

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1038/2018

Arrêt du 29 mai 2019

Cour de droit pénal

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Denys, Président,
Jacquemoud-Rossari et Rüedi.
Greffière : Mme Musy.

Participants à la procédure

Ministère public de l'Etat de Fribourg,
recourant,

contre

A. _____,
intimé,

B. _____ Genossenschaft.

Objet

Escroquerie par métier, concurrence déloyale, violation du droit à la marque par métier, arbitraire,
droit d'être entendu,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, Cour d'appel pénal, du 22 août 2018
(501 2017 153+154).

Faits :

A.

Par jugement du 15 mai 2017, le Tribunal pénal de l'arrondissement de la Sarine a reconnu A. _____ coupable d'abus de confiance, de concurrence déloyale et de violation du droit à la marque par métier et l'a condamné à une peine privative de liberté de 18 mois, avec sursis pendant deux ans, et à une peine pécuniaire de 60 jours-amende, avec sursis pendant deux ans.

B.

Par arrêt du 22 août 2018, la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a partiellement admis les appels de A. _____ et du Ministère public. Elle a acquitté A. _____ des infractions de concurrence déloyale (art. 3 al. 1 let. b et d et 23 al. 1 LCD) et de violation du droit à la marque par métier (art. 61 al. 1 let. a et b et 3 LPM), a confirmé sa condamnation pour abus de confiance et l'a condamné à une peine privative de liberté de 15 mois avec sursis pendant deux ans. Elle a en outre rejeté le recours du Ministère public en tant qu'il concluait à la condamnation de A. _____ pour escroquerie plutôt qu'abus de confiance. Cet arrêt se fonde en substance sur les faits suivants.

B.a. En 2009, l'entreprise autrichienne C. _____ AG et la société suisse B. _____ Genossenschaft ont conclu un contrat de collaboration afin de vendre des maisons familiales en Suisse sous le label B. _____ Minergie®, la première construisant et livrant les maisons et la seconde soutenant ce processus par des mesures publicitaires. Le nom de " B. _____ " était prédominant dans les structures mises en place pour la commercialisation de la gamme de maisons préfabriquées. En effet, la maison elle-même portait le nom de " B. _____ Haus ", devant la maison d'exposition à S. _____ se trouvaient les drapeaux avec le logo B. _____ et le site internet de référence s'intitulait www.B. _____ haus.ch. Un prospectus présentait l'ensemble des modèles de maisons disponibles. Il était accompagné d'un descriptif des conditions de livraison et de prestations avec une liste de prix, exclusivement en langue allemande. Ainsi, l'ensemble du

processus mis en place par B. _____ Genossenschaft et C. _____ AG tendait à mettre en avant la bonne renommée de l'entreprise B. _____ pour vendre les maisons fabriquées en Autriche.

B.b. C. _____ AG a mandaté plusieurs représentants pour vendre lesdites maisons. A. _____ a conclu un contrat de représentation avec C. _____ AG en janvier 2010. Intitulé " Handelsvertretervertrag " selon la terminologie autrichienne, il s'agissait d'un contrat par lequel C. _____ AG chargeait A. _____ d'agir comme intermédiaire pour les contrats de vente et/ou d'entreprise relatifs aux maisons B. _____ Minergie®. Le droit au versement de la commission convenue prenait naissance dès que le paiement de l'acquéreur de la maison était en mains de C. _____ AG. En avril 2010, A. _____ a constitué la société D. _____ Sàrl, dont il était l'associé gérant avec signature individuelle et qui avait ses bureaux à M. _____, dans un bâtiment appartenant à B. _____ Genossenschaft et abritant également un magasin de cette société. A l'instar des autres représentants, A. _____ disposait d'une adresse courriel @B. _____ haus.ch, ainsi que de cartes de visite arborant le logo du groupe B. _____ et indiquant qu'il était un partenaire agréé de B. _____, de C. _____ AG, de E. _____ AG, succursale de la société B. _____ fabricant des cuisines et des salles de bain, et de F. _____ AG, société active dans la fabrication de caves et de dalles de sol. Les clients romands potentiels étaient dirigés par B. _____ Genossenschaft vers A. _____. Une fois la décision d'acquiescer à une des maisons présentées prise, les clients signaient un contrat de vente et d'entreprise - en allemand - avec C. _____ AG.

B.c. Quoique la publicité de B. _____ Genossenschaft présentât les maisons à des prix défiant toute concurrence et livrées " clés en main ", une série de travaux supplémentaires, non compris dans le prix indiqué, devaient être réalisés par le maître d'oeuvre. Il s'agissait des travaux préparatoires d'architecte, de géomètre et d'ingénieur, du gros-oeuvre constitué en particulier des travaux de terrassement et d'excavation, du second oeuvre, à savoir les aménagements intérieurs et extérieurs non couverts par les prestations de C. _____ AG et de B. _____ Genossenschaft. En règle générale, les clients se faisaient accompagner par un architecte ou un ingénieur pour assurer ces prestations et le suivi des travaux. C'est dans ce contexte que A. _____ proposait à ses clients la conclusion d'une convention fiduciaire de construction avec D. _____ Sàrl. Il n'était pas interdit aux représentants de C. _____ AG de fonctionner à ce titre, même si B. _____ Genossenschaft et C. _____ AG l'ignoraient. D'autres représentants de C. _____ AG avaient d'ailleurs également assuré des fonctions de ce type en faveur de leurs clients.

B.d. Le préambule de la convention fiduciaire proposée par A. _____ se référait en particulier à un " processus métier validé conjointement par l'entreprise de construction C. _____ AG et B. _____ depuis la vente jusqu'à la remise des clés " et précisait que ce processus était supervisé par la société G. _____ AG, avec mandat d'architecte pour la mise à l'enquête et la certification. Il existait deux versions de ce processus métier. Les deux documents avaient été établis pour un seul usage interne par des collaborateurs de la société G. _____ AG. Nonobstant cela, le processus de travail a été présenté aux clients par A. _____.

B.e. A. _____ a encaissé sur le compte bancaire de la société D. _____ Sàrl les montants qu'il facturait aux clients sur la base des conventions fiduciaires. En règle générale, les clients ont ainsi reçu deux factures, l'une portant sur des honoraires de mandataire, d'un montant de 10'000 fr., et l'autre sur des prestations relatives aux travaux préparatoires, d'un montant variable. A. _____ n'a pas utilisé les fonds reçus de ses clients exclusivement aux fins prévues, c'est-à-dire pour s'acquiescer des factures des prestataires tiers, mais les a détournés pour couvrir les frais de fonctionnement de son entreprise, en particulier les salaires, mais aussi des dettes personnelles.

B.f. Par courrier du 10 mars 2011, C. _____ AG a résilié le contrat de A. _____ avec effet immédiat. Le 20 avril 2011, la société B. _____ Genossenschaft a déposé une plainte pénale à l'encontre de A. _____, faisant état d'une utilisation indue de la marque de la société et d'une violation de la législation sur la concurrence déloyale et dénonçant au surplus le fait que de nombreux clients avaient versé des montants en vue de la construction d'une maison, mais n'avaient pas reçu la contrepartie promise. Par ailleurs, divers clients ont également déposé plainte pénale à l'encontre de A. _____. La faillite de la société D. _____ Sàrl a été prononcée le 12 décembre 2011 et suspendue faute d'actifs le 12 janvier 2012.

C.

Le Ministère public forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 22 août 2018 en concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il conclut également à l'absence de perception de frais judiciaires.

D.

Invités à se déterminer sur le recours, l'intimé a présenté des observations et sollicité l'assistance judiciaire, tandis que B._____ Genossenschaft n'a pas réagi dans le délai imparti. La cour cantonale a renoncé à présenter des observations.

Considérant en droit :

1.

Il y a lieu de rappeler que des conclusions purement cassatoires ne sont en principe pas suffisantes dans le recours en matière pénale (art. 107 al. 2 LTF). Néanmoins, dès lors que l'on comprend, à la lecture du mémoire, qu'en demandant l'annulation de l'arrêt attaqué, le recourant conclut implicitement à la condamnation de l'intimé pour escroquerie, concurrence déloyale et violation du droit à la marque, il convient de ne pas se montrer trop formaliste et d'entrer en matière sur le recours (cf. ATF 137 II 313 consid. 1.3 p. 317; arrêt 2C 284/2016 du 20 janvier 2017 consid. 1.3, non publié in ATF 143 II 57).

2.

Le recourant se plaint de la violation de son droit d'être entendu au motif que la cour cantonale n'a pas tenu compte des arguments développés à l'appui de son réquisitoire. Cependant, il n'indique pas quels éléments pertinents auraient été ainsi omis par la cour cantonale dans sa décision. Il ne démontre dès lors pas en quoi la cour cantonale aurait violé son droit d'être entendu. Faute d'une motivation répondant aux exigences strictes applicables aux droits fondamentaux (art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF), le grief est irrecevable.

3.

Le recourant soutient que la cour cantonale aurait dû retenir l'infraction d'escroquerie par métier en lieu et place de celle d'abus de confiance.

Dans un premier moyen, il se plaint d'une constatation arbitraire des faits. Il fait valoir que l'intimé a délibérément trompé ses clients sur le rôle qu'il jouait dans le processus de construction des maisons B._____ Minergie®.

3.1. Le Tribunal fédéral n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits pourraient être rediscutés librement. Il est lié par les constatations de fait de la décision entreprise (art. 105 al. 1 LTF), à moins qu'elles n'aient été établies en violation du droit ou de manière manifestement inexacte au sens des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, soit pour l'essentiel de façon arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. Une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable. Il faut qu'elle soit manifestement insoutenable et cela non seulement dans sa motivation mais aussi dans son résultat (ATF 143 IV 500 consid. 1.1 p. 503). Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (ATF 142 III 364 consid. 2.4 p. 368 et les références citées).

3.2. Le recourant se limite essentiellement à exposer sa présentation des faits. Ce faisant, il ne dit pas en quoi l'état de fait cantonal aurait été établi de manière arbitraire. En cela, sa critique est appellatoire, partant irrecevable sous l'angle de l'art. 106 al. 2 LTF.

Au demeurant, la cour cantonale a abordé les problématiques soulevées par le recourant, à savoir les processus métier transmis aux clients, les mentions " prix garantie " apposées par l'intimé, le libellé des conventions fiduciaires présentant D._____ Sàrl comme une agence de B._____ Genossenschaft et l'absence de mention des maîtres d'état chargés des prestations complémentaires dans les devis élaborés par l'intimé, de sorte qu'on ne voit pas en quoi des éléments pertinents pour l'issue du litige auraient été omis dans l'arrêt attaqué. De même, il n'est pas manifeste que l'appréciation des moyens de preuve par la cour cantonale se distingue, en définitive, de celle alléguée par le recourant, puisque l'autorité précédente a retenu que l'intimé avait induit en erreur les acquéreurs sur ses liens avec B._____ Genossenschaft et le caractère indispensable de son intervention pour mener à bien le projet de construction. En définitive, le recourant semble essentiellement reprocher à la cour cantonale d'avoir considéré que l'intimé n'avait pas trompé astucieusement les clients dans le dessein de s'enrichir illégitimement. Ce grief sera examiné ci-dessous (consid. 4).

Par conséquent, pour autant qu'on perçoive ce que le recourant voudrait démontrer, son grief

apparaît sans fondement, dans la mesure de sa recevabilité.

4.

Le recourant fait valoir que la constatation de la cour cantonale selon laquelle l'intimé n'avait pas eu l'intention, dès le début de ses démarches auprès de ses clients, de tromper astucieusement ces derniers, est insoutenable et dès lors arbitraire.

4.1. En vertu de l'art. 146 CP, se rend coupable d'escroquerie celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. Aux termes de l'art. 146 al. 2 CP, si l'auteur fait métier de l'escroquerie, la peine sera une peine privative de liberté de dix ans au plus ou une peine pécuniaire de 90 jours-amende au moins.

L'escroquerie est une infraction intentionnelle. L'intention doit porter sur tous les éléments constitutifs de l'infraction. L'auteur doit en outre avoir agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, correspondant au dommage de la dupe (ATF 134 IV 210 consid. 5.3 p. 213 s.; arrêt 6B 817/2018 du 23 octobre 2018 consid. 2.5.1).

Déterminer ce qu'une personne a su, voulu, envisagé ou accepté relève de l'établissement des faits, que la cour de céans ne peut revoir qu'aux conditions posées à l'art. 97 al. 1 LTF (cf. consid. 3.2.1). Est en revanche une question de droit, celle de savoir si l'autorité cantonale s'est fondée sur une juste conception de la notion d'intention, notamment de dol éventuel, et si elle l'a correctement appliquée sur la base des faits retenus et des éléments à prendre en considération (ATF 141 IV 369 consid. 6.3 p. 375; 135 IV 152 consid. 2.3.2 p. 156).

4.2. La cour cantonale a constaté que dans la mesure où l'intimé avait bien effectué les travaux de coordination et de direction des travaux promis, on ne saurait retenir que les conventions fiduciaires qu'il avait conclues avec les clients faisaient partie d'un savant échafaudage de mensonges destiné à obtenir un avantage sans aucune contre-prestation. Au contraire, la cour cantonale s'est déclarée convaincue que l'intimé, en nouant des relations contractuelles avec ses clients, avait l'intention ferme d'exécuter sa prestation, de contribuer à la construction des maisons et d'accomplir les tâches qu'il s'était engagé à effectuer. Il ressortait du dossier qu'il avait eu de nombreux contacts avec C._____ AG et qu'il avait effectué de nombreuses démarches pour trouver les maîtres d'état susceptibles d'exécuter les prestations complémentaires non fournies par cette dernière. En outre, ces prestations complémentaires (démarches d'architecte visant à obtenir les permis de construire, certifications Minergie®, établissement des plans dans le format nécessaire pour le dépôt de la demande de permis) avaient été acquittées dans une large mesure. Dès lors que les lucratives commissions qui lui étaient promises, soit selon sa propre comptabilité un montant de 234'067 fr. pour les mois de mars à octobre 2010, n'étaient versées par C._____ AG qu'une fois les constructions achevées, il était par ailleurs dans l'intérêt de l'intimé que les maisons commandées soient construites conformément aux plans et aux devis établis. La cour cantonale en a déduit que le fait qu'un certain nombre de projets n'ait pas abouti et que ceux qui ont été exécutés aient, en définitive, coûté plus cher qu'initialement devisé, relevait plus d'un certain amateurisme, voire d'une incompétence, que d'une tromperie, et encore moins d'une tromperie astucieuse (cf. arrêt attaqué, consid. 4.3.1).

Par ailleurs, il ressort de l'arrêt attaqué qu'en dépensant l'argent versé par ses clients sur le compte bancaire de son entreprise pour ses besoins personnels ou ceux de sa société sans lien avec les chantiers des clients, l'intimé leur avait intentionnellement causé un dommage et avait agi dans le but de se procurer ou de procurer à des tiers un enrichissement illégitime. Il avait donc réalisé l'infraction d'abus de confiance. En revanche, on ne pouvait retenir à la charge de l'intimé d'avoir eu la volonté, dès le début, d'utiliser les montants versés par les clients à des buts étrangers à ceux-ci, de sorte que l'infraction d'escroquerie devait être écartée (cf. arrêt attaqué, consid. 4.3.2).

4.3. Le recourant ne dit à aucun moment en quoi il faudrait retenir que l'intimé avait exagéré ses liens avec B._____ Genossenschaft non simplement pour inciter ses clients à conclure des contrats qu'il avait l'intention d'exécuter, mais pour s'enrichir de manière indue. La cour cantonale pouvait déduire sans arbitraire du comportement de l'intimé - travail de coordination et de direction des travaux, contacts avec C._____ AG, démarches pour trouver les maîtres d'état susceptibles d'exécuter les prestations complémentaires non fournies par cette dernière et paiements en faveur des maîtres d'état - que l'intimé n'avait pas menti en vue de dépouiller ses clients. Ce n'est que dans un second temps, soit après que les clients l'ont mandaté et lui ont versé les montants devant servir à payer les maîtres d'état, que l'intimé a décidé de détourner une partie de l'argent reçu du but fixé en

l'affectant au paiement des frais de fonctionnement de sa société ou en s'acquittant de dettes personnelles. Pour ces faits, la cour cantonale a retenu l'infraction d'abus de confiance.

Le recourant échoue ainsi à démontrer que l'intimé aurait trompé astucieusement ses clients dans le dessein de s'enrichir indûment. Partant, le recours est rejeté en tant qu'il conclut à la condamnation de l'intimé pour des faits constitutifs d'escroquerie par métier.

5.

Le recourant reproche à l'intimé d'avoir donné des indications inexactes ou fallacieuses sur son entreprise en la décrivant comme une agence de " la société B._____ ". Il invoque à cet égard une violation de l'art. 3 al. 1 let. b en relation avec l'art. 23 al. 1 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241).

En outre, il lui fait grief d'avoir apposé le logo " B._____ " avec plusieurs mentions manuscrites " prix garanti " [sic] sur les devis et les processus de travail présentés aux clients. L'intimé avait ainsi usurpé la marque B._____ dans le but de fournir des services au-delà de la commande de la maison Minergie®, et avait conforté les clients dans l'idée erronée qu'ils traitaient avec " la société B._____ ", en violation de l'art. 61 al. 1 let. a et b et al. 3 de la Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance (LPM; RS 232.11) et de l'art. 3 al. 1 let. d LCD cum 23 LCD.

5.1. L'art. 23 LCD dispose que quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 4a, 5 ou 6 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). Peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les art. 9 et 10 (al. 2).

La loi fédérale contre la concurrence déloyale vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée (art. 1er LCD). Cette loi ne concerne donc que le domaine de la concurrence, compris comme une compétition, une rivalité sur le plan économique entre des personnes qui offrent leurs prestations. Pour que les normes réprimant la concurrence déloyale s'appliquent, il ne suffit pas que le comportement incriminé apparaisse déloyal au regard de la liste d'exemples reproduits aux art. 3 à 8 LCD, mais il faut encore qu'il influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (cf. art. 2 LCD in fine), notamment en influençant la décision des clients (cf. ATF 132 III 414 consid. 4.1.2 p. 422). Autrement dit, l'acte doit influencer le jeu de la concurrence, le fonctionnement du marché. S'il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'acte soit lui-même un concurrent ni qu'il ait la volonté d'influencer l'activité économique, l'acte doit cependant être objectivement propre à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître, respectivement diminuer ses parts de marché. La LCD ne protège pas la bonne foi de manière

générale, mais tend seulement à garantir une concurrence loyale (cf. ATF 133 III 431 consid. 4.1; 131 III 384 consid. 3; 126 III 198 consid. 2c/aa; arrêts 6B 106/2018 du 5 septembre 2018 consid. 2.4.1; 6B 887/2016 du 6 octobre 2016 consid. 5.1).

Selon l'art. 3 al. 1 let. b LCD, agit de façon déloyale celui qui donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, son entreprise, sa raison de commerce, ses marchandises, ses oeuvres, ses prestations, ses prix, ses stocks, ses méthodes de vente ou ses affaires ou qui, par de telles allégations, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents. Faire croire faussement à l'existence d'un lien juridique ou économique entre deux entreprises constitue une indication fallacieuse sur ses affaires au sens de l'art. 3 let. b LCD (arrêt 6B 252/2016 du 28 avril 2016 consid. 1.1 et les références citées).

L'art. 3 let. d LCD qualifie de déloyal le comportement de celui qui prend des mesures de nature à faire naître une confusion entre ses propres biens ou services et ceux d'autrui (sur la notion de risque de confusion: cf. ATF 135 III 446 consid. 6.1 p. 450 s.). Le risque de confusion peut n'être qu'indirect, en ce sens qu'il suffit que l'auteur fasse naître l'idée que deux produits, en soi distincts, proviennent de la même entreprise (arrêt 4A 467/2007 du 8 février 2008 consid. 4.2). Il dépend de l'ensemble des circonstances dans lesquelles les destinataires perçoivent ces signes et de la manière dont ils les comprennent et s'en souviennent (ATF 128 III 401 consid. 5 p. 403; 127 III 160 c. 2a, p. 166). Le risque de confusion en matière de LCD a les mêmes caractéristiques que dans le domaine du droit des marques (ATF 128 III 401 consid. 5 p. 403; arrêt 6B 298/2013 du 16 janvier 2014 consid. 1.2.1). Il s'agit d'une question de droit que le Tribunal fédéral revoit librement, dans la mesure où il s'agit d'évaluer l'impact du comportement litigieux sur le grand public, et non sur un cercle de personnes disposant de connaissances spécifiques dans un secteur particulier (ATF 128 III 401 consid. 5 p. 404; 126 III 239 c. 3a).

L'art. 61 al. 1 LPM prévoit que sur plainte du lésé, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, intentionnellement, viole le droit à la marque d'autrui en usurpant, contrefaisant ou imitant ladite marque (let. a); en utilisant la marque usurpée, contrefaite ou

imitée pour offrir ou mettre en circulation des produits, fournir des services, importer, exporter ou faire transiter des produits, les entreposer en vue de leur mise en circulation ou faire de la publicité en leur faveur ou offrir des services ou faire de la publicité en leur faveur (let. b). L'utilisation sans droit de la marque doit créer un risque de confusion au sens de l'art. 3 LPM (François Besse, in Commentaire romand, Propriété intellectuelle, 2013, n° 6 ad art. 61 LPM). L'art. 61 al. 3 LPM prévoit l'aggravante du métier. La notion de métier correspond à celle qui figure dans diverses dispositions de la partie spéciale du Code pénal consacrée aux infractions contre le patrimoine (cf. art. 139 al. 2 CP, 146 al. 2 CP; François Besse, op. cit., n° 25 ad art. 61 LPM).

Lorsqu'un état de fait remplit les conditions d'une violation du droit des marques au sens de l'art. 61 LPM mais aussi les conditions d'un comportement déloyal au sens de l'art. 3 al. 1 let. d LCD, l'art. 61 LPM l'emporte en tant que *lex specialis* (ATF 117 IV 45 consid. 2c p. 46; 117 IV 475 consid. 1b p. 476; arrêt 6B 411/2013 du 20 novembre 2013 consid. 3.3).

5.2. La cour cantonale a considéré que quand bien même l'intimé avait laissé entendre dans les conventions fiduciaires soumises à certains de ses clients que D. _____ Sàrl agissait sous le patronage de " la société B. _____ ", alors qu'elle était en réalité liée par un contrat de représentation avec C. _____ AG, il ne saurait être retenu que ces seules mentions contenues dans les conventions en question avaient conduit les clients à penser qu'ils traitaient avec une agence B. _____. En effet, le contrat entre C. _____ AG et " B. _____ " tendait à mettre en avant la bonne renommée de la dernière citée pour vendre des maisons de l'entreprise autrichienne, jusqu'alors inconnue en Suisse, de sorte que le nom " B. _____ " intervenait de manière prépondérante dans leur approche du marché. De plus, l'ensemble des moyens destinés à améliorer la commercialisation des maisons B. _____ Minergie® était propre à induire les clients en erreur sur la fabrication et le coût de ces maisons. Par ailleurs, conformément à la stratégie mise en place par C. _____ AG et " B. _____ ", tout était mis en oeuvre afin que les vendeurs, dont l'intimé, apparaissent comme liés à " B. _____ ". En effet, à l'instar des autres vendeurs, l'intimé était au bénéfice de cartes de visite de même que d'une adresse internet " B. _____ ", et il disposait d'un contrat de bail avec " la société B. _____ " dans l'immeuble situé à côté d'un point de vente de cette société, dont l'usage des locaux était exclusivement limité à la vente de " maisons B. _____ ". Enfin, c'était bien " la société B. _____ " qui adressait systématiquement à l'intimé l'ensemble des personnes romandes intéressées à acquérir une " maison B. _____ ", et non ce dernier qui faisait la promotion de maisons d'un autre type en se servant de la renommée de " la société B. _____ ". C'était donc bien celle-ci qui avait tout mis en oeuvre pour que l'intimé apparaisse, aux yeux des clients, comme faisant partie du processus de construction des maisons B. _____ Minergie®, et ce n'était qu'une fois que les difficultés ont commencé à se présenter qu'elle avait reproché à l'intimé d'avoir indûment profité de sa notoriété pour en tirer un profit personnel. La cour cantonale en a conclu que l'intimé ne s'était pas rendu coupable de concurrence déloyale au sens de l'art. 23 al. 1 LCD (arrêt attaqué, consid. 5.2).

En tant qu'il est reproché à l'intimé d'avoir usurpé la marque bien connue de " la société B. _____ ", l'autorité précédente a relevé que, dans le contexte de la collaboration entre C. _____ AG et " la société B. _____ ", le logo B. _____ était non seulement présent sur les cartes de visite des vendeurs et l'adresse mail de ces derniers, mais également devant les maisons d'exposition, de même que sur les brochures décrivant les différents types de maisons disponibles, ainsi que dans la presse et plus précisément dans le journal " B. _____ ", qui vantait les mérites des " maisons B. _____ ". Elle a considéré que quand bien même toutes les prestations n'étaient pas fournies par " la société B. _____ ", à commencer par la maison elle-même qui était réalisée par l'entreprise C. _____ AG, tout portait à croire que c'était bien " l'entreprise B. _____ " qui proposait ces maisons Minergie®. La présence du logo sur des documents qui étaient soumis aux clients apparaissait donc comme naturelle, indépendamment de l'intervention de fournisseurs de prestations complémentaires sans lien avec " la société B. _____ ". Et quand bien même l'intimé avait apposé le logo de " la société B. _____ " sur différents documents présentés aux clients sans l'approbation de cette dernière, elle ne s'y était pas non plus opposée d'emblée, attendant que les difficultés aient commencé pour reprocher à l'intimé d'avoir utilisé ledit logo sans droit. Pour ces motifs, la cour cantonale a considéré que l'intimé n'avait pas abusé de la marque B. _____ dans le cadre de son activité au sens de l'art. 61 al. 1 LPM (arrêt attaqué, consid. 6.3).

5.3. S'il est vrai, comme l'invoque le recourant, que la société D. _____ Sàrl n'a jamais été formellement une agence de B. _____ Genossenschaft, elle était toutefois désignée comme agent dans le cadre du Handelsvertretervertrag conclu avec C. _____ AG, qui la chargeait d'agir comme intermédiaire pour les contrats de vente et/ou d'entreprise relatifs aux maisons B. _____ Minergie®. La désignation " agent C. _____ AG " aurait donc été juridiquement plus correcte que "

agent B. _____ ", toutefois, au regard du contexte (contrat de collaboration entre C. _____ AG et B. _____ Genossenschaft, prédominance du nom B. _____ dans les structures mises en place pour la commercialisation de la gamme de maisons préfabriquées), elle n'apparaît pas encore fallacieuse.

Le recourant soutient que tous les clients de D. _____ Sàrl sont entrés en relation d'affaires avec ladite société parce qu'ils étaient convaincus que cela était indispensable pour la réalisation du projet de construction d'une " maison B. _____ ". Il s'écarte ainsi de l'état de fait cantonal sans en démontrer le caractère arbitraire. Au surplus, rien ne permet d'affirmer qu'une telle conviction ait été induite par le seul acte de l'intimé ayant consisté à désigner sa société comme une agence de " B. _____ " dans la convention fiduciaire, plutôt que par l'ensemble de la stratégie mise en oeuvre par C. _____ AG et B. _____ Genossenschaft qui tendait à faire apparaître les vendeurs, et plus particulièrement l'intimé, comme étant liés à cette dernière.

Aussi, considérant l'ensemble de l'opération de commercialisation des " maisons B. _____ " tel que décrit par la cour cantonale et le rôle attribué à l'intimé vis-à-vis des clients par B. _____ Genossenschaft et C. _____ AG elles-mêmes, il ne peut pas être considéré que la désignation de D. _____ Sàrl comme agent de " B. _____ " dans la convention fiduciaire ait été déloyale au sens de la LCD. Partant, la cour cantonale pouvait écarter l'application de l'art. 3 al. 1 let. b LCD.

5.4. En rapport avec les devis remis aux clients, la cour cantonale a constaté que l'intimé y avait apposé le logo de " la société B. _____ " sans que cette dernière ait donné son approbation et qu'il avait également utilisé la formule " prix garantie " typique de la " société B. _____ ". Cependant, les constatations de fait de la cour cantonale, qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), ne permettent pas de conclure que ce comportement a créé un risque de confusion au sens des art. 3 let. d LCD et 3 LPM. En effet, si la cour cantonale a relevé que le lien évident qui était ainsi fait avec " la société B. _____ " avait contribué à inspirer confiance à ces derniers, elle a toutefois également souligné que l'ensemble de l'opération mise en oeuvre par B. _____ Genossenschaft et C. _____ AG portait à croire que c'était bien " l'entreprise B. _____ " qui proposait ces maisons Minergie®, de sorte que la présence du logo sur les devis apparaissait " naturelle ". En ce sens, l'intimé n'a pas généré de risque de confusion, à tout du moins qui n'aurait pas déjà existé en raison des mesures prises par la titulaire de la marque elle-même. Partant, dans le contexte très particulier du cas d'espèce, les mesures prises par l'intimé ne tombent pas sous le coup des art. 3 let. d LCD et 61 cum 3 LPM.

5.5. Enfin, en ce qui concerne les processus métier sur lesquels figuraient le logo B. _____, il s'avère que ces documents ont été élaborés par les collaborateurs de la société G. _____ AG (En Fait B.d supra et arrêt attaqué, consid. 4.2.3). Il ne saurait dès lors être reproché à l'intimé d'avoir usurpé, contrefait ou imité la marque sur ces documents (art. 61 al. 1 let. a LPM), faute d'avoir établi que l'intimé en serait l'auteur ou y aurait participé de quelque manière que ce soit. Quant à l'infraction réprimée à l'art. 61 al. 1 let. b LPM, elle suppose qu'il soit fait usage sans droit d'un signe usurpé, contrefait ou imité. Or en l'espèce, il n'a pas été constaté que des tiers - il s'agirait ici des collaborateurs de la société G. _____ AG - auraient usurpé, contrefait ou imité le signe B. _____ et que, de surcroît, l'intimé en aurait été conscient. L'intimé ne tombe donc pas sous le coup de l'art. 61 al. 1 LPM ou de l'art. 3 let. d cum 23 LCD pour avoir remis aux clients des processus métier arborant le logo B. _____.

6.

Ce qui précède conduit au rejet du recours, dans la mesure où il est recevable. Il est statué sans frais (art. 66 al. 4 LTF).

L'intimé, qui a été invité à se déterminer sur les griefs de concurrence déloyale et violation du droit des marques, a droit à des dépens, à la charge du canton de Fribourg (art. 68 al. 2 LTF). Cela rend sans objet sa demande d'assistance judiciaire.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

3.

Le canton de Fribourg versera à l'intimé une indemnité de 2000 fr. à titre de dépens pour la procédure

devant le Tribunal fédéral.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, Cour d'appel pénal.

Lausanne, le 29 mai 2019

Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Denys

La Greffière : Musy