



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

501 2018 100

Arrêt du 22 janvier 2019

Cour d'appel pénal

Composition

Vice-Présidente: Dina Beti
Juge: Adrian Urwyler
Juge suppléant: André Riedo
Greffier-rapporteur: Ludovic Farine

Parties

MINISTÈRE PUBLIC, appelant,

et

A. _____, partie plaignante, demandeur au pénal et au civil,
représenté par Me Jérôme Magnin, avocat, défenseur choisi

contre

B. _____, prévenu et intimé, représenté par Me Alexandre
Emery, avocat, défenseur d'office

Objet

Abus de confiance (art. 138 ch. 1 al. 2 CP)

Appel du 9 mai 2016 contre le jugement du Tribunal pénal
économique du canton de Fribourg du 12 avril 2016 – arrêt de renvoi
du Tribunal fédéral 6B_1383/2016 du 16 mai 2018

considérant en fait

A. Par jugement du 12 avril 2016, le Tribunal pénal économique du canton de Fribourg a reconnu B. _____ coupable de détournement de retenues sur les salaires, de détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice, de délit contre la aLAVS (détournement de cotisations de salariés), de délit contre la LEtr (emploi d'étrangers sans autorisation pour la période du 13 novembre au 31 décembre 2009) et de contravention à la LAVS (violation de l'obligation de renseigner) (ch. 3); il a par ailleurs classé plusieurs accusations (ch. 1) et acquitté le prévenu de plusieurs chefs de prévention (ch. 2), notamment ceux d'abus de confiance et de gestion déloyale en lien avec les faits dénoncés par A. _____ (ch. 2.1). Il l'a condamné à une peine privative de liberté d'un mois ferme, complémentaire à celle de 17 mois prononcée le 11 février 2015 par le Tribunal correctionnel de la Broye et du Nord vaudois, sous déduction de la détention avant jugement subie du 5 au 16 octobre 2014, à une peine pécuniaire ferme de 60 jours-amende à CHF 10.-, complémentaire à celles infligées le 4 août 2011 par le Ministère public de l'Est vaudois et le 10 décembre 2013 par la Cour de céans, et au paiement d'une amende de CHF 200.- (ch. 4). Le Tribunal pénal a aussi, notamment, rejeté les conclusions civiles de A. _____, ainsi que sa demande d'indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure (ch. 6), et mis les frais de procédure à la charge du prévenu à hauteur de 20 %, le solde restant à la charge de l'Etat (ch. 9).

Concernant les faits dénoncés par A. _____, seuls litigieux en appel, les premiers juges ont retenu que celui-ci, en qualité de maître d'ouvrage, avait conclu le 17 mars 2009 deux contrats d'entreprise avec la société C. _____ SA, administrée par le prévenu, en qualité d'entrepreneur, portant sur la maçonnerie et le béton armé, d'une part, et les terrassements, d'autre part, dans le cadre de la construction en deux étapes de onze villas contiguës avec parking souterrain commun. Les prix convenus se montaient, respectivement, à CHF 1'423'548.- et CHF 326'000.-, payables à 90 % en cours de travaux sur présentation des situations, le 10 % restant étant versé pour moitié à la réception provisoire sur présentation du décompte final et pour moitié au contrôle final deux ans après la réception provisoire. Le maître d'ouvrage a versé, avant que le chantier ne soit arrêté, des acomptes à hauteur de CHF 734'610.30 au total et, en sus, a payé directement, à concurrence de CHF 142'511.60, des factures de plusieurs sous-traitants de l'entrepreneur, que celui-ci n'avait pas réglées. Analysant les contrats en cause, le Tribunal pénal a considéré qu'ils constituaient de "simples" contrats d'entreprise, et non des contrats d'entreprise générale, C. _____ SA ne s'étant pas obligée à affecter le montant des acomptes au paiement des factures des fournisseurs et sous-traitants afin d'éviter les risques d'inscriptions d'hypothèques légales. Partant, il a estimé que les acomptes versés par le maître d'ouvrage ne pouvaient être qualifiés de valeurs patrimoniales confiées à la société administrée par le prévenu, avec l'instruction expresse ou tacite d'en transférer une partie aux sous-traitants, de sorte qu'en ne réglant pas certaines factures de ceux-ci le prévenu ne s'était pas rendu coupable d'abus de confiance.

B. Le Ministère public et A. _____ ont fait appel du jugement du 12 avril 2016. Le Ministère public a conclu, sous suite de frais, à ce qu'en sus des infractions retenues en première instance le prévenu soit reconnu coupable d'abus de confiance, commis au préjudice de A. _____, et à ce qu'en conséquence la privation de liberté soit augmentée à 15 mois ferme, peine complémentaire à celle prononcée le 11 février 2015 par le Tribunal correctionnel de la Broye et du Nord vaudois. Quant à A. _____, il a conclu également, sous suite de frais, à ce que le prévenu soit reconnu coupable d'abus de confiance, à ce qu'une peine complémentaire soit fixée et à ce que ses conclusions civiles soient admises.

B. _____ a conclu au rejet des appels, les frais d'appel étant mis à la charge de l'Etat, une équitable indemnité lui étant allouée.

C. La Cour d'appel pénal a siégé le 11 novembre 2016. Après l'interrogatoire du prévenu, les parties ont plaidé, répliqué et dupliqué. Par arrêt du même jour, la Cour d'appel pénal a rejeté les appels du Ministère public et de A. _____ et confirmé l'acquittement du prévenu du chef de prévention d'abus de confiance par substitution de motifs. Sans trancher la question de savoir si les fonds reçus par le prévenu de la part de la partie plaignante étaient des fonds confiés au sens de la jurisprudence, elle a relevé que le prévenu n'avait de toute manière pas bénéficié d'un enrichissement illégitime aux dépens du plaignant. En effet, dès lors que, *in dubio pro reo*, la somme versée par ce dernier pour payer des sous-traitants alors même que ceux-ci auraient dû être rémunérés au moyen des fonds remis à B. _____, était inférieure à la différence entre la valeur des prestations fournies par C. _____ SA et le total des acomptes versés, l'enrichissement illégitime n'était pas établi.

D. Le Ministère public a recouru au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 11 novembre 2016 (cause 6B_1383/2016). Par arrêt du 16 mai 2018, celui-ci a admis le recours, annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause à la Cour d'appel pénal pour nouvelle décision. Il a retenu que la cour cantonale n'avait pas apprécié l'ensemble des preuves qui lui étaient soumises et que, si un doute devait encore subsister, elle aurait pu administrer d'office des preuves complémentaires.

E. Invités à se déterminer sur la suite de la procédure, le prévenu et le Ministère public ont renoncé à requérir l'administration de nouveaux moyens de preuve. Quant à A. _____, il a sollicité la production, par l'entreprise D. _____ SA, des factures détaillées mentionnées dans son récapitulatif, subsidiairement l'audition des responsables de cette entreprise. Sommée de produire ces documents, l'entreprise D. _____ SA s'est exécutée en date du 10 octobre 2018. A la requête de la direction de la procédure, A. _____ a par ailleurs produit en date du 12 novembre 2018 le bon de paiement n° 90 ainsi que la "situation" n° 4.

Le 8 janvier 2019, un extrait actualisé du casier judiciaire concernant le prévenu a été versé au dossier.

F. La Cour d'appel pénal a siégé une nouvelle fois le 22 janvier 2019. Ont comparu le prévenu, assisté de son mandataire, la représentante du Ministère public, ainsi que la partie plaignante, assistée de son mandataire. Le Ministère public et la partie plaignante ont confirmé leurs conclusions et l'intimé a conclu au rejet de l'appel.

Le prévenu a ensuite été entendu. Après la clôture de la procédure probatoire, les représentants des parties ont plaidé, répliqué et dupliqué. Enfin, B. _____ a eu la parole pour son dernier mot.

en droit

1.

1.1. Tant le Ministère public que la partie plaignante, qui a un intérêt digne de protection puisqu'elle conclut à l'admission de ses conclusions civiles, ont en principe qualité pour interjeter appel (art. 104 al. 1 let. b et c, 381 al. 1, 382 al. 1 et 399 al. 1 et 3 CPP). Les appels sont intervenus dans les formes prévues et les délais impartis et répondent aux exigences légales (art. 384 let. a, 399 al. 1 et 3 CPP). Ils sont par conséquent recevables.

S'agissant de l'appel de A. _____, il convient cependant de préciser que, dans la mesure où il n'a pas recouru contre l'arrêt de la Cour d'appel pénal du 11 novembre 2016, la décision rejetant son appel est entrée en force. A. _____, partie plaignante, demandeur au pénal et au civil, conserve néanmoins la qualité de partie dans le cadre de la procédure d'appel relative à l'appel interjeté par le Ministère public.

1.2. Conformément au principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi, l'autorité cantonale à laquelle une affaire est renvoyée est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral. Sa cognition est limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a déjà été tranché définitivement par le Tribunal fédéral, ainsi que par les constatations de fait qui n'ont pas été critiquées devant lui (ATF 104 IV 276 consid. 3d; arrêt TF 6B_187/2015 du 28 avril 2015 consid. 1.1.2). Les parties, quant à elles, ne peuvent plus faire valoir dans le recours contre la nouvelle décision cantonale des moyens que le Tribunal fédéral avait expressément rejetés dans l'arrêt de renvoi ou dont il n'avait pas eu à connaître, faute pour elles de les avoir invoqués dans la première procédure de recours alors qu'elles pouvaient le faire. Elles ne peuvent non plus formuler des conclusions dépassant celles prises dans leur précédent recours devant le Tribunal fédéral (ATF 135 III 334 consid. 2; arrêt 6B_817/2015 du 2 avril 2015 consid. 1.1). Les points de la décision attaquée qui n'ont pas été remis en cause dans le recours au Tribunal fédéral, ceux qui ne l'ont pas été valablement et ceux sur lesquels le recours a été écarté sont ainsi définitivement acquis et ne peuvent plus être réexaminés par l'autorité à laquelle la cause est renvoyée (arrêt TF 6B_977/2008 du 5 février 2009 consid. 4.1.1).

En l'espèce, dans la première phase de la procédure d'appel, étaient seuls contestés l'acquittement du prévenu du chef de prévention d'abus de confiance, qui aurait été commis au préjudice de A. _____, ainsi que, par voie de conséquence, la quotité de la peine et le sort des conclusions civiles du plaignant. A l'exception de ces trois points, l'ensemble du jugement de première instance est dès lors entré en force (art. 399 al. 4 et 402 a contrario CPP), en particulier l'acquittement du prévenu du chef de prévention de gestion déloyale en lien avec les faits dénoncés par la partie plaignante.

Par ailleurs, dans son recours au Tribunal fédéral, le Ministère public n'a contesté que l'acquittement du prévenu du chef de prévention d'abus de confiance, sans thématiser d'autres éléments de l'arrêt du 11 novembre 2016, notamment la répartition des frais de justice. De son côté, A. _____ n'a pas recouru contre l'arrêt précité, en particulier en ce qui concerne le rejet de ses conclusions civiles. Sous réserve de la question de la quotité de la peine (cf. consid. 3 ci-après), ces points sont donc également entrés en force.

1.3. La procédure est en principe orale (art. 405 CPP), sauf exceptions non réalisées en l'espèce (art. 406 al. 1 et 2 CPP). Cela signifie que, comme en première instance, la Cour d'appel procède en règle générale à l'audition du prévenu. Elle se fonde en principe sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (art. 389 al. 1 CPP). A l'instar du tribunal de première instance, elle conserve cependant la possibilité de faire administrer une nouvelle fois toutes les preuves qui lui sont essentielles pour juger de la culpabilité et de la peine ou qui sont importantes pour forger la conviction intime des membres du tribunal (art. 389 al. 2 CPP). La Cour d'appel peut également administrer, d'office ou sur requête, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (art. 389 al. 3 CPP).

En l'espèce, la Cour d'appel pénal a complété l'administration des preuves conformément aux instructions du Tribunal fédéral, à certaines réquisitions de preuves de la partie plaignante, et d'office. Elle a en outre entendu le prévenu.

2.

L'appelant critique l'acquittement du prévenu de l'accusation d'abus de confiance. Il résulte de sa motivation qu'il critique l'établissement des faits par les premiers juges.

2.1. Aux termes de l'art. 138 ch. 1 CP, commet un abus de confiance 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 un autre rapport juridique, il ne puisse en faire qu'un usage déterminé; en d'autres termes, il l'a reçue, à charge pour lui d'en disposer au gré d'un tiers, notamment de la conserver, de la gérer ou de la remettre. Le comportement délictueux consiste à utiliser la valeur patrimoniale contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée. L'art. 138 ch. 1 al. 2 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 (arrêt TF 6B_1022/2014 du 9 juillet 2015 consid. 1.2 et les références citées). L'un des éléments de cette infraction est le caractère de chose confiée de l'objet ou de l'argent que l'auteur s'est approprié sans droit. Ce dernier acquiert, grâce à la confiance dont il jouit, la possibilité de disposer de la chose appartenant à autrui; en d'autres termes, un pouvoir sur la chose d'autrui doit lui avoir été confié à la suite d'un accord avec le propriétaire de dite chose. Ainsi, une chose est confiée lorsqu'elle est remise ou laissée à l'auteur pour qu'il l'utilise de manière déterminée dans l'intérêt d'autrui, en particulier pour la garder, l'administrer ou la livrer selon des instructions qui peuvent être expresses ou tacites (cf. ATF 117 IV 256 consid. 1a). Pour que l'on puisse parler d'une somme confiée, il faut cependant que l'auteur agisse comme auxiliaire du paiement ou de l'encaissement, en tant que représentant direct ou indirect. Cette condition n'est pas remplie lorsque l'auteur reçoit l'argent pour lui-même, en contrepartie d'une prestation qu'il a fournie pour son propre compte, même s'il doit ensuite verser une somme équivalente sur la base d'un rapport juridique distinct; l'inexécution de l'obligation de reverser une somme ne suffit pas à elle seule pour constituer un abus de confiance (cf. ATF 118 IV 239 consid. 2b; arrêt TF 6B_377/2009 du 20 juillet 2009 consid. 4.1). Nonobstant ce qui précède, il y a lieu de mettre en évidence la destination convenue des fonds et l'intérêt que représente le respect de cette destination pour celui qui le remet. On peut en déduire que l'utilisation de l'argent remis contrairement à sa destination convenue peut être constitutive d'un abus de confiance lorsqu'elle est de nature à créer un dommage à celui qui l'a remis (cf. ATF 129 IV 257 consid. 2.2).

Au plan subjectif, l'infraction suppose l'intention, le dol éventuel étant suffisant, et un dessein d'enrichissement illégitime (cf. PC CP, 2^e éd. 2017, art. 138 n. 22, 43 et 45). En matière d'abus de confiance, la condition du dessein d'enrichissement illégitime est remplie dès que l'auteur fait usage à son profit ou au profit de tiers du bien confié sans avoir à tout instant la volonté et la possibilité de respecter les termes du rapport de confiance et l'affectation prévue par ce biais (cf. ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2).

2.2. La présomption d'innocence, garantie par les art. 10 CPP, 32 al. 1 Cst., 14 par. 2 Pacte ONU II et 6 par. 2 CEDH, ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves au sens large. En tant que règle sur le fardeau de la preuve, elle signifie, au stade du jugement, que le fardeau de la preuve incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu. Comme règle d'appréciation des preuves, la présomption d'innocence 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 de 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. 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 (cf. arrêt TF 6B_988/2018 du 2 novembre 2018 consid. 1.1.1; ATF 143 IV 500 consid. 1.1).

2.3. En l'espèce, dans le cadre d'un projet de construction de 11 villas contiguës à E. _____, A. _____ en qualité de maître de l'ouvrage, et C. _____ SA, représentée par son administrateur unique B. _____, ont conclu le 17 mars 2009 deux contrats d'entreprise. Le premier portait sur les travaux de maçonnerie et de béton armé, pour un montant total de CHF 1'423'548.- (DO 2031 ss et 20000 ss), le second sur les travaux de terrassement pour CHF 326'000.- (DO 2035 ss et 20041 ss).

Les deux contrats précités portent sur l'exécution de travaux de maçonnerie et béton armé, d'une part, et de terrassement, d'autre part, par C. _____ SA, sans que le recours à des sous-traitants ne soit expressément ni convenu, ni exclu. Néanmoins, l'examen des soumissions déposées par l'entrepreneur avant que les travaux ne lui soient adjugés (DO 20003 ss et 20044 ss) montre que celui-ci s'est engagé à fournir différentes prestations – telles que des échafaudages, du béton, le remblayage avec fourniture de matériaux – pour lesquelles il devait forcément faire appel à des fournisseurs externes, c'est-à-dire à des sous-traitants. Il était ainsi patent pour les deux cocontractants que l'entrepreneur allait devoir régler des factures de ses sous-traitants. Cette situation ouvre la porte à deux raisonnements possibles. Soit on admet que, sachant que l'entrepreneur allait forcément recourir à des sous-traitants, il appartenait au maître de l'ouvrage de s'assurer, au moyen d'une clause contractuelle, que les fonds versés à l'entrepreneur serviraient en priorité à rémunérer les sous-traitants, de sorte que, si le contrat – rédigé par le maître de l'ouvrage – ne contient aucune clause de ce genre, le maître de l'ouvrage ne peut s'en prendre qu'à lui-même si l'entrepreneur utilise les fonds à d'autres fins. Soit on retient que, dès lors qu'il était évident pour tous que l'entrepreneur allait recourir à des sous-traitants, il était tout aussi clair pour l'entrepreneur qu'il lui incombait de rémunérer ceux-ci avec les acomptes versés par le maître de l'ouvrage.

Le second raisonnement est appuyé par la jurisprudence. En effet, dans son arrêt 6B_972/2018 du 20 novembre 2018, le Tribunal fédéral a rappelé que, dans le cadre d'un contrat d'entreprise, les acomptes versés par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur constituent des valeurs patrimoniales confiées pour autant que les parties aient convenu de l'affectation des acomptes, par exemple au règlement des factures relatives à la construction faisant l'objet du contrat. Il en va en particulier ainsi, à défaut d'une convention contraire, des versements du maître de l'ouvrage à l'entrepreneur général, dans la mesure où ces montants doivent servir à l'achat du matériel et au paiement des sous-traitants (consid. 2.2.1). Il convient d'interpréter le contrat afin de trouver la réelle et commune intention des parties, ce qui peut résulter d'indices comme, non seulement, la teneur des déclarations de volonté – écrites ou orales – mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté réelle des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (consid. 2.2.2). Or en l'espèce, si les contrats ne sont pas limpides quant à l'affectation des acomptes versés par le maître de l'ouvrage, il faut néanmoins constater que, dans un document signé par les parties le 6 octobre 2009 (cf. DO 20071 s., ch. 11 et 16), le

prévenu s'est engagé formellement à payer les sous-traitants. Il apparaît ainsi que, par cet engagement, il a reconnu que les versements du plaignant constituaient des valeurs patrimoniales confiées. S'il soutient aujourd'hui le contraire, il est dès lors de mauvaise foi.

De plus, ainsi que l'a relevé le Ministère public, ce qui précède est aussi appuyé par la réglementation légale en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. En effet, aux termes de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, les artisans et entrepreneurs employés à la construction de bâtiments ou d'autres ouvrages, peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail, ou du travail seulement, que leur débiteur soit le propriétaire foncier ou un autre artisan ou entrepreneur. Le principe à la base de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC est que la plus-value créée par la construction doit garantir les créances des entrepreneurs et artisans dont les prestations sont à l'origine de cette plus-value. Ce privilège est d'autant plus de mise que, à la suite de leur incorporation à l'immeuble, dont ils sont devenus partie intégrante, les matériaux ne peuvent plus être séparés. Les artisans et entrepreneurs, qui sont en principe tenus de s'exécuter d'abord, ne peuvent exercer un droit de rétention sur les matériaux intégrés à l'ouvrage ni stipuler une réserve de propriété (cf. ATF 131 III 300 consid. 3). Le sous-traitant, ayant droit expressément visé par l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, n'a pas de lien contractuel avec le propriétaire de l'immeuble mais peut faire valoir son droit à la constitution d'une hypothèque sur l'immeuble ayant bénéficié des travaux (cf. CR CC II – BOVEY, 2016, art. 839 n. 24). Le droit du sous-traitant peut être exercé même si l'entrepreneur général a été payé par le propriétaire. Celui-ci risque donc de devoir payer à double pour éviter que l'immeuble ne soit grevé d'un gage ou réalisé (cf. BOVEY, art. 839 n. 25). En d'autres termes, à concurrence de la prétention du sous-traitant, l'ouvrage est affecté d'un défaut (cf. BOVEY, art. 839 n. 27) qui en diminue la valeur. La situation est ainsi comparable à celle qui avait donné lieu à l'ATF 124 IV 9 (consid. 1f), où il a été admis, compte tenu du risque encouru, qu'un devoir d'utiliser les fonds conformément à leur destination existe pour le preneur d'un crédit à la construction qui s'est engagé envers la banque à investir les fonds dans le bâtiment, ledit bâtiment servant de garantie pour le prêteur.

Dans ces conditions, compte tenu de la situation particulière créée par la réglementation de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ouverte aux sous-traitants et de la convention particulière entre les parties exposée ci-dessus, il y a lieu d'admettre que, dès lors qu'il était évident pour les deux cocontractants que C. _____ SA allait faire appel à des sous-traitants, il lui incombait de rémunérer ceux-ci au moyen des acomptes versés par le maître de l'ouvrage, celui-ci pouvant de son côté compter là-dessus. Compte tenu du risque encouru par le propriétaire maître de l'ouvrage, en cas de défaut de paiement des sous-traitants, de se voir recherché par ceux-ci par le biais de procédures en inscription d'hypothèques légales des artisans et entrepreneurs, il existait ainsi un rapport particulier de confiance entre le plaignant et le prévenu quant à l'utilisation d'une partie des fonds transférés par le premier au second, ce qui implique qu'ils ont été confiés dans un but déterminé, au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP.

2.4. Il reste à déterminer dans quelle mesure il y a eu dessein d'enrichissement illégitime, ce qui implique d'examiner si des fonds qui ont été confiés au prévenu pour rémunérer les sous-traitants n'auraient pas été utilisés à cet effet.

Il est établi (DO 9381 ss) que le maître de l'ouvrage a versé, entre le 4 mai et le 10 septembre 2009, des acomptes pour un montant total de CHF 734'610.30; à cet égard, il est admis (DO 3002 et 3028) que, selon l'usage général sur les chantiers, les versements avaient lieu après l'exécution des travaux, sur la base d'une "situation" présentée en fin de mois. Le dernier acompte versé, soit celui du 10 septembre 2009 (DO 9387), concernait ainsi des travaux exécutés et facturés antérieurement à cette date, ainsi que cela ressort du bon de paiement n° 90 du 30 août 2009 et

de la "situation" n° 4 (*recte*: 5) du 14 août 2009, produits en appel par la partie plaignante. Le chantier a ensuite été arrêté le 6 octobre 2009 (DO 20076) et, le lendemain, le plaignant a indiqué au prévenu qu'il bloquait tout paiement en faveur de sa société (DO 20079). Or, selon l'expertise réalisée dans le cadre de l'instruction, les travaux réalisés par C._____ SA avaient une valeur totale de CHF 810'448.66 (DO 4075). L'expertise comporte toutefois deux erreurs: d'une part, la valeur brute des travaux de terrassements s'élève à CHF 161'385.90 (DO 20272), et non à CHF 165'385.90 comme indiqué; d'autre part, elle tient compte d'une déduction de CHF 2'420.80 à titre de prorata, alors que, selon la copie du contrat produite en annexe à la plainte pénale (DO 2036), cette déduction a été supprimée par le maître d'ouvrage. Il faut certes préciser qu'un autre exemplaire du contrat, produit dans le cadre de la procédure d'hypothèque légale, figure au dossier (DO 20042) et que le prorata n'y est pas supprimé; cependant, il y a lieu de privilégier la pièce déposée directement dans la procédure pénale, ce qui est par ailleurs conforme au principe *in dubio pro reo*. Après application de ces corrections, le total net des travaux de terrassement se monte à CHF 133'735.70 (CHF 161'385.90 - CHF 24'422.50 - CHF 3'227.70), soit CHF 143'899.60 après adjonction de la TVA à hauteur de CHF 10'163.90 (7.6 % de CHF 133'735.70). Partant, le total de tous les travaux a une valeur de CHF 813'053.40 (CHF 143'899.60 + CHF 669'153.80). Il en résulte donc un manco, pour l'entrepreneur, de CHF 78'443.10 (CHF 813'053.40 - CHF 734'610.30), de sorte qu'*a priori* il semble ne pas avoir reçu des sommes suffisantes pour rémunérer tous les travaux exécutés.

Cela étant, A._____ a établi (DO 9335 à 9380) avoir réglé lui-même plusieurs factures de fournisseurs, par CHF 142'511.60 au total. Cependant, l'un de ces paiements, d'un montant de CHF 74'000.- en faveur de F._____, repose sur un décompte du 30 octobre 2009 et a été effectué le 19 novembre 2009 (DO 9375 et 9376, ainsi que décompte produit en appel par le plaignant le 27 août 2018). A la requête de la Cour d'appel pénal, l'entreprise D._____ SA a produit, le 10 octobre 2018, les factures mentionnées sur le décompte du 30 octobre 2009. L'analyse de ces documents permet de constater que les factures concernent des travaux exécutés entre le 26 août et le 22 septembre 2009 et se réfèrent à des contrats conclus les 25 août et 7 septembre 2009. De plus, elles sont toutes postérieures à la date du 14 août 2009. Or, les contrats d'entreprise conclus le 17 mars 2009 contiennent la clause suivante (DO 2033 et 2036): "*Les situations et factures définitives des travaux seront envoyées en 3 exemplaires, au nom du maître de l'ouvrage, à l'architecte au plus tard le 15 du mois afin que ce dernier puisse établir les ordres de paiement pour la fin du mois*". De plus, le dernier acompte versé à C._____ SA par le plaignant en date du 10 septembre 2009 (DO 9387) portait sur des travaux facturés au maître de l'ouvrage en date du 14 août 2009, ainsi que cela ressort du bon de paiement n° 90 du 30 août 2009 et de la "situation" n° 4 du 14 août 2009 qui sont à l'origine de ce versement de CHF 203'364.- (DO 9387 et documents produits en appel par le plaignant le 12 novembre 2009). Dans ces conditions, les factures figurant sur le décompte du 30 octobre 2009 ne peuvent pas être considérées comme couvertes par les sommes versées au prévenu. Du reste, dans le document du 6 octobre 2009 (cf. DO 20072), celui-ci s'est engagé à régler les factures des sous-traitants "*sous réserve que l'architecte paye*", ce qui renforce ses déclarations selon lesquelles il n'avait pas reçu le paiement de toute la contrevaletur des prestations fournies. Il en résulte qu'au maximum, le plaignant pourrait être considéré comme ayant acquitté des factures "à double" – soit à la fois directement et par le versement d'acomptes à l'entrepreneur – pour un total de CHF 68'511.60 (CHF 142'511.60 - CHF 74'000.-). Cette somme étant inférieure à la différence entre la valeur des prestations fournies par C._____ SA et le total des acomptes versés, soit les CHF 78'443.10 mentionnés plus haut, il n'est pas établi que le prévenu, qui n'a pas reçu

suffisamment d'argent pour couvrir l'intégralité des prestations fournies par lui-même ou des sous-traitants, aurait eu un quelconque dessein d'enrichissement.

On ajoutera encore que le fait que le Président du Tribunal civil de la Veveyse a, par ordonnance de mesures provisionnelles du 26 février 2010 (DO 2107 ss) rejeté la requête d'inscription d'une hypothèque légale de C. _____ SA au motif que le maître de l'ouvrage a effectué des paiements directs aux sous-traitants à déduire du solde encore dû à l'entrepreneur et que ces paiements excédaient ce solde, ne saurait être déterminant. En effet, d'une part, le juge pénal n'est pas lié par une décision civile (cf. arrêt TF 6B_514/2011 du 26 octobre 2011 consid. 1.2.3). D'autre part, et à la différence du procès pénal, l'ordonnance de mesures provisionnelles est rendue à l'issue d'une procédure dans laquelle le juge se limite à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (cf. ATF 139 III 86 consid. 4.2; 131 III 473 consid. 2.3).

Au vu de ce qui précède, l'acquiescement de B. _____ du chef de prévention d'abus de confiance doit être confirmé, par substitution de motifs.

3.

La quotité de la peine n'est critiquée que comme conséquence de la condamnation demandée pour abus de confiance, ainsi que cela résulte de la déclaration d'appel du Ministère public et comme la représentante de celui-ci l'a confirmé en séance du 11 novembre 2016. Dès lors, compte tenu de la confirmation de l'acquiescement du prévenu, la Cour n'est pas tenue de revoir cette question à titre indépendant (arrêt TF 6B_419/2014 du 9 janvier 2015 consid. 2.3). Certes, dans un arrêt 6B_1033/2018 et 6B_1040/2018 du 27 décembre 2018, le Tribunal fédéral a jugé que, bien que le prévenu n'ait pas critiqué en appel la quotité de la peine à titre indépendant, l'instance d'appel – à laquelle la cause avait été retournée par le Tribunal fédéral pour qu'elle examine si une infraction retenue en première instance devait être confirmée ou non – devait, en cas d'acquiescement à cet égard, fixer à nouveau la peine, et cela librement; il a précisé que l'arrêt de renvoi, qui n'examinait aucunement la sanction, ne s'y opposait pas (consid. 2.4). La situation est cependant différente ici, dès lors que le prévenu a été acquitté en première instance de l'infraction d'abus de confiance, que cet acquiescement est confirmé par la Cour de céans et qu'aucun grief indépendant n'a été élevé par les parties au sujet de la fixation de la peine.

4.

S'agissant des conclusions civiles, leur sort n'a pas été contesté par-devant le Tribunal fédéral de sorte que l'autorité de renvoi empêche la Cour de céans de les examiner à nouveau (cf. consid. 1.2 ci-avant). Au surplus et pour autant que nécessaire, on notera que, dès lors que l'acquiescement du prévenu est confirmé, le rejet des conclusions civiles du plaignant – que celui-ci ne critiquait que comme conséquence de la condamnation demandée pour abus de confiance – doit être confirmé.

5.

5.1. Selon l'art. 426 al. 1 CPP, le prévenu supporte les frais de procédure s'il est condamné. Quant aux frais d'appel, ils sont à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP); si elle rend une nouvelle décision, l'autorité d'appel se prononce également sur les frais fixés par l'autorité inférieure (art. 428 al. 3 CPP).

En l'espèce, la répartition des frais de justice, de même que la fixation de l'indemnité du défenseur d'office pour la première phase de la procédure d'appel sont entrés en force (cf. consid. 1.3 ci-avant).

S'agissant des frais de la seconde phase de la procédure d'appel, il se justifie de les laisser à la charge de l'Etat, l'appel du Ministère public étant rejeté. Les frais judiciaires de la seconde phase de la procédure d'appel sont fixés, hors indemnité du défenseur d'office, à CHF 2'000.- pour l'émolument et CHF 200.- de débours forfaitaires.

Quant aux frais de première instance, compte tenu du rejet des appels, il n'y a pas lieu de modifier leur répartition.

5.2. Les débours comprennent notamment les frais imputables à la défense d'office et à l'assistance judiciaire gratuite (art. 422 al. 2 let. a CPP) Le tribunal qui statue au fond fixe l'indemnité à la fin de la procédure, conformément au tarif du canton du for du procès (art. 135 al. 1 et 2 CPP).

En l'espèce, le prévenu a été mis au bénéfice d'une défense d'office par décision du 7 juillet 2014 (DO 7032-7033). Cette désignation vaut également pour la procédure d'appel.

Selon l'art. 57 al. 1 RJ, l'indemnité du défenseur d'office doit être fixée compte tenu du travail requis ainsi que de l'importance et de la difficulté de l'affaire. L'indemnité horaire est de CHF 180.- en cas de fixation sur la base d'une liste de frais détaillée (art. 57 al. 2 RJ). Les débours pour les frais de copie, de port et de téléphone nécessaires à la conduite du procès sont remboursés sous la forme d'un forfait de 5 % de l'indemnité de base (art. 58 al. 2 RJ). Pour les déplacements à l'intérieur de la localité où est située l'étude, l'indemnité aller-retour est fixée forfaitairement à CHF 30.-. Enfin, le taux de la TVA était de 8 % jusqu'au 31 décembre 2017 et est de 7.7 % depuis cette date (art. 25 al. 1 de la loi du 12 juin 2009 sur la TVA [LTVA; RS 641.20]).

Pour la seconde phase de la procédure d'appel, sur la base de la liste de frais de Me Alexandre Emery, il y a lieu de retenir que lui-même et son collaborateur ont consacré environ une douzaine d'heures à la défense des intérêts de leur client, dont notamment quelque 8 heures pour la préparation de la séance de la Cour, 1 ½ heure pour la participation à celle-ci et 1 heure – ajoutée d'office – pour la prise de connaissance du présent arrêt et son explication au mandant. Après adjonction du forfait correspondance demandé, par CHF 200.-, les honoraires de Me Emery se montent donc à CHF 2'360.- (12 x CHF 180.- + CHF 200.-), auxquels s'ajoutent les débours par CHF 118.- (5 % de CHF 2'360.-), les frais de vacation par CHF 30.-, ainsi que la TVA à concurrence de CHF 193.10 (7.7 % de CHF 2'508.-). L'indemnité totale due à Me Alexandre Emery pour la défense de son mandant est donc de CHF 2'701.10, TVA par CHF 193.10 comprise.

5.3. B. _____ étant au bénéfice d'une défense d'office, il ne peut prétendre à l'octroi d'une indemnité au sens de l'art. 429 al. 1 CPP (ATF 138 IV 205 consid. 1).

5.4. A. _____ réclame une équitable indemnité pour ses frais de défense en appel. Toutefois, dès lors que l'appel du Ministère public a été rejeté et le jugement attaqué confirmé, aucune indemnité ne lui est due (art. 433 al. 1 CPP *a contrario*).

(dispositif en page suivante)

la Cour arrête:

I. L'appel du Ministère public est rejeté.

Il est pris acte que le rejet de l'appel de A. _____ est entré en force.

Partant, les chiffres 2, 3, 4 et 6 du dispositif du jugement prononcé le 12 avril 2016 par le Tribunal pénal économique du canton de Fribourg sont confirmés dans la teneur suivante:

"2. B. _____ est acquitté des chefs de prévention:

2.1 d'abus de confiance (art. 138 CP) et de gestion déloyale (art. 158 CP) (cf. ch. 1. A) a) de l'acte d'accusation);

2.2 de faux dans les titres (art. 251 CP), de gestion fautive (art. 165 ch. 1 et 29 CP) et de gestion déloyale (art. 158 ch. 1 al. 1 CP) (cf. ch. 1. A) b) de l'acte d'accusation);

2.3 de détournement de retenues sur les salaires (société C. _____ SA: période de février à avril 2010) (art. 159 et 29 CP) (cf. ch. 1. A) d) de l'acte d'accusation);

2.4 de complicité de violation d'une obligation d'entretien (art. 217 al. 1 et 25 CP) (cf. ch. 1. A) f) de l'acte d'accusation);

2.5 de violation de l'obligation de tenir une comptabilité (art. 166 CP) (cf. ch. 1. A) j) de l'acte d'accusation).

3. B. _____ est reconnu coupable de détournement de retenues sur les salaires, de détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice, de délit contre la aLAVS – détournement de cotisations de salariés, de délit contre la LEtr – emploi d'étrangers sans autorisation (période: du 13 novembre 2009 au 31 décembre 2009) et de contravention à la LAVS - violation de l'obligation de renseigner, et, en application des art. 159 et 29 CP, art. 169 CP, art. 87 al. 3 et 89 al. 1 aLAVS, art. 117 al. 1 LEtr, art. 88 al. 1 et 89 al. 1 LAVS, art. 34, 40, 47, 49 al. 1 et 2, 51 et 106 CP.

4. Il est condamné à une peine privative de liberté de 1 mois ferme complémentaire à celle de 17 mois du 11 février 2015 du Tribunal correctionnel de la Broye et du Nord vaudois, sous déduction de la détention avant jugement subie du 5 au 16 octobre 2014, à une peine pécuniaire de 60 jours-amende ferme, le montant du jour-amende étant fixé à CHF 10.-, complémentaire à celles du 4 août 2011 du Ministère public de l'Est vaudois et du 10 décembre 2013 de la Cour d'appel pénal de Fribourg, et au paiement d'une amende de CHF 200.-.

En cas de non-paiement de la peine pécuniaire dans le délai qui sera fixé dans la facture et si celle-ci est inexécutable par la voie de la poursuite pour dettes, elle fera place à 60 jours de peine privative de liberté (art. 36 al. 1 CP).

En cas de non-paiement de l'amende dans le délai qui sera fixé dans la facture et si celle-ci est inexécutable par la voie de la poursuite pour dettes, elle fera place à 2 jours de peine privative de liberté de substitution (art. 106 al. 2 et 3 CP).

(...)

6. Les conclusions civiles formulées par A. _____ sont rejetées.

La demande formulée par A._____ tendant à une juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure, au titre de l'art. 433 al. 1 let. a CPP a contrario, est rejetée."

Pour le surplus, il est pris acte de l'entrée en force des chiffres 1, 5, 7, 8 et 9 du dispositif de ce jugement, dans la teneur suivante: "Le Tribunal pénal économique

1. classe les accusations:

1.1 de délit contre la LEtr (art. 117 al. 1 LEtr) en raison du principe *ne bis in idem* (cf. ch. 1. A) e) de l'acte d'accusation: période du 1^{er} mars 2009 au 12 novembre 2009);

1.2 de contravention à la LAVS – violation de l'obligation de renseigner (art. 88 al. 1 et 89 al. 1 LAVS) en raison de l'acquisition de la prescription de l'action pénale (art. 109 CP) (cf. ch. 1. A) g) et h) de l'acte d'accusation);

1.3 de violation d'une obligation d'entretien (art. 217 CP) en raison de l'absence de plainte pénale (cf. ch. 1. B) c) de l'acte d'accusation);

1.4 de violation d'une obligation d'entretien (art. 217 al. 1 CP) en raison du retrait des plaintes pénales du Service de l'action sociale du 6 janvier 2010 (recte: 2011) et du 17 janvier 2012 (art. 33 CP) (cf. ch. 1. B) a) et b) de l'acte d'accusation);

1.5 d'inobservation par le débiteur des règles de la procédure de poursuite pour dettes ou de faillite (art. 323 ch. 4 CP) (cf. ch. 1. A) j) de l'acte d'accusation);

(...)

5. confisque les deux classeurs blancs intitulés "Quittances 2010" et "Comptabilité 2009" (cf. procès-verbal de l'audience du 7 mars 2016);

(...)

7. déclare irrecevable la demande formulée par B._____ tendant à une juste indemnité pour les dépenses occasionnées par les conclusions civiles au titre de l'art. 432 al. 1 CPP;

8. fixe l'équitable indemnité due à Me Alexandre Emery, avocat à Fribourg, défenseur d'office de B._____, au montant de CHF 18'660.50 (honoraires [à un tarif horaire de CHF 180.-] CHF 16'205.-; débours CHF 1'073.25; TVA à 8 % CHF 1'382.25);

dit que les frais afférents à la défense d'office de B._____ sont supportés par l'Etat de Fribourg, à charge pour le bénéficiaire de les rembourser à l'Etat à raison de 20 % dès que sa situation financière le permet (art. 135 al. 1 et 4 CPP);

9. condamne B._____, en vertu des art. 421 et 426 CPP, au paiement de 20 % des frais de procédure, le solde étant laissé à la charge de l'Etat pour tenir compte des acquittements et chefs de prévention non retenus (émolument global CHF 10'000.-; débours globaux CHF 21'229.65, soit CHF 2'569.15 [factures MP CHF 15'333.95 ./ frais témoin G._____ CHF 147.80 ./ frais d'expertise CHF 13'075.- + frais dossier CHF 458.-] + défense d'office CHF 18'660.50)."

II. Il est pris acte que les frais judiciaires de la première phase de la procédure d'appel, fixés à CHF 2'300.- (émolument: CHF 2'000.-; débours forfaitaires: CHF 300.-), sont mis à la charge de l'Etat de Fribourg et de A._____, à raison de la moitié chacun.

Les frais judiciaires de la seconde phase de la procédure d'appel, fixés à CHF 2'200.- (émolument: CHF 2'000.-; débours forfaitaires: CHF 200.-), sont laissés à la charge de l'Etat de Fribourg.

III. Il est pris acte de l'entrée en force de l'indemnité de défenseur d'office de B. _____ due à Me Alexandre Emery pour la première phase de la procédure d'appel au montant de CHF 4'114.80, TVA par CHF 304.80 comprise.

L'indemnité de défenseur d'office de B. _____ due à Me Alexandre Emery pour la seconde phase de la procédure d'appel est fixée à CHF 2'701.10, TVA par CHF 193.10 comprise.

IV. Aucun indemnité au sens de l'art. 429 CPP n'est octroyée pour l'appel à B. _____.

V. Aucune indemnité au sens de l'art. 433 CPP n'est octroyée pour l'appel à A. _____.

VI. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral dans les trente jours dès la notification de l'arrêt rédigé. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

En tant qu'il concerne la fixation d'indemnités de défenseur d'office, cet arrêt peut faire l'objet de la part du défenseur d'office d'un recours au Tribunal pénal fédéral (art. 135 al. 3 let. b CPP) dans les dix jours dès la notification de l'arrêt rédigé (art. 396 al. 1 CPP). La procédure est régie par les art. 379 à 397 CPP (art. 39 de la loi du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération, RS 173.71). L'acte de recours doit être adressé au Tribunal pénal fédéral, case postale 2720, 6501 Bellinzone.

Fribourg, le 22 janvier 2019/dbe/lfa

La Vice-Présidente:

Le Greffier-rapporteur: