Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.151/2003 /rod

Arrêt du 30 juin 2003
Cour de cassation pénale

Composition
MM. et Mme les Juges Schneider, Président,
Wiprächtiger, Kolly, Karlen et Pont Veuthey, Juge suppléante.
Greffier: M. Denys.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Alain Thévenaz, avocat, rue du Grand-Chêne 5, case postale 3633,
1002 Lausanne,

contre

Ministère public du canton de Vaud, rue de
l'Université 24, case postale, 1014 Lausanne.

Objet
Abus de confiance,

pourvoi en nullité contre l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois, Cour de cassation pénale, du 22 octobre 2002.

Faits:
A.
Par jugement du 24 juillet 2002, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois a condamné X._____, pour abus de confiance, escroquerie et tentative de crime impossible d'escroquerie, à huit mois d'emprisonnement avec sursis durant trois ans, sous déduction de quarante-deux jours de détention préventive.
B.
Par arrêt du 22 octobre 2002, dont les considérants écrits ont été envoyés aux parties le 28 mars 2003, la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours de X._____.

En ce qui concerne la qualification d'abus de confiance retenue, les éléments pertinents sont les suivants:

X._____ a été attiré dans un jeu de cartes truqué par R._____, S._____ et T._____. R._____ a présenté S._____ à X._____ comme étant un certain M. Alexandre, vieillard très riche et passionné par un jeu de cartes, dit jeu du "Dada", auquel il perdait régulièrement des sommes exorbitantes mais s'obstinait à jouer. R._____ a démontré à X._____ que le jeu reposait sur un principe arithmétique qui permettait de désigner avec certitude la carte choisie par M. Alexandre et d'emporter ainsi la mise. Il l'a convaincu de jouer. En réalité, par une manipulation, R._____ faussait l'arithmétique et permettait à M. Alexandre d'emporter les enjeux fictifs de ses compagnons mais réels de leur dupe. Comme X._____ ne disposait pas de l'argent exigé pour entrer dans le jeu, il a demandé à Y._____ de lui avancer les fonds en lui exposant sans détour les motifs de son emprunt. Il a ainsi obtenu 500'000 francs. Au moment du remboursement, Y._____ devait recevoir en plus de la somme prêtée une part du gain que X._____ réaliserait au jeu. Le 18 juin 1996, une partie de cartes a été organisée dans les locaux de la fiduciaire de T._____. Celui-ci, R._____ et M. Alexandre misaient un leurre, soit une liasse de
papier vierge couverte par un seul billet authentique. X._____ a joué 500'000 francs et a perdu. Les initia-

teurs du jeu l'ont convaincu du caractère accidentel de la perte et l'ont persuadé de rejouer.

X._____ s'est de nouveau adressé à Y._____, qui lui a avancé, le 26 juin 1996, 500'000 francs à titre de prêt, attesté par une reconnaissance de dette avec échéance au 30 septembre 1996, et encore 500'000 francs à titre fiduciaire, à charge pour X._____ de jouer ce montant au nom de Y._____. X._____ a prélevé 200'000 francs pour son usage personnel, l'achat d'une voiture, un séjour en Espagne et l'extinction de quelques dettes. Le 29 août 1996, il a retrouvé les trois compagnons. Il a joué 800'000 francs et il a perdu. Il n'a compris que par la suite qu'il avait été floué.

Il a été retenu que X._____ avait prélevé les 200'000 francs sur la somme prêtée et non sur celle remise à titre fiduciaire et qu'en utilisant ces 200'000 francs à son profit, il s'était rendu coupable d'abus de confiance au détriment de Y._____.
C.
X._____ se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 22 octobre 2002. Il conclut à son annulation et sollicite par ailleurs l'assistance judiciaire.

Le Ministère public vaudois se réfère à l'arrêt attaqué et conclut au rejet du pourvoi.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Saisi d'un pourvoi en nullité, le Tribunal fédéral contrôle l'application du droit fédéral (art. 269 PPF) sur la base d'un état de fait définitivement arrêté par l'autorité cantonale (cf. art. 273 al. 1 let. b et 277bis al. 1 PPF). Le raisonnement juridique doit donc être mené sur la base des faits retenus dans la décision attaquée, dont le recourant est irrecevable à s'écarter (ATF 126 IV 65 consid. 1 p. 66/67).

Le Tribunal fédéral n'est pas lié par les motifs invoqués, mais il ne peut aller au-delà des conclusions du recourant (art. 277bis PPF). Les conclusions devant être interprétées à la lumière de leur motivation (ATF 127 IV 101 consid. 1 p. 103), le recourant a circonscrit les points litigieux.
2.
Le recourant conteste l'abus de confiance mis à sa charge. Il ne remet pas en cause les autres infractions.
2.1 La Cour de cassation vaudoise a en substance exposé ce qui suit pour admettre la qualification d'abus de confiance:

Y._____ a prêté au recourant un premier montant de 500'000 francs pour qu'il puisse le jouer. Le recourant l'a perdu. Y._____ lui a accordé un second prêt d'un même montant pour jouer la revanche. Selon le système du jeu, le gagnant remportait la mise de son adversaire et conservait la sienne. Ainsi, si le recourant gagnait, il conservait sa propre mise de 500'000 francs et remportait celle de son adversaire du même montant, disposant au total d'un million de francs qui devait être employé au remboursement de ses deux emprunts. Y._____ était aussi convaincu de la perte accidentelle de la première partie, ce qu'atteste sa remise, en plus du second prêt, de 500'000 francs à titre fiduciaire, que le recourant devait jouer au nom de celui-ci. Le second prêt de 500'000 francs a été octroyé pour le jeu et le recourant devait affecter ce montant à cette fin uniquement. Si le recourant ne pouvait pas garantir un résultat de gain en raison du risque de perte au jeu, il devait en tout cas assurer ses chances d'emporter la partie, ce qui impliquait le devoir de conserver intacte la mise. Autrement dit, le recourant ne devait pas garantir le remboursement des prêts mais ses chances de pouvoir les rembourser par le jeu. Or, en
prélevant 200'000 francs sur le montant prêté et en l'affectant à ses dépenses personnelles, il a utilisé sans droit et dans un dessein d'enrichissement illégitime une valeur patrimoniale qui lui avait été confiée pour être misée dans le jeu.
2.2 La question à résoudre est de déterminer si le recourant a employé sans droit une valeur patrimoniale confiée au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP.
2.2.1 Sur le plan objectif, cette disposition suppose que l'auteur ait utilisé, sans droit, à son profit ou au profit d'un tiers, les valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées. Il y a emploi illicite d'une valeur patrimoniale confiée lorsque l'auteur l'utilise contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée

(ATF 121 IV 23 consid. 1c p. 25; 119 IV 127 consid. 2 p. 128). L'alinéa 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 121 IV 23 consid. 1c p. 25).
2.2.2 En cas de prêt, il y a emploi illicite de l'argent confié si le prêt a été consenti dans un but déterminé, correspondant aussi à l'intérêt du prêteur, et que l'emprunteur en fait une autre utilisation, dès lors qu'on peut déduire de l'accord contractuel un devoir de sa part de conserver constamment la contre-valeur de ce qu'il a reçu (ATF 124 IV 9 consid. 1 p. 10 ss; 120 IV 117 consid. 2 p. 118 ss).

A l'ATF 120 IV 117 précité, le Tribunal fédéral a admis le devoir de l'emprunteur de conserver constamment la contre-valeur de ce qu'il avait reçu ("Werterhaltungspflicht"): le prêt avait été accordé pour l'acquisition d'un immeuble déterminé, le remboursement devant intervenir lors de sa revente, prévue avec bénéfice. Il s'agissait là d'une clause importante du contrat et le prêteur pouvait partir de l'idée que si l'emprunteur utilisait les fonds conformément à ce qui avait été convenu, il serait en mesure de le rembourser. Le prêt n'aurait sinon pas été accordé compte tenu de la mauvaise situation financière de l'emprunteur. Comme celui-ci était tenu contractuellement de consacrer l'argent prêté à l'achat de l'immeuble, il avait aussi l'obligation de conserver cet argent jusqu'à l'achat.

A l'ATF 124 IV 9, le même devoir de l'emprunteur a été admis à propos d'un crédit de construction. D'après le contrat, l'argent devait être employé au paiement du travail et du matériel. Avec le crédit, la banque prêteuse mettait à disposition de l'emprunteur d'importants montants, qui n'étaient pas couverts par la seule valeur du bien-fonds. L'utilisation progressive du crédit pour le paiement des travaux de construction augmentait consécutivement la valeur dudit bien et constituait une garantie pour la banque. En affectant l'argent à un autre but, l'emprunteur a entravé cette garantie.

Ces deux arrêts mettent en évidence la destination convenue des fonds et l'intérêt pour le prêteur que représente le respect de cette destination, en tant que limite du risque de perte. On peut en déduire que l'utilisation de l'argent prêté contrairement à sa destination convenue peut être constitutive d'un abus de confiance lorsqu'elle est de nature à créer un dommage au prêteur (cf. Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo, in Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, art. 138 CP n. 68).
2.3 Comme il ressort de l'arrêt attaqué, le prêt de 500'000 francs a été accordé dans un but clairement déterminé. L'argent devait servir de mise dans un jeu. En cas de victoire, un montant d'un million de francs devenait disponible, lequel devait être consacré au remboursement du prêt, ainsi qu'à celui d'un précédent prêt d'un même montant, déjà accordé pour jouer. En utilisant 200'000 francs du prêt à son propre profit, le recourant n'était plus en mesure de miser suffisamment pour rembourser le prêteur conformément à ce qui était prévu en cas de victoire. Que le recourant se soit par ailleurs fait remettre un autre montant de 500'000 francs à titre fiduciaire pour le jeu n'y change rien, car il n'était pas convenu qu'un gain sur ce montant pût servir au remboursement des prêts. Que le jeu lui-même ait en réalité été organisé dans le but de soutirer de l'argent au recourant en le trompant reste sans incidence sur ses relations avec le prêteur.

D'après l'art. 513 CO, le jeu ne donne aucun droit de créance (al. 1); il en va de même des avances ou prêts faits sciemment en vue d'un jeu ou d'un pari (al. 2). En matière de prêt pour un jeu, il n'existe ainsi qu'une obligation naturelle, qui peut être valablement éteinte par le paiement volontaire du débiteur mais pour laquelle le créancier ne peut l'y contraindre par les moyens légaux d'ordinaire à sa disposition, soit une action en justice et l'exécution forcée (ATF 93 IV 14).

Il résulte de l'art. 513 CO que si le recourant avait affecté comme convenu l'entier du prêt au jeu et s'il avait gagné, le prêteur n'aurait pas pu l'actionner en justice en cas de refus de paiement. Cette hypothèse amenuise singulièrement l'intérêt que pouvait avoir le prêteur à ce que l'argent soit employé de manière conforme à la destination convenue. Or, la qualification d'abus de confiance à propos d'un prêt implique que la destination convenue des fonds puisse assurer la couverture du risque du prêteur ou, du moins, diminue son risque de perte. Lorsque, comme en l'espèce, le prêteur n'a civilement aucun droit d'action en cas d'utilisation conforme de

l'argent, il ne saurait invoquer qu'une telle utilisation est de nature à limiter son risque de perte. En outre, le jeu impliquait que le recourant misât l'argent prêté, sans que son patrimoine ne bénéficiât alors d'une contre-valeur correspondante. Cette situation ne s'apparente pas aux cas traités aux ATF 124 IV 9 et 120 IV 117, où l'affectation déterminée du prêt dans l'immobilier devait assurer le maintien d'une contre-valeur. Il s'ensuit que la qualification d'abus de confiance ne saurait être retenue. Le pourvoi doit être admis.

Encore peut-on noter que lorsque l'argent prêté pour jouer est utilisé par l'emprunteur à une autre fin (comme en l'espèce pour 200'000 francs), la question de savoir si le prêteur dispose civilement contre lui d'un droit d'action est controversée en doctrine (cf. Kurt Amonn, Spiel und spielartige Verträge, in Schweizerisches Privatrecht, vol. VII/2, n. 9 et les références citées, p. 477; Silvio Giovanoli, Spiel und Wette, in Berner Kommentar, art. 513 CO n. 11; Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 2e éd., n. 5373). L'existence éventuelle d'une action dans cette hypothèse reste sans incidence sur la qualification d'abus de confiance. En effet, l'élément déterminant pour retenir cette infraction réside dans la limitation du risque que procure au prêteur l'utilisation conforme du prêt. Comme on l'a vu, une telle limitation n'entre pas en considération s'agissant d'un prêt concédé pour jouer.
3.
Il n'y a pas lieu de mettre des frais judiciaires à la charge du recourant et une indemnité sera allouée à son mandataire pour la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 278 al. 3 PPF). La requête d'assistance judiciaire du recourant est ainsi sans objet.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le pourvoi est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.
2.
Il n'est pas perçu de frais.
3.
La Caisse du Tribunal fédéral versera à Me Alain Thévenaz, mandataire du recourant, une indemnité de 2'000 francs.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant, au Ministère public du canton de Vaud et au Tribunal cantonal vaudois, Cour de cassation pénale.
Lausanne, le 30 juin 2003
Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: