

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 11 décembre 2019

Composition : M. P E L L E T, président
Juges : M. Sauterel et Mme Rouleau, juges
Greffier : M. Ritter

* * * * *

Parties à la présente cause :

W._____, prévenu, représenté par Me Julien Fivaz, défenseur de choix,
appelant,

et

A.S._____ et **B.S.**_____, plaignants, représentés par Me Jacques
Ballenegger, conseil de choix, intimés,

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

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 19 août 2019, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a constaté que W._____ s'est rendu coupable d'abus de confiance (I), l'a condamné à une peine pécuniaire de 90 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 50 fr., et à une amende de 1'000 fr. (II), a suspendu l'exécution de la peine pécuniaire et fixé à W._____ un délai d'épreuve de deux ans (III), a dit que la peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement fautif de l'amende sera de dix jours (IV), a admis partiellement les conclusions civiles de A.S._____ et B.S._____ et dit que W._____ est leur débiteur, solidairement entre eux, du montant de 17'000 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 10 novembre 2007 (V), a ordonné le maintien au dossier, au titre de pièce à conviction, de la copie du CD répertoriée sous fiche n° 20719 (VI) et a mis les frais de la cause, par 4'075 fr., à la charge de W._____ (VII).

B. Par déclaration du 24 septembre 2019, complétée le 2 octobre suivant, W._____ a formé appel contre ce jugement, concluant, avec suite de frais et dépens, à son acquittement, au rejet des conclusions civiles formulées à son encontre, ainsi qu'à l'allocation d'une indemnité de 5'000 fr. au sens de l'art. 429 CPP.

Les intimés A.S._____ et B.S._____ ont déposé des déterminations le 21 octobre 2019, concluant au rejet de l'appel.

Le 15 novembre 2019, le Ministère public a indiqué qu'il renonçait à déposer des conclusions motivées.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. Né en 1958, le prévenu W._____ dirige la société [...], dont il dit percevoir mensuellement une rémunération brute comprise entre 5'000 fr. et 9'000 francs. Le prévenu, son épouse, dont il est en instance de séparation, et le fils de cette dernière, vivent dans un appartement à [...]. Le prévenu s'acquitte d'un loyer mensuel de 1'800 fr. pour ce logement. Son épouse ne gagnerait qu'un revenu modique comme vendeuse. Il déclare avoir la charge également du fils de son épouse, âgé actuellement de 17 ans environ. Le prévenu serait propriétaire d'une résidence secondaire sise en France, dont les charges mensuelles s'élèveraient à 3'500 francs. Il s'acquitte des primes d'assurance-maladie pour toute la famille à raison de 800 fr. par mois. Il n'a pas de dettes.

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

2.1 En 2006, W._____ a créé la société [...]. Il a été inscrit au Registre du commerce en qualité d'associé-gérant avec signature individuelle. A l'origine, le prévenu était associé à feu [...], [...] et [...]. En réalité la société était entièrement dirigée par [...], gérant de fait. [...] était active dans le domaine de l'épargne prévoyance et le prévenu œuvrait en son sein notamment en qualité de courtier. En particulier, [...] avait demandé à ses courtiers de proposer aux futurs clients des investissements dans des projets immobiliers de grande envergure réalisés dans les pays où les sociétés partenaires étaient implantées, notamment en Bulgarie. En effet, [...] dirigeait de la même manière deux autres sociétés, soit [...], sis à [...] (Bulgarie), et [...] (actuellement en liquidation).

Par le biais des courtiers, de nombreux clients ont ainsi conclu des contrats de prêt en faveur de l'une des sociétés précitées, à teneur desquels ils s'engageaient à prêter un montant déterminé pour une durée variable, en général de cinq ans. Pour sa part, la société s'engageait à garantir le remboursement du capital emprunté au terme du contrat, ainsi

qu'à servir un intérêt annuel net allant de 5 % à 12 % selon le contrat passé. Toutefois, déjà au début de l'année 2008, [...] a pris conscience du fait que le projet immobilier en Bulgarie n'allait pas être réalisé. Malgré cela, ce dernier a, directement ou par le biais de courtiers, continué à démarcher des clients jusqu'au début de l'année 2010. [...] a finalement admis avoir utilisé pour ses besoins personnels l'argent investi par ses clients, sans que ces deniers ne soient jamais affectés à un quelconque projet immobilier.

[...] et feu [...] ont été libérés de toute infraction pénale par ordonnance de classement rendue par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne le 8 janvier 2018 (P. 47), définitive et exécutoire. Par acte d'accusation rendu ce même jour, [...] a été renvoyé devant le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne (P. 48). Par jugement du 5 novembre 2018, rendu à l'issue d'une procédure simplifiée, cette autorité l'a condamné, pour abus de confiance et escroquerie par métier, à une peine privative de liberté de 24 mois, avec sursis durant un délai d'épreuve de cinq ans (P. 53).

2.2 Le 19 novembre 2007, à Epalinges, les époux A.S. _____ et B.S. _____ ont conclu, par l'intermédiaire de feu [...], un contrat de prêt « [...] » avec la société [...]. Le prêt portait sur la somme de 191'064 fr., à libérer sous la forme d'un versement unique, du 1^{er} novembre 2007 au 31 décembre 2012. Le contrat stipulait notamment que [...] était codébitrice solidaire du prêt. En date du 8 novembre 2007, la somme précitée a été versée sur le compte bancaire ouvert sous la raison sociale de [...] auprès de la banque [...] (n° [...]).

Le 9 novembre 2007, W. _____ a retiré du compte [...] la somme de 60'000 fr. en espèces. Une somme de 51'064 fr. a été retirée en espèces à Payerne le 16 novembre 2007 au débit de ce même compte par [...], qui disposait de la signature individuelle. Le compte présentait alors un solde créditeur de 825 fr. 16.

Le 16 novembre 2007 également, le prévenu a reversé sur le compte de la société un montant de 43'000 francs. Le compte présentait un solde créditeur de 51'889 fr. 16 après cette opération.

A.S._____ et B.S._____ ont déposé plainte le 7 mai 2010.

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP) 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 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 (let. a), pour constatation incomplète ou erronée des faits (let. b) et pour inopportunité (let. c) (al. 3).

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. 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 consid. 3.1).

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

S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, il s'agit de l'acte par lequel le juge du fond évalue librement la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens de preuve afin de parvenir à une conclusion sur la réalisation ou non des éléments de fait pertinents pour l'application du droit pénal matériel. Le juge peut fonder une condamnation sur un faisceau d'indices; en cas de versions contradictoires, il doit déterminer laquelle est la plus crédible. En d'autres termes, ce n'est ni le genre ni le nombre des preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (Verniory, *in* : Kuhn/Jeanneret [éd.], Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, Bâle 2011, n. 34 ad art. 10 CPP).

Lorsque l'autorité a forgé sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents, il ne suffit pas que l'un ou l'autre de ceux-ci ou même chacun d'eux pris isolément soit à lui seul insuffisant. L'appréciation des preuves doit être examinée dans son ensemble. Le principe *in dubio pro reo* est violé si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables au prévenu sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes; on parle alors de doutes raisonnables (ATF 120 Ia 31 consid. 2c; TF 6B_831/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.2.2). Sur ce point, des doutes simplement abstraits et théoriques ne suffisent pas, car de tels doutes sont toujours possibles et une certitude absolue ne peut être exigée. Bien plutôt, il doit s'agir de doutes importants et

irréductibles, qui s'imposent au vu de la situation objective (ATF 127 I 38 consid. 2a).

4.

4.1 Le Tribunal de première instance a retenu que le prévenu avait commis un abus de confiance portant sur le montant de 17'000 fr. constitué par la différence entre le retrait en espèces de 60'000 fr. effectué par le prévenu le 9 novembre 2007 au débit du compte de [...] et le versement de 43'000 fr. porté au crédit du même compte le 16 novembre 2007 (jugement en p. 12).

4.2 L'appelant conteste sa condamnation pour abus de confiance. Il invoque l'ordonnance de classement rendue le 6 mars 2019 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne (P. 50/4), dont les considérants demeureraient toujours valables, malgré l'arrêt rendu postérieurement par la Chambre des recours pénale annulant cette ordonnance (CREP 2018/543). Il fait valoir qu'en définitive, l'entier du montant de 191'064 fr. remis par les plaignants A.S._____ et B.S._____ a été transmis à [...], qui a été libéré de toute poursuite pénale. L'appelant fait grief au tribunal de police d'avoir considéré qu'il n'avait pas restitué aux plaignants la somme de 17'000 francs. En particulier, le premier juge se serait limité à prendre en considération le retrait de 60'000 fr., sous déduction du versement ultérieur de 43'000 fr., sans tenir compte des autres montants transférés en faveur des plaignants. Ces mouvements de fonds démontreraient que l'appelant n'a jamais conservé pour lui tout ou partie de la somme de 191'064 francs. L'appelant se prévaut en particulier du relevé du compte [...] pour le 4^e trimestre 2007, produit sous pièces 11 et 44/2.

4.3 Commet un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 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 (al. 2).

L'infraction 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 à 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 (ATF 133 IV 21 consid. 6.2). Le comportement délictueux consiste à utiliser la valeur patrimoniale contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée (ATF 129 IV 257 consid. 2.2.1). 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 précité; ATF 121 IV 23 consid. 1c).

Du point de vue subjectif, l'auteur d'un abus de confiance doit avoir agi intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime, lequel peut être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a; TF 6B_1383/2016 du 16 mai 2018 consid. 1.1). Cet enrichissement, de l'auteur lui-même ou d'un tiers, est en général le pendant de l'appauvrissement de la victime et peut donc aussi être déduit de l'intention de causer un préjudice à la victime (ATF 119 IV 210 consid. 4b). Cette dernière condition est remplie lorsque celui qui devait tenir en tout temps le bien confié à disposition de l'ayant droit l'a utilisé à son profit ou au profit d'un tiers sans avoir à tout moment la volonté et la possibilité de le restituer immédiatement (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2; ATF 118 IV 27 consid. 3a; ATF 118 IV 32 consid. 2a). S'il devait le tenir à disposition de l'ayant droit à un moment déterminé ou à l'échéance d'un délai déterminé, il doit avoir eu la volonté et la possibilité de le restituer à ce moment ou à cette échéance (ATF 118 IV 27 consid. 3a; ATF 118 IV 32 consid. 2a).

Le dessein d'enrichissement illégitime fait en revanche défaut en cas de capacité de restituer (*Ersatzbereitschaft*), par quoi la jurisprudence et la doctrine désignent l'état dans lequel se trouve 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).

4.4 Il ressort de l'extrait du compte [...] précité qu'il a été crédité au jour-valeur du 8 novembre 2007 du montant de 191'064 fr. versé par les plaignants le même jour. Il a été débité le lendemain de la somme de 60'000 fr., que le prévenu admet avoir utilisée pour ses besoins (jugement en p. 3). L'appelant se fonde toutefois sur un transfert ultérieur, portant sur la somme de 140'000 fr., effectué par débit du compte le 14 novembre 2007. Il soutient que ce montant a été affecté conformément à ce qui était convenu avec les plaignants. La somme de 51'064 fr., dont le prévenu affirme qu'elle constitue le versement du complément de l'investissement des intimés (et qui correspond bien à la différence entre 191'064 fr. et 140'000 fr.), a été retirée en espèces à Payerne le 16 novembre 2007. Le compte présentait alors un solde créditeur de 825 fr. 16.

Le prévenu affirme que c'est [...], et non lui-même, qui a prélevé les 51'064 fr. (jugement en p. 4).

Il est constant que [...], associé et organe de [...], disposait aussi de la signature individuelle sur le compte. [...] a expressément admis avoir personnellement prélevé ce montant de 51'064 francs. Il a prétendu avoir remis l'argent en espèces à [...] et a au surplus précisé savoir que le prélèvement de 60'000 fr. effectué le 9 novembre 2007 par W. _____ « n'a[vait] été que momentané » (PV aud. 4, lignes 180-193). Comme déjà relevé, [...] a été libéré de toute infraction en relation avec ces faits.

Pour sa part, l'appelant a reversé sur le compte de la société un montant de 43'000 fr. le 16 novembre 2007, soit le jour même du retrait des 51'064 francs. Le compte présentait un solde créditeur de 51'889 fr. 16 après cette opération. L'appelant affirme au surplus que la

différence entre 60'000 fr. et 43'000 fr., à savoir le montant de 17'000 fr. retenu par le tribunal de police, a été affecté à des paiements pour la société. Le contraire n'est pas établi.

En définitive, l'examen des mouvements du compte [...] permet de retenir que l'acte d'appropriation illicite est le fait exclusif de [...], condamné le 5 novembre 2018. En effet, il est établi que les sommes litigieuses confiées par les plaignants n'ont fait que transiter par le compte bancaire examiné, l'intégralité de la somme de 191'064 fr. ayant été remise les 14 et 16 novembre 2007 à l'auteur de l'infraction.

Par surabondance, il faut relever que le solde créditeur du compte était de 51'889 fr. 16 après le versement, par l'appelant, du montant de 43'000 fr. le 16 novembre 2007, soit le jour même du retrait de 51'064 fr. effectué par [...]. Ce solde créditeur était donc suffisant pour verser les sommes correspondant à l'investissement des plaignants, ce qui étaye la capacité et la volonté de l'auteur de restituer en tout temps.

L'appelant doit donc être libéré des fins de la poursuite pénale, soit du chef de prévention d'abus de confiance.

5. Vu l'issue de l'action pénale, il y a lieu de donner acte à A.S._____ et B.S._____ de leurs réserves civiles et de les renvoyer à agir devant le juge civil (art. 126 al. 2 let. d CPP).

En outre, il convient d'ordonner restitution à W._____ de la copie du CD répertoriée au titre de pièce à conviction sous fiche n° 20719 (art. 267 al. 1 CPP).

6. Le prévenu étant libéré, les frais de première instance ne sauraient être mis à sa charge mais doivent être laissés à celle de l'Etat.

7. Vu l'issue de l'appel, les frais d'appel (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010; BLV 312.03.1]) seront mis à la charge de A.S._____ et

de B.S._____, solidairement entre eux (art. 418 al. 2 CPP), les intimés succombant entièrement dès lors qu'ils ont conclu au rejet de l'appel (art. 428 al. 1, 1^{re} phrase, CPP).

L'appelant, qui obtient gain de cause en ayant procédé par un défenseur de choix en procédure d'appel, a requis une indemnité à ce titre (art. 429 al. 1 let. a CPP, applicable à la procédure d'appel par renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP; cf. TF 6B_1065/2015 du 15 septembre 2016 consid. 3.2). Mise à la charge des intimés A.S._____ et B.S._____, solidairement entre eux, cette indemnité doit, selon la liste d'opérations produite, être arrêtée sur la base d'une durée d'activité d'avocat de douze heures et trente minutes, au tarif horaire de 300 fr. (art. 26a al. 3 TFIP). A ces honoraires il convient d'ajouter une vacation à 120 fr., plus la TVA sur le tout. L'indemnité s'élève ainsi à 4'168 francs.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 398 ss, 418 al. 2, 429 CPP,
prononce :

- I. L'appel est admis.

- II. Le jugement rendu le 19 août 2019 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est modifié, son dispositif étant désormais le suivant :

*"I. libère W._____ du chef de prévention d'abus de confiance et met fin à l'action pénale dirigée contre lui;
II. donne acte à A.S._____ et B.S._____ de leurs réserves civiles et les renvoie à agir devant le juge civil;
III. ordonne restitution à W._____ de la copie du CD répertoriée au titre de pièce à conviction sous fiche n° 20719;
IV. laisse les frais de la cause, par CHF 4'075.-, à la charge de l'Etat".*

- III. A.S._____ et B.S._____, solidairement entre eux, doivent verser à W._____ un montant de 4'168 fr. à titre d'indemnité

pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits en procédure d'appel.

IV. Les frais d'appel sont mis à la charge de A.S. _____ et de B.S. _____, solidairement entre eux.

V. Le jugement motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **13 décembre 2019**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Julien Fivaz, avocat (pour W. _____),
- Me Jacques Ballenegger, avocat (pour A.S. _____ et B.S. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- Mme la Procureure de l'arrondissement de Lausanne,

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 :