnels (ATF 135 IV 76 consid. 5.2 p. 81).

2.3 En l'occurrence, X._____ n'a pas astucieusement induit son cocontractant en erreur, de sorte qu'on ne saurait admettre la réalisation de l'infraction d'escroquerie. En effet, il n'a pas recouru à divers mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, ni donné de fausses informations pour conclure le contrat d'entreprise avec la partie plaignante. Il croyait au contraire réellement au fait que sa société pourrait honorer le contrat, pensant même que le bénéfice qu'il pourrait réaliser grâce à cette construction lui permettrait de sauver son entreprise. On en veut pour preuve que, selon les déclarations de la gestionnaire engagée en janvier 2013 (PV aud. 3, spéc. lignes 43 à 56) qu'à une date indéterminée mais assurément après l'engagement de l'employée le 1^{er} janvier 2013, soit probablement à une date proche de celle du versement du premier acompte intervenu le 15 janvier 2013, X._____ a effectué un voyage en Serbie, alors que l'entreprise n'avait plus aucune liquidité, pour parlementer avec son partenaire dans ce pays au sujet de la construction de la halle de B._____. Il a également été prendre des mesures sur le chantier à St-Triphon où il a posé quelques tiges de fixation en vue des travaux qu'il pensait pouvoir réaliser. Au vu de ces éléments, il apparaît qu'au moment où il a encaissé le premier acompte, X._____ croyait donc encore sincèrement - bien que naïvement au vu des événements qui ont suivi - qu'il allait pouvoir sauver son entreprise et exécuter les travaux demandés par B._____.

En outre, B._____ pouvait aisément et en tout temps procéder aux vérifications nécessaires quant à la solvabilité de l'entreprise

en question, ce qu'il a d'ailleurs fait par la suite en s'adressant directement à une de ses connaissances de l'Office des faillites de Vevey. X._____ n'a pas davantage dissuadé le lésé de renoncer à procéder à d'éventuelles vérifications.

Au vu de ces éléments, l'astuce, élément constitutif de l'escroquerie, n'est manifestement pas réalisée et X._____ doit être libéré de ce chef d'inculpation.

3.

3.1 Le plaignant estime que le prévenu devrait également être condamné pour gestion fautive, au motif que ce dernier aurait violé les règles élémentaires de diligence et de prudence qui lui incombaient au titre d'administrateur et aurait ainsi aggravé le surendettement de sa société.

3.2 Le principe de l'accusation est posé à l'art. 9 CPP, mais découle aussi de l'art. 29 al. 2 Cst., de l'art. 32 al. 2 Cst. et de l'art. 6 ch. 1 et 3 let. a et b CEDH. Selon ce principe, l'acte d'accusation définit l'objet du procès (fonction de délimitation). Il doit décrire les infractions qui sont imputées au prévenu de façon suffisamment précise pour lui permettre d'apprécier, sur les plans subjectif et objectif, les reproches qui lui sont faits (cf. art. 325 CPP). Le tribunal est lié par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation, mais peut s'écarter de l'appréciation juridique qu'en fait le ministère public (art. 350 al. 1 CPP), à condition d'en informer les parties présentes et de les inviter à se prononcer (art. 344 CPP).

3.3 En l'espèce, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant dans quelle mesure l'infraction de gestion fautive serait réalisée, dès lors que l'acte d'accusation ne mentionne pas cette infraction, qu'elle n'a jamais été discutée en cours de procédure et que les parties n'ont donc jamais été invitées à se prononcer sur ce chef d'inculpation.

X._____ ne saurait donc être condamné pour gestion fautive.

III. Peine, conclusions civiles, frais et indemnités

1.

1.1 L'appelant principal, qui a conclu à son acquittement, ne conteste pas formellement la peine prononcée. Il y a cependant lieu de statuer d'office sur ce point, ce d'autant que X._____ est libéré de l'infraction d'abus de confiance, laquelle avait été retenue à sa charge par le tribunal de première instance.

1.2 Selon 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).

Selon cette disposition, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Celle-ci 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 les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 et les réf. citées).

1.3 Aux termes de l'art. 41 al. 1 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté ferme de moins de six mois uniquement si les

conditions du sursis à l'exécution de la peine (art. 42 CP) ne sont pas réunies et s'il y a lieu d'admettre que ni une peine pécuniaire, ni un travail d'intérêt général ne peuvent être exécutés. Cette disposition prévoit deux conditions cumulatives.

La situation économique de l'auteur ou le fait que son insolvabilité apparaît prévisible ne constituent pas des critères déterminants pour choisir la nature de la sanction (ATF 134 IV 97 consid. 5.2.3 p. 104).

1.4 En l'espèce, X._____ s'est rendu coupable de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et de violation de l'obligation de tenir une comptabilité. Sa culpabilité n'est pas négligeable. A sa charge, il y a lieu de retenir le concours d'infractions, ainsi que de l'absence de scrupules dont il a fait preuve à l'égard des créanciers de sa société qui ont eu à subir les conséquences de ses actes. A décharge, il sera tenu compte de son jeune âge et de son inexpérience s'agissant des questions administratives et relatives à la gestion d'une entreprise.

En définitive, la quotité de la peine doit être arrêtée à cent jours. Au vu de l'absence d'antécédents – la seule condamnation figurant au casier judiciaire de l'intéressé ayant été prononcée postérieurement aux faits objets de la présente cause –, c'est à juste titre que le premier juge a assorti la peine du sursis et fixé un délai d'épreuve de deux ans (art. 42 al. 1 CP).

S'agissant du genre de la peine, une peine privative de liberté est exclue, dès lors qu'on se trouve en-dessous du seuil de six mois et que la peine est assortie du sursis. Tout bien considéré c'est donc une peine de cent jours-amende qui devra sanctionner le comportement de X._____. Au vu de sa situation financière modeste, le jour-amende sera arrêté à 10 francs. Cette peine est entièrement complémentaire à la peine prononcée par le Ministère public du canton de Fribourg le 29 octobre 2013.

2. X._____ étant libéré de l'infraction d'abus de confiance, il n'y a pas matière à l'allocation de conclusions civiles à B._____.

3. S'agissant des frais de première instance, arrêtés à 7'043 fr. 40 au total et comprenant l'indemnité due à son défenseur d'office par 3'768 fr. 40, TVA et débours compris, seule la moitié de ceux-ci, par 3'521 fr. 70, sera mise à la charge de X._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat (art 426 al. 1 CPP) pour tenir compte de l'acquittement partiel du prévenu. X._____ ne sera ainsi tenu de rembourser à l'Etat la moitié de l'indemnité due à son défenseur d'office pour la procédure de première instance et mise à sa charge que lorsque sa situation financière le permettra.

4. En définitive, l'appel de X._____ doit être partiellement admis et l'appel joint de B._____ doit être rejeté.

Sur la base de la liste des opérations produite et sous réserve du fait que l'audience d'appel a duré moins d'une heure, l'indemnité de défenseur d'office allouée à Me Tabet pour la procédure d'appel sera arrêtée à 2'891 fr., débours inclus, auxquels il convient d'ajouter 231 fr. 30 de TVA, soit à 3'122 fr. 30 au total.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, par 5'612 fr. 30, constitués en l'espèce de l'émolument de jugement, par 2'490 fr. (art. 21 al. 1 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1]), et de l'indemnité allouée au défenseur d'office, par 3'122 fr. 30, doivent être mis par un tiers à la charge de X._____ qui succombe partiellement, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

X._____ ne sera cependant tenu de rembourser à l'Etat le tiers du montant de l'indemnité en faveur de son défenseur d'office mise à sa charge que lorsque sa situation financière le permettra.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
appliquant les articles 29, 40, 42 ch. 1, 49 ch. 1 et 2, 164 ch. 1 et 166 CP
et 398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel de X. _____ est partiellement admis et l'appel joint de B. _____ est rejeté.

- II. Le jugement rendu le 29 août 2016 par le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois est modifié aux chiffres I, II, VI et VII, ainsi que par l'adjonction d'un chiffre I^{bis} et par la suppression du chiffre IV, le dispositif étant désormais suivant :
 - I. déclare X. _____ coupable de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et de violation de l'obligation de tenir une comptabilité ;*
 - I^{bis} libère X. _____ des infractions d'escroquerie et d'abus de confiance ;*
 - II. condamne X. _____ à une peine pécuniaire de cent jours-amende, à 10 (dix) fr. par jour, avec sursis pendant 2 (deux) ans ;*
 - III. dit que cette peine est complémentaire à l'ordonnance pénale du Ministère public du canton de Fribourg du 29 octobre 2013 ;*
 - IV. supprimé ;*
 - V. dit que X. _____ est le débiteur de la masse en faillite de la société X. _____ SA d'un montant de 6'576 fr. (six mille cinq cent septante-six francs) à payer en mains de l'Office des faillites de Vevey ;*
 - VI. met la moitié des frais, arrêtés à 7'043 fr. 40 et comprenant l'indemnité due à son défenseur d'office par*

3'768 fr. 40, TVA et débours compris, à la charge de X._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat ;

VII. dit que le remboursement à l'Etat de la moitié de l'indemnité due à son défenseur d'office et mise à sa charge ne sera exigée que si la situation financière du condamné le permet."

III. Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 3'122 fr. 30 fr., TVA et débours inclus, est allouée à Me Habib Tabet.

IV. Les frais d'appel, par 5'612 fr. 30, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office prévue au chiffre III ci-dessus, sont mis par un tiers, soit 1'870 fr. 75, à la charge de X._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

V. X._____ ne sera tenu de rembourser à l'Etat le tiers du montant de l'indemnité en faveur de son conseil d'office prévue au chiffre III ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra.

VI. Le jugement est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **24 janvier 2017**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Habib Tabet, avocat (pour X. _____),
- Me Aba Neeman, avocat (pour B. _____),
- Ministère public central,
- Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois,

et communiqué à :

- Mme la vice-Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- M. le Procureur de l'arrondissement de l'Est 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).

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 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 :