

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 20 janvier 2022

Composition : Mme BENDANI, présidente
MM. Sauterel et Stoudmann, juges
Greffière : Mme Aellen

Parties à la présente cause :

X._____, prévenu, appellant et intimé par voie de jonction, assisté de Me Rachel Carvagna-Debluë, défenseur d'office, avocate à Lausanne, appellant,

Y._____, plaignant, intimé et appellant par voie de jonction, assisté de Me Jean-Pierre Bloch, conseil de choix, avocat à Lausanne,

et

MINISTERE PUBLIC, représenté par le Procureur de l'arrondissement de Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 30 juillet 2021, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a pris acte du retrait de plainte de L._____ (I) ; a constaté que X._____ s'est rendu coupable d'abus de confiance (II) ; a condamné X._____ à une peine privative de liberté de 4 (quatre) mois ferme (III) ; a renvoyé Y._____ à agir par la voie civile (IV) ; a mis les frais de justice, par 8'163 fr. 85, à la charge de X._____ et a dit que ces frais comprennent l'indemnité allouée à son défenseur d'office, Me Rachel Cavargna-Debluë, par 4'688 fr. 85 TTC, dite indemnité, avancée par l'Etat, devant être remboursée par le condamné dès que sa situation financière le permettra (V).

B. Par annonce du 30 juillet 2021, puis déclaration motivée du 31 août 2021, X._____ a interjeté un appel, concluant à la réforme du jugement précité, en ce sens qu'il soit libéré du chef d'abus de confiance à l'égard d'Y._____ (cas n° 1), qu'il soit reconnu coupable d'abus de confiance à l'encontre de L._____ (cas n° 2), mais qu'il soit renoncé à prononcer une peine à son encontre, qu'Y._____ soit débouté de toute prétention civile et que les frais soient laissés à la charge de l'Etat.

Le 27 septembre 2021, Y._____ a déposé un appel joint, concluant à ce que X._____ soit condamné pour abus de confiance qualifié et escroquerie qualifiée, qu'il soit condamné à une peine privative de liberté de 18 mois ferme et qu'il soit reconnu son débiteur d'une somme à préciser devant la Cour d'appel. Il a requis l'assistance judiciaire gratuite.

Le 18 octobre 2021, X._____ a déposé une demande de non-entrée en matière sur l'appel joint, contestant la qualité de lésé d'Y._____.

Par courrier du 5 novembre 2021, la Présidente de la Cour de céans a informé l'appelant que la Cour se réservait le droit d'appliquer éventuellement l'art. 158 CP en lien avec le chiffre 1 de l'acte d'accusation.

Par courrier du même jour, la Présidente a rejeté les réquisitions de preuve d'Y._____ au motif que les conditions de l'art. 389 CPP n'étaient pas remplies.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1.

1.1 X._____ né le [...] 1977, d'origine chilienne, est arrivé en Suisse à l'âge de 8 ans, avec ses parents et sa plus jeune sœur. Il y a suivi sa scolarité obligatoire puis a obtenu un CFC en 1997 en qualité de mécanicien sur automobile, domaine dans lequel il a œuvré pour le compte de différents employeurs jusqu'en 2006. Depuis fin 2009, il travaille comme paysagiste à son compte. Il a eu de nombreux problèmes financiers et a cessé de travailler en 2015, ayant été victime d'une dépression et suivi par les services sociaux. Il a repris son activité en qualité de paysagiste indépendant depuis le mois de février 2021 et réalise à ce titre un revenu compris entre 4'000 fr. et 4'500 fr. par mois. Divorcé, il est père de trois filles de 21, 18 et 7 ans. Il a des poursuites à hauteur d'environ 60'000 fr. et n'a pas de fortune.

1.2 Le casier judiciaire suisse de X._____ contient les inscriptions suivantes :

19.05.2011 : Tribunal correctionnel de Lausanne ; faux dans les titres, circuler sans assurance-responsabilité civil, conduire un

véhicule défectueux, contravention à l'Ordonnance sur la vignette routière ; peine pécuniaire 60 jours-amende à 50 fr. avec sursis pendant 2 ans et amende de 200 francs. Sursis non révoqué le 03.10.2013 et le 19.08.2015.

03.10.2013 : Ministère public de l'arrondissement de La Côte ; violation d'une obligation d'entretien, peine pécuniaire 90 jours-amende à 20 fr. avec sursis pendant 2 ans et amende de 300 francs. Sursis révoqué le 19.08.2015.

08.05.2014 : Ministère public de l'arrondissement de Lausanne ; conducteur se trouvant dans l'incapacité de conduire (véhicule autom. alcoolémie qualifié) ; peine pécuniaire 50 jours-amende à 30 fr., peine complémentaire au jugement du 03.10.2013.

10.07.2015 : Ministère public de l'arrondissement de La Côte ; conduite d'un véhicule automobile malgré le refus, le retrait ou l'interdiction de l'usage du permis ; peine pécuniaire 30 jours-amende à 30 francs.

19.08.2015 : Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois ; abus de confiance, détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice ; peine pécuniaire 180 jours-amende à 20 francs ; peine d'ensemble avec le jugement de 03.10.2013.

05.04.2016 : Ministère public de l'arrondissement de Lausanne ; conduite d'un véhicule automobile malgré le refus, le retrait ou l'interdiction de l'usage du permis ; peine privative de liberté de 60 jours.

08.04.2016 : Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois ; détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice, contravention à la LF sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; peine privative de liberté de 30 jours et amende de 500 francs.

2. X._____ a été renvoyé comme prévenu d'abus de confiance (art. 138 ch. 1 al. 2 CP), ensuite de son opposition à l'encontre de l'ordonnance pénale rendue le 7 janvier 2021 par Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, laquelle retient les faits suivants :

2.1 A Renens, entre mai 2019 et le 31 août 2019, X._____ s'est fait remettre 3'000 fr. en liquide par Y._____, titulaire de la raison

individuelle H._____, ainsi que les cartes de débit liées aux deux comptes dont l'entreprise est titulaire auprès de Postfinance SA au nom l'entreprise, afin de procéder à des achats de matériel pour la société. Contrairement à ce qui avait été convenu, X._____ a utilisé l'argent liquide et les cartes de débit pour payer ses dépenses personnelles à tout le moins pour un montant de 3'254 fr. 64, correspondant notamment à des courses personnelles, des achats de billets de concert, de voyage, de cinéma, ainsi que des parties de squash, des achats de verres de contact et des restaurants. Il a également commandé et retiré des marchandises, mais les a gardées par devers lui. Un montant total de 13'679 fr. 64 a également été retiré en liquide, depuis le compte postal de l'entreprise, par X._____ et a en partie été utilisé pour ses dépenses personnelles.

Y._____ a déposé plainte pénale le 25 septembre 2019.

2.2 Entre le 29 novembre 2019 et le 19 février 2020, X._____ a entrepris des travaux chez L._____, a encaissé directement les acomptes versés par ce dernier, soit des acomptes de 9'044 fr. 40, 5'000 fr. et 7'000 fr., et les a utilisés à d'autres fins qu'à la réalisation des travaux convenus.

L._____ a déposé plainte pénale le 14 mai 2020.

En droit :

1.

1.1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP) par une partie qui a 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.

1.2. S'agissant de l'appel joint d'Y._____ il est également recevable en ce sens qu'il a été interjeté dans les formes et délais légaux.

X._____ a toutefois déposé une demande de non entrée en matière, estimant qu'Y._____ ne disposait pas de la qualité de partie. Les arguments soulevés par l'appelant principal sont partiellement infondés. En premier lieu, s'agissant du cas n°1 de l'acte d'accusation (lettre C.2.1 ci-dessus), comme on le verra, X._____ et Y._____ ont décidé de fonder une société ; au moment des faits, les deux hommes avaient à tout le moins constitué une société simple (cf. consid. 3.4 ci-dessous) et c'est donc bien au préjudice d'Y._____ - et non de la société [...] SA comme le prétend l'appelant - que le préjudice a été commis. Y._____ dispose donc de la qualité de partie plaignante s'agissant de ce cas. Il en va différemment lorsque Y._____, dans le cadre de son appel joint, soutient que le cas n° 2 de l'acte d'accusation (lettre C.2.2 ci-dessus) constituerait une escroquerie par métier. Ces faits ne le concernent absolument pas et la qualité de lésé doit lui être déniée dans ce cas. Il n'a par conséquent pas la qualité de partie.

En définitive, la demande de non-entrée en matière doit donc être rejetée s'agissant du cas n° 1 de l'acte d'accusation (cf. lettre C.2.1 ci-dessus) et admise s'agissant du cas n° 2 (cf. lettre C.2.2 ci-dessus), l'appel joint étant irrecevable s'agissant de ce complexe de faits.

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 (a) violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, (b) constatation incomplète ou erronée des faits et (c) inopportunité (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 (Eugster, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP).

3.

3.1 En lien avec le cas n° 1 de l'ordonnance pénale valant acte d'accusation (lettre C.2.1 ci-dessus), l'appelant conteste sa condamnation pour abus de confiance au détriment d'Y._____.

3.2

3.2.1 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).

La présomption d'innocence, ainsi que son corollaire, le principe in dubio pro reo, concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.1, JdT 2019 IV 147 ; ATF 127 I 38 consid. 2a, JdT 2004 IV 65). En tant que règle relative au fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie que toute personne prévenue d'une infraction pénale doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie et, partant, qu'il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité de celle-là (ATF 127 I 38 précité ; TF 6B_47/2018 du 20 septembre 2018 consid. 1.1). Comme règle d'appréciation des preuves, elle signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective (ATF 127 I 38 précité).

Lorsque l'appréciation des preuves et la constatation des faits sont critiquées en référence au principe *in dubio pro reo*, celui-ci n'a pas de portée plus large que l'interdiction de l'arbitraire, prohibant une appréciation reposant sur des preuves inadéquates ou sans pertinence (ATF 145 IV 154 consid. 1.1 et les références citées ; ATF 144 IV 345 précité consid. 2.2.3.3 ; ATF 143 IV 500 consid. 1.1, JdT 2017 I 325).

3.2.2 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'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 consid. 2.2.1 ; ATF 121 IV 23 consid. 1c).

Du point de vue subjectif, l'auteur 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). 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 ; ATF 121 IV 249 consid. 3a et les arrêts cités). Celui qui dispose à son profit ou au profit d'un tiers d'un bien qui lui a été confié et qu'il s'est engagé à tenir en tout temps à disposition de l'ayant droit s'enrichit illégitimement s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer immédiatement en tout temps. Celui qui ne s'est engagé à tenir le bien confié à disposition de l'ayant droit qu'à un moment déterminé ou à l'échéance d'un délai déterminé ne s'enrichit illégitimement que s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer à ce moment précis (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2 ; 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 en paie la contre-valeur, 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 (ATF 118 IV 32 consid. 3a) ou encore s'il était en droit de compenser (ATF 105 IV 29 consid. 3a ; TF 66_1265/2017 du 26 mars 2018 consid. 4.1 ; TF 66_1383/2016 du 16 mai 2018 consid. 1.1). 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'ils puissent constituer un indice important de l'absence d'une véritable volonté de compenser, ne sont en revanche pas déterminants (ATF 105 IV 29 consid. 3a).

3.2.3 Le patrimoine d'une personne morale n'est pas confié à ses organes au sens de l'art.138 CP, au motif que les organes d'une société ne sont pas des tiers vis-à-vis de la société, mais une partie de cette dernière (ATF 6B_446/2010 du 14 octobre 2010, consid. 6.3). Seul l'art. 158 CP entre alors en ligne de compte en cas de détournement commis au préjudice de la société par les organes ou les membres d'organes (Basler Kommentar, op. cit., n. 36 ad art. 138).

L'art. 158 CP punit celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés (ch. 1

al. 1). Le cas de la gestion déloyale aggravée est réalisé lorsque l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (ch. 1 al. 3).

L'infraction réprimée par l'art. 158 ch. 1 CP ne peut être commise que par une personne qui revêt la qualité de gérant. Il s'agit d'une personne à qui incombe, de fait ou formellement, la responsabilité d'administrer un complexe patrimonial non négligeable dans l'intérêt d'autrui (ATF 129 IV 124 consid. 3.1 ; ATF 123 IV 17 consid. 3b). La qualité de gérant suppose un degré d'indépendance suffisant et un pouvoir de disposition autonome sur les biens administrés. Ce pouvoir peut aussi bien se manifester par la passation d'actes juridiques que par la défense, sur le plan interne, d'intérêts patrimoniaux, ou encore par des actes matériels, l'essentiel étant que le gérant se trouve au bénéfice d'un pouvoir de disposition autonome sur tout ou partie des intérêts pécuniaires d'autrui, sur les moyens de production ou le personnel d'une entreprise (ATF 123 IV 17 consid. 3b).

Un tel devoir incombe notamment aux organes des sociétés commerciales, à savoir aux membres du conseil d'administration et à la direction, ainsi qu'aux organes de fait. La qualité de membre d'une société simple ne confère pas en soi celle de gérant. En effet, l'obligation de sauvegarder les intérêts des autres associés et celles découlant des art. 530 ss CO n'impliquent en elles-mêmes, chez celui qui y est astreint, aucun pouvoir ou devoir légal, contractuel, voire de fait, d'intervenir de façon indépendante dans les affaires d'autrui (ATF 100 IV 33 consid. 3). Toutefois, d'autres circonstances peuvent conférer à l'intéressé une position de garant (ATF 100 IV 33 consid. 3 ; ATF 81 IV 276 ss).

Le comportement délictueux visé à l'art. 158 CP n'est pas décrit par le texte légal. Il consiste à violer les devoirs inhérents à la qualité de gérant. Le gérant sera ainsi punissable s'il transgresse – par action ou par omission – les obligations spécifiques qui lui incombent en vertu de son devoir de gérer et de protéger les intérêts pécuniaires d'une tierce personne. Lorsqu'il incombe à l'employé, non seulement de

sauvegarder le patrimoine existant mais aussi de l'accroître, ce qui est généralement le cas du gérant d'une entreprise commerciale ou industrielle, celui qui s'abstient de faire des affaires rémunératrices ou les réalise non pour le compte de son employeur mais au profit d'une entreprise concurrente viole gravement ses obligations contractuelles (ATF 105 IV 307 consid. 3a).

3.3 Contestant l'appréciation des preuves effectuée par le premier juge, l'appelant reconnaît avoir prélevé un montant à titre privé dans les comptes de la société H._____, mais soutient l'avoir fait avec l'accord d'Y._____, en contrepartie du fait qu'aucun salaire ne lui était versé. Il explique qu'Y._____ était le patron et lui l'employé et qu'ils avaient convenu que l'appelant pouvait se payer un salaire s'il y avait assez d'argent sur le compte PostFinance de la société. Il conteste la crédibilité d'Y._____.

Dans son appel joint, Y._____ soutient qu'il faudrait qualifier la relation contractuelle entre les parties comme étant un contrat de travail, l'appelant principal étant son employé.

En cours d'instruction, Y._____ a allégué qu'il avait constitué une entreprise avec le prévenu, que celui-ci faisait tout car lui-même devait encore s'occuper de son restaurant, qu'ils ne touchaient aucun salaire, qu'ils avaient prévu de se répartir le bénéfice sans que cela ne soit défini, qu'au final il n'y avait eu aucun bénéfice, que le prévenu s'était servi dans les comptes et que les factures des fournisseurs payées ou impayées étaient plus importantes que les entrées d'argent. Lors de l'audience de première instance, Y._____ a expliqué ne jamais avoir su que le prévenu prélevait dans les comptes pour ses besoins propres, que leur accord était de payer le personnel avec ce qu'ils gagnaient, que l'appelant devait également être rémunéré ainsi que les fournisseurs, précisant que l'appelant aurait pu se payer sur le compte PostFinance une fois l'argent versé par le client seulement et avec son accord et qu'il n'y avait pas assez d'argent pour qu'il pût être payé. A l'audience d'appel, Y._____ a encore précisé que le but initial était d'économiser 20'000 fr.

pour transformer la raison individuelle H._____ en Sàrl et par la suite, une fois cette Sàrl créée, partager le bénéfice net par moitié. Deux comptes PostFinance ont été créés pour l'entreprise H._____ et les cartes de ces comptes ont été remises à X._____ dans le but de payer les achats fait auprès de Landi. Selon Y._____, tout le reste devait être facturé et payé sur facture par le prévenu, ce qu'il n'aurait toutefois pas fait. A sa connaissance, il aurait demandé certains règlements en cash pour les travaux effectués, alors qu'une autre partie des paiements aurait été effectuée sur le compte de H._____. La question d'un revenu pour le prévenu avant la création de la Sàrl n'aurait pas été abordée, X._____ lui ayant assuré qu'il pouvait vivre dans l'attente de la création de cette société.

A la lecture de l'ensemble des dépositions des parties, la Cour considère que les allégations initiales du plaignant sont crédibles, à savoir que les deux hommes ont décidé de monter une entreprise ensemble, Y._____ avançant les fonds et les deux hommes devant ensuite se répartir les éventuels bénéfices lorsque la Sàrl serait constituée. Cette version des faits a d'ailleurs été admise par l'appelant dans le cadre de son audition du 6 février 2020 (PV aud. 3, R. 8), ce dernier ayant reconnu, en substance, que tous les paiements devaient être faits par Y._____, que tout était au nom de ce dernier et que, normalement, celui-ci aurait dû faire un papier répartissant les bénéfices à raison de 50 % chacun. Ainsi, on doit admettre, sur la base des déclarations communes et initiales des deux parties qu'elles se sont associées dans une entreprise, dont le bénéfice aurait dû ensuite être réparti entre elles.

Par ailleurs, les déclarations du prévenu ont varié. En effet, lors de son audition du 6 février 2020 (PV aud. 3), ce dernier a expliqué que le plaignant avait accepté d'ouvrir une boîte dans le paysagisme, que lui-même l'avait conseillé et lui avait amené des formulaires pour ouvrir des comptes chez différents fournisseurs, que tous les documents avaient été signés par Y._____, que lui-même ne pouvait rien avancer, ni s'occuper de la partie administrative vu ses erreurs passées, qu'il s'occupait de démarcher les clients et des chantiers et que la situation

s'était dégradée au moment du paiement des factures. Il a également affirmé qu'il avait accès aux comptes de l'entreprise, mais qu'il ne faisait personnellement que de la consultation, tous les paiements étant faits par Y._____, qu'il n'avait pas touché de vrais salaires et que lorsqu'il avait besoin d'argent, l'intimé lui faisait des avances en prenant l'argent de sa poche. Il a toutefois reconnu qu'il avait parfois pris de l'argent du compte de l'entreprise, mais des petites sommes ou pour payer des avances de salaires aux employés. Enfin, il a déclaré, comme déjà dit, que les parties avaient convenu de se répartir le bénéfice (cf. PV aud. 3). Or, on constate que les déclarations du prévenu sont différentes depuis l'audience de première instance, ce dernier affirmant désormais que les parties avaient convenu qu'il puisse se verser un salaire. A l'audience d'appel, il a même affirmé qu'il était employé de la société - à tout le moins jusqu'à la création de la Sàrl - et qu'un salaire avait été convenu avec Y._____ à ce titre. C'est celui-ci qui lui aurait donné, par oral, l'autorisation de se servir de la carte de l'entreprise.

Cette dernière version du prévenu n'est pas crédible et contradictoire. Il ne peut affirmer être l'employé d'Y._____ et se verser lui-même son salaire. Il n'était au bénéfice d'aucun contrat de travail. De plus, il est logique, dans le cadre d'une association où l'on n'amène aucun fond de parler ensemble des dépenses et des éventuels salaires et bénéfices avant de se servir soi-même.

Ainsi, on doit admettre, à la lecture des premières déclarations concordantes des deux parties, que celles-ci ont décidé de s'associer dans une entreprise de paysagisme, que l'apport financier initial était le fait de l'intimé, que l'appelant a obtenu l'accès aux cartes PostFinance de l'entreprise pour payer les frais en lien avec l'achat de matériel, mais qu'il a également puisé dans le compte de la société pour ses dépenses personnelles.

3.4 L'appelant conteste toute intention et tout dessein d'enrichissement illégitime. Il invoque en particulier le droit à la compensation, expliquant ne jamais avoir perçu de salaire pour l'activité

déployée pour la société H._____ et Y._____ reconnaissant qu'il n'avait pas assez d'argent pour que l'appelant puisse être payé.

En réalité, on ne peut admettre que les parties aient été liées par un contrat de travail, dès lors que, selon les premières déclarations des deux parties, ces dernières avaient prévu de s'associer dans une entreprise active dans le domaine du paysagisme et n'avaient pas prévu de se verser des salaires, mais de se répartir un éventuel bénéfice (cf. PV aud. 2, p. 3). Il était prévu que l'appelant s'occupe de tout, soit de la recherche de chantiers, des paiements, etc., et gère la société, l'intimé s'occupant encore de son restaurant (cf. PV aud. 2, p. 3 et PV aud. 3 p. 5 et 7). Les parties n'ont jamais signé aucun contrat de travail. Au regard de ces éléments, on doit admettre que l'appelant et l'intimé ont formé une société simple. Considérant que X._____ était un membre de la société simple, le patrimoine de la société ne lui a pas été « confié » au sens de l'art. 138 CP (cf. jurisprudence exposée sous le considérant 3.2.3 ci-dessus). Faute de valeurs patrimoniales confiées, il ne saurait donc y avoir abus de confiance.

L'argument soulevé par Y._____ dans son appel joint consistant à dire que X._____ aurait agi dans le cadre de sa profession, soit en violation de l'art. 138 ch. 2 (et non pas seulement ch. 1) CP est dès lors sans objet, étant au demeurant rappelé que X._____ n'avait de toute façon été renvoyé que pour violation de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP selon l'ordonnance valant acte d'accusation.

3.5 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). Cette obligation d'information est indépendante du fait que la nouvelle appréciation juridique est de nature à entraîner une condamnation plus sévère (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 ad art. 346, p. 1269 ; TF 6B_486/2016 du 5 juillet 2017, consid. 4.1), L'art. 344 CPP peut être invoqué par la juridiction

d'appel (TF 6B_878/2014 du 21 avril 2015 consid. 2.2). Lorsque le tribunal entend s'écarter de l'appréciation juridique contenue dans l'acte d'accusation, il doit en informer les parties le plus tôt possible mais au plus tard avant les plaidoiries (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 ad art. 346, p. 1269 ; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich 2018, n. 3 ad art. 344 CPP). Pour certains auteurs, l'information doit avoir lieu au plus tard avant la clôture de la procédure probatoire (Hauri/Venetz, in : Niggli/Heer/ Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozess-ordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 12 ad art. 344 CPP).

Lorsque l'état de fait figurant dans l'acte d'accusation contient d'ores et déjà tous les éléments de fait nécessaires au jugement de l'infraction pénale nouvellement envisagée, alors même que celle-ci n'est pas désignée expressément par l'acte d'accusation, l'autorité de jugement est liée par le complexe de faits décrit dans l'acte d'accusation (principe d'immutabilité), mais elle conserve toute latitude quant à l'application du droit (art. 350 al. 1 CPP), pour peu que soient garantis les droits des parties, autrement dit que celles-ci soient informées du changement envisagé et aient la possibilité de s'exprimer (art. 344 in fine CPP).

3.6 Par courrier du 5 novembre 2021, considérant que les faits tels que décrits dans l'acte d'accusation pouvaient être constitutifs de gestion déloyale, la Cour s'est expressément réservé le droit d'appliquer l'art. 158 CP. Les parties en ont été informées et ont eu la possibilité de s'exprimer.

Comme déjà dit, on doit admettre que l'appelant et l'intimé ont formé une société simple. Dans ce cadre, l'appelant s'est vu remettre les cartes PostFinance de l'entreprise pour procéder à des achats de matériel pour la société. Il disposait ainsi d'un pouvoir de gestion bien spécifique. Or, il a puisé dans les comptes pour ses besoins personnels et non uniquement pour l'achat de biens. En agissant comme il l'a fait, X. _____ savait pertinemment qu'il faisait supporter à la société des charges qui ne lui incombait pas, lui faisant ainsi subir un dommage, et que cela lui

permettait de s'enrichir personnellement de manière illégitime. L'élément subjectif de l'intention est réalisé.

X._____ doit donc être reconnu de gestion déloyale.

4. L'appelant par voie de jonction fait encore valoir qu'il résulterait de l'instruction que X._____ aurait admis avoir établi trois fausses fiches de salaire à la demande de [...], ce qui constituerait une violation de l'art. 252 CP.

La question des fiches de salaire ne figure pas dans l'acte d'accusation. Par conséquent et en application de l'art. 333 CPP, X._____ ne saurait été poursuivi pour ces faits. Le grief d'Y._____ doit donc être rejeté.

5.

5.1. En lien avec le chiffre 2 de l'acte d'accusation (lettre C.2.2 ci-dessus), l'appelant se prévaut de la convention signée avec L._____ et requiert l'application des art. 52 et 53 CP. Il souligne que sa responsabilité dans ce cas ne serait pas très importante, dès lors qu'il n'a pu achever les travaux en raison de son état de santé, que le préjudice n'est pas très important et qu'il a déjà partiellement remboursé la dette y relative.

5.2. La question de l'application des art. 52 et 53 CP peut être laissée indécise dès lors que X._____ doit de toute façon être libéré de l'infraction d'abus de confiance retenue à son encontre par les premiers juges s'agissant des faits relatés sous chiffre 2 de l'ordonnance valant acte d'accusation (lettre C.2.2 ci-dessus) pour les motifs suivants :

X._____ a entrepris des travaux chez L._____. Il a encaissé directement les acomptes versés par ce dernier et les a utilisés à d'autres fins qu'à la réalisation des travaux convenus. 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 ; CAPE du 23 janvier 2017/27). A défaut d'une telle clause et donc d'instructions plus précises, on ne saurait considérer que les acomptes versés par L. _____ constituaient 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 terminé les travaux, ni remboursé le montant des acomptes 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.

6.

6.1. L'appelant étant libéré de l'infraction d'abus de confiance pour le cas n° 2 de l'acte d'accusation, il y a lieu de revoir la peine prononcée en première instance.

6.2.

6.2.1. L'art. 47 CP prévoit que 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).

La culpabilité de l'auteur 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 142 IV 137 consid. 9.1 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1).

Selon l'art. 41 al. 1 CP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018, le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire si une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (let. a) ou s'il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée (let. b).

6.2.2. Aux termes de l'art. 42 al. 1 CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits.

Sur le plan subjectif, pour l'octroi du sursis, le juge doit poser un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. En l'absence de pronostic défavorable, il doit accorder le sursis. Celui-ci est ainsi la règle, dont le juge ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ou hautement incertain (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2 ; TF 6B_301/2020 du 28 avril 2020 consid. 2.1). En d'autres termes, la loi présume l'existence d'un pronostic favorable et cette présomption doit être renversée pour exclure le sursis (ATF 134 IV 1 consid. 5.3.1).

6.3. X. _____ doit être reconnu coupable de gestion déloyale. Sa culpabilité n'est pas négligeable. Il a sciemment abusé de la confiance de son partenaire dans le cadre de la constitution de la société de paysagisme, détournant à son profit des valeurs patrimoniales de celle-ci. Aujourd'hui encore, il tente de justifier ses actes repréhensibles. Il minimise ses fautes et sa responsabilité. Au demeurant, ses précédentes

condamnations pénales, notamment pour détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice, faux dans les titres ou violation d'une obligation d'entretien, ne l'ont manifestement pas dissuadé. Il n'y a donc aucune prise de conscience. A décharge, il sera tenu compte de la situation financière et personnelle du prévenu au moment des faits.

Compte tenu des éléments qui précèdent et en particulier des sept condamnations qui maculent le casier judiciaire de l'intéressé, une peine privative de liberté s'impose aujourd'hui, les peines pécuniaires accordées jusqu'ici n'ayant eu aucun effet sur le comportement du prévenu qui persiste dans ses comportements répréhensibles. La quotité de la peine sera arrêté à trois mois.

Cette peine sera ferme, les nombreux antécédents pénaux ainsi que le fait que X. _____ ait repris une activité d'indépendant - ce qui apparaît relativement inquiétant considérant le profil de l'intéressé - ne permettant pas de poser un pronostique qui ne soit pas défavorable.

7.

7.1. Y. _____ a conclu à ce que lui soit accordée l'assistance judiciaire gratuite.

7.2. Aux termes de l'art. 29 al. 3 Cst., toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. Cette disposition vise à assurer à chacun, indépendamment de sa situation financière, l'accès à un tribunal ainsi que la sauvegarde effective de ses droits (ATF 131 I 350 consid. 3.1 p. 355).

L'art. 136 CPP concrétise les conditions d'octroi de l'assistance judiciaire pour la partie plaignante dans un procès pénal. Selon l'art. 136 al. 1 CPP, la direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante indigente (let. a)

pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles si l'action civile ne paraît pas vouée à l'échec (let. b). L'assistance judiciaire comprend l'exonération d'avances de frais et de sûretés (art. 136 al. 2 let. a CPP), l'exonération des frais de procédure (let. b) et/ou la désignation d'un conseil juridique gratuit, lorsque la défense des intérêts de la partie plaignante l'exige (let. c). Cette norme reprend ainsi les trois conditions cumulatives découlant de l'art. 29 al. 3 Cst., à savoir l'indigence, les chances de succès et le besoin d'être assisté.

Le législateur a sciemment limité l'octroi de l'assistance judiciaire aux cas où le plaignant peut faire valoir des prétentions civiles. Il a ainsi tenu compte du fait que le monopole de la justice répressive est par principe exercé par l'État, de sorte que l'assistance judiciaire de la partie plaignante se justifie en priorité pour défendre ses conclusions civiles (cf. Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1160 ; TF 6B_458/2015 du 16 décembre 2015 consid. 4.3.3 et références citées). L'art. 136 al. 1 CPP n'exclut cependant pas que le conseil juridique assistant le plaignant au bénéfice de l'assistance judiciaire puisse intervenir, déjà au stade de l'instruction préliminaire, également sur les aspects pénaux, qui peuvent avoir une influence sur le principe et la quotité des prétentions civiles (arrêt 6B_458/2015 du 16 décembre 2015 consid. 4.3.3 et références citées). L'assistance judiciaire gratuite est toutefois exclue pour la partie plaignante dans les cas où celle-ci souhaiterait agir que sur les aspects pénaux de l'affaire (cf. Moreillon/Parein-Reymond, Petit commentaire, Code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle 2016, n. 5 ad art. 136 CPP).

7.3. Le plaignant n'allègue, ni ne démontre d'aucune manière son indigence, de sorte que l'une des conditions cumulatives au moins de l'art. 136 CPP n'est manifestement pas réalisée.

La requête d'assistance judiciaire présentée par Y._____ doit par conséquent être rejetée.

7.4. Au demeurant, s'agissant des conclusions civiles, il ne ressort pas des pièces au dossier ou du procès-verbal d'audience de première instance qu'Y._____ aurait fait valoir des conclusions civiles en première instance. A l'audience d'appel, il a déposé des conclusions civiles chiffrées et un onglet de 13 pièces juste avant la clôture de la procédure probatoire.

Or, les prétentions civiles peuvent être élevées au plus tard lors des plaidoiries devant le tribunal du premier degré (art. 123 al. 2 CPP ; TF 6B_769/2019 du 25 octobre 2019 consid. 3.1 et les arrêts cités). Si la partie plaignante n'est pas à même de le faire, notamment parce que son dommage n'est pas encore ou pas entièrement établi, par hypothèse dans le cas d'un dommage évolutif, elle doit indiquer quelles sortes de prétentions civiles elle entend faire valoir et demander qu'elles lui soient allouées dans leur principe (ATF 127 IV 185 consid. 1a ; TF 6B_1437/2021 du 26 janvier 2022, consid. 5.1 ; TF 6B_769/2019 consid. 3.1 et les arrêts cités). La partie plaignante ne saurait en tous les cas se limiter à demander la réserve de ses prétentions civiles ou, en d'autres termes, à signaler simplement qu'elle pourrait les faire valoir ultérieurement, dans une autre procédure. Ce faisant, elle ne prend pas de conclusions civiles sur le fond (ATF 127 IV 185 consid. 1b p. 188).

Au vu de ce qui précède, les conclusions civiles prises pour la première fois par Y._____ dans le cadre de la procédure d'appel sont manifestement tardives. Partant, les pièces déposées en audience d'appel sont irrecevables et Y._____ doit être renvoyé à agir par la voie civile. Les conclusions civiles étant tardives, les réquisitions de preuve formulées par l'intéressé dans son appel joint doivent être rejetées, celles-ci visant à établir les montants encaissés par le prévenu.

8. Il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais de première instance. En effet, si les faits non retenus à la charge de X._____ au stade de l'appel ne sont pas pénalement punissables, ils sont néanmoins constitutifs d'une faute civile, l'appelant n'ayant pas exécuté le contrat qui le liait à L._____.

9. L'appel joint devant être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, il n'y pas lieu de procéder à l'administration des preuves sollicitées par l'intéressé.

10. En conclusion, l'appel principal est partiellement admis et le jugement réformé dans le sens des considérants. L'appel joint est rejeté dans la mesure où il est recevable.

Me Gindroz, avocat-stagiaire en remplacement de Me Cavargna-Debluë, défenseur d'office de X._____, a produit à l'audience d'appel une liste des opérations faisant état de 1h30 d'activité d'avocat et de 33h05 d'activité d'avocat-stagiaire. La durée d'activité de l'avocat-stagiaire est toutefois largement excessive. Au vu de la nature de la cause et considérant que c'est le même mandataire qui a effectué le travail en première et en deuxième instance et qu'il connaissait ainsi bien le dossier, il y a lieu de déduire 8h sur les 10h05 annoncées pour la préparation de l'audience d'appel, ainsi que 6h sur les 12h55 annoncées pour les recherches juridiques et établissement du projet de déclaration d'appel. En définitive, il convient donc de réduire de 14h au total la durée d'activité nécessaire d'avocat-stagiaire. C'est donc une indemnité pour la procédure d'appel d'un montant de 2'680 fr. 45, correspondant à 1h30 d'activité d'avocat breveté, au tarif horaire de 180 fr., ainsi que 19h d'activité d'avocat-stagiaire, au tarif horaire de 110 fr., plus une vacation à 80 fr., plus 48 fr. 40 de débours (2% des honoraires), plus 191 fr. 65 de TVA, qui sera allouée à Me Rachel Carvagna-Debluë.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, par 5'690 fr. 45, constitués en l'espèce de l'émolument de jugement, par 3'010 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 2'680 fr. 45, doivent être mis par moitié

à la charge de X._____, par un quart à la charge d'Y._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

Y._____, dont les conclusions de son appel joint sont rejetées dans la mesure de leur recevabilité, obtient néanmoins partiellement gain de cause, en ce sens que la condamnation de X._____ est confirmée pour le cas n° 1 de l'acte d'accusation. Ayant procédé avec l'assistance d'un mandataire professionnel, il a droit à une indemnité réduite de moitié pour les dépenses occasionnées par la procédure de deuxième instance (art. 429 al. 1 let. a CPP, applicable par renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP). Sur la base de la liste des opérations produites, celle-ci sera arrêtée à 1'962 fr. 45 (3'924.90/2). Elle sera mise à la charge de X._____.

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

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 40, 47, 50 et 158 ch. 1 CP
et 398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel de X._____ est partiellement admis et l'appel joint d'Y._____ est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

- II. Le jugement rendu le 20 juillet 2021 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est modifié d'office comme il suit aux chiffres II et III de son dispositif et par l'ajout d'un chiffre I^{bis} nouveau, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :

"I. Prend acte du retrait de plainte de L._____ ;

Ibis. Libère X. _____ du chef d'accusation d'abus de confiance ;

II. Constate que X. _____ s'est rendu coupable de gestion déloyale ;

III. Condamne X. _____ à une peine privative de liberté de 3 (trois) mois ferme ;

IV. Renvoie Y. _____ à agir par la voie civile ;

V. Met les frais de justice, par 8'163 fr. 85, à la charge de X. _____ et dit que ces frais comprennent l'indemnité allouée à son défenseur d'office, Me Rachel Cavargna-Debluë, par 4'688 fr. 85 TTC, dite indemnité, avancée par l'Etat, devant être remboursée par le condamné dès que sa situation financière le permettra."

III. Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 2'680 fr. 45, TVA et débours inclus, est allouée à Me Rachel Carvagna-Debluë.

IV. La requête d'assistance judiciaire présentée par Y. _____ est rejetée.

V. Une indemnité réduite d'un montant de 1'962 fr. 45 est allouée à Y. _____ pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure d'appel, à la charge de X. _____.

VI. Les frais d'appel, par 5'690 fr. 45, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office de l'appelant, sont mis par moitié à la charge de X. _____, par un quart à la charge d'Y. _____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

VII. X. _____ ne sera tenu de rembourser à l'Etat la moitié du montant de l'indemnité en faveur de son conseil d'office prévue au ch. III ci-dessus mise à sa charge que lorsque sa situation financière le permettra.

La présidente :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **21 janvier 2022**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Rachel Carvagna-Debluë, avocat (pour X. _____),
- Me Jean-Pierre Bloch, avocat (pour Y. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,
- Office d'exécution des peines,
- Service de la population,

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 pénales ; 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 :