

Arrêt N°591/13 X
du 27 novembre 2013
not 4602/11/XD

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du vingt-sept novembre deux mille treize l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le ministère public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

X.), né le (...) à (...), demeurant à L-(...), (...),

prévenu, **intimé**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu par défaut à l'égard de **X.**) par le tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, siégeant en matière correctionnelle, le 17 janvier 2013 sous le numéro 37/2013, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

Vu le dossier pénal et notamment le procès-verbal n° JDA/2011/16185/1/DF du 1^{er} août 2011 de la police grand-ducale de Diekirch, unité Service Régional de Polices Spéciales.

Vu la citation à prévenu du 26 octobre 2012 (Not.:4602/11/XD), régulièrement notifiée au prévenu.

Le prévenu, bien que régulièrement convoqué, n'a pas comparu à l'audience, ni en personne, ni par mandataire, de sorte qu'il y a lieu de statuer par défaut à son égard.

Le Parquet reproche au prévenu, comme auteur ayant commis lui-même l'infraction, *depuis un temps non prescrit, mais en tout état de cause entre le mois de septembre et décembre 2010, dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch, d'avoir en infraction à l'article 491 du code pénal, frauduleusement soit détourné, soit dissipé au préjudice d'autrui, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances, écrits de toute nature contenant ou opérant obligation ou décharge et qui lui avait été remis à la condition de les rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, en l'espèce avoir retenu à la source sur le salaire réduit à A.), né le (...) à (...) et demeurant à L-(...), (...), engagé à son service suivant contrat de travail du 28 août 2010, pour la période visée le montant de 1.296,40.- € à titre de charges sociales sans les avoir continués aux organismes concernés.*

Les faits :

Les faits à la base de la présente affaire résultent à suffisance des éléments du dossier soumis au tribunal et de l'instruction menée à l'audience, notamment de l'audition du témoin Danièle FUSENIG, commissaire en chef, entendue sous la foi du serment, et se résument comme suit :

Par contrat de travail à durée déterminée conclu en date du 28 août 2010 X.) avait engagé A.) comme ouvrier pour une tâche de 40 heures/semaine pour la période du 1^{er} septembre 2010 au 31 janvier 2011 moyennant un salaire mensuel brut de 1.900.- €. Il résulte des fiches de salaire de septembre 2010 à décembre 2010 qu'un salaire mensuel brut de 2.450.- € a été en fait retenu comme salaire de base et qu'un salaire mensuel net de 1.975,50.- € a été effectivement versé au salarié A.), ce que ce dernier n'a jamais contesté lors de son audition par les agents verbalisant. En décembre 2010 le contrat de travail fut résilié de commun accord avec effet au 1^{er} janvier 2011, alors que A.) avait trouvé un nouvel emploi auprès de la société **SOC1.)** à (...). A l'échéance de ce dernier contrat de travail, le 31 mai 2011, A.) se fit enregistrer comme demandeur d'emploi à l'Administration de l'emploi en date du 22 juin 2011. A cette occasion il fut informé qu'il n'avait pas été affilié à la sécurité sociale pendant les quatre mois (septembre 2010 à décembre 2010) pendant lesquels il fut au service de X.). A.) avait déclaré aux agents verbalisant qu'il avait reçu dès le début de son engagement en 2010 de la part du Centre Commun de la Sécurité Sociale un formulaire sur lequel figurait sa période d'affiliation auprès des organismes de sécurité sociale conformément à son contrat de travail et qu'il avait donné en juin 2011 une « fiche patronale » à X.) que ce dernier devait remplir et retourner à A.). Ce dernier est cependant resté sans nouvelles de la part de son ancien employeur depuis cette date.

Il résulte du certificat d'affiliation du Centre Commun de la Sécurité Sociale du 2 août 2011 que A.) fut au service de l'entreprise « **SOC2.)** » du 22 mars 2010 au 31 juillet 2010 et au service de l'entreprise « **SOC1.) & FILS** » du 3 janvier 2011 au 31 mai 2011 ; la période d'affiliation relative à son engagement par X.) n'y figure cependant pas.

X.) avait déclaré aux agents verbalisant qu'il avait bien affilié son ouvrier à la sécurité sociale, mais affirme que son épouse avec laquelle il se trouvait en instance de divorce pendant cette période, et qui jusque-là s'était occupée de l'affiliation de ses ouvriers, aurait négligé d'affilier A.). Il avait versé à l'appui de ses affirmations la copie d'une lettre adressée par lui en date du 12 septembre 2010 au Centre Commun de la Sécurité Sociale informant ce dernier en ces termes :

« Il reste à mon service pour la partie non médicale : (...) Monsieur A.) ((...)) – ouvrier- travaille depuis le 1^{er} janvier 2010 pour une durée de 40 heures/semaines ».

Il résulte en outre de la copie d'une lettre du 1^{er} juillet 2011 adressée par X.) à la Centre Commun de la Sécurité Sociale, après avoir reçu un rappel de leur part, que le prévenu avait informé la Centre Commun de la Sécurité Sociale en ces termes :

« Suite à la confusion et désordre apparu dans les suites de mon divorce (mon ex-épouse s'étant toujours occupée de ces affaires) je vous informe quant à la situation des gens salariés : (...) Monsieur A.) ((...)) – ouvrier- travaille depuis le 1^{er} janvier 2010 pour une durée de 40 heures/semaines ».

En droit :

L'infraction d'abus de confiance est prévue par les dispositions de l'article 491 alinéa 1^{er} du Code pénal.

L'abus de confiance consiste pour une personne, à détourner au préjudice d'autrui des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre ou d'en faire un usage déterminé.

Les conditions de l'abus de confiance sont les suivantes :

- 1) le contrat en exécution duquel les objets, titres et valeurs sont remis à l'agent,
- 2) le détournement ou la dissipation par l'agent des objets ou valeurs à lui remis,
- 3) le préjudice actuel ou possible résultant pour la victime du détournement,
- 4) l'intention frauduleuse de l'agent.

L'abus de confiance est constitué toutes les fois qu'un possesseur précaire détourne frauduleusement la chose qui lui a été remise avec obligation de la restituer ou d'en faire un usage déterminé quelle que soit la convention en vertu de laquelle la possession a été transmise.

Si l'acte de disposition sur les choses reçues est en principe constitutif de l'abus de confiance, puisque l'*accipiens* n'a pas reçu le pouvoir de disposer de ces choses, cette affirmation absolument sûre sur le plan théorique doit cependant en matière d'argent être atténuée en ce sens que l'abus de confiance n'est pas réalisé si l'*accipiens* a disposé des fonds reçus, mais est en mesure, à première réquisition, de restituer l'équivalent.

Si au contraire il ne peut restituer les choses dont il a disposé, l'abus de confiance est certain parce que l'acte de disposition qui a eu lieu contredit ouvertement les droits du propriétaire et, accompli sciemment, a entraîné un préjudice pour le propriétaire dépossédé.

L'infraction requiert que le détournement ou la dissipation se réalise au préjudice d'autrui, c'est-à-dire d'une personne quelconque, et donc pas nécessairement de la personne qui a remis la chose détournée.

Le détournement doit en outre avoir été effectué dans une intention frauduleuse.

En effet, l'intention frauduleuse est un élément essentiel du délit d'abus de confiance (J. Goedseels, Commentaires du Code Pénal Belge II ; no 2859, p.2859).

Pour que l'infraction du délit d'abus de confiance soit donnée, il faut un dol spécial : l'auteur doit avoir eu la volonté d'accomplir l'acte et de réaliser ses conséquences sous l'empire d'un mobile criminel (T.P.D.C. par G. Schuind, p.107, no 2, 3).

C'est cette intention frauduleuse qui distingue le délit d'abus de confiance de l'inexécution du contrat : l'inexécution ne donne lieu qu'à l'action civile ; la fraude seule peut motiver l'action correctionnelle. Cette fraude dont il s'agit c'est naturellement et uniquement l'intention de se procurer à soi-même ou à autrui un bénéfice quelconque (Nypels et Servais, Code Pénal IV, p.6).

Ainsi, le détournement ou la dissipation des choses remises, pour être délictueux et constituer l'infraction prévue par l'article 491 du Code Pénal doivent être accomplis avec une intention frauduleuse, consistant dans la volonté consciente de l'agent accomplissant le détournement ou la dissipation de violer l'engagement qu'il a pris de restituer la chose confiée, ou de la présenter ou de lui donner l'affectation convenue et de causer un préjudice à autrui.

En l'espèce il n'y a pas eu remise de sommes d'argent au prévenu dans un but spécifique, alors que le prévenu en tant qu'employeur était propriétaire des sommes en question. Il est constant en cause que le prévenu avait, en sa qualité d'employeur, versé les montants nets des salaires de septembre, octobre, novembre et décembre 2010 à son salarié **A.**), mais s'était maintenu en possession des sommes d'agent rédues à titre d'impôts et de cotisations sociales aux institutions correspondantes.

La prévention d'abus de confiance n'est donc pas établie, ni en fait, ni en droit.

Il résulte de ces considérations que le prévenu **X.)** est à acquitter de la prévention mise à sa charge.

Par ces motifs,

le tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, siégeant en matière correctionnelle, statuant par défaut, le représentant du ministère public entendu en ses réquisitions,

a c q u i t t e X.) de l'infraction mise à sa charge et le renvoi des fins de la poursuite pénale sans frais ni dépens,

l a i s s e les frais de sa poursuite pénale à charge de l'Etat.

Par application des articles 179, 182, 189, 190, 190-1 et 191 du Code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par Romain BINTENER, vice-président, Chantal GLOD, premier juge et Jean-Claude WIRTH, juge, et prononcé en audience publique le jeudi 17 janvier 2013 au Palais de justice à Diekirch par Jean-Claude KUREK, premier vice-président, assisté du greffier Marion BASTENDORFF, en présence de Caroline GODFROID, substitut du Procureur d'Etat, qui à l'exception du représentant du ministère public ont signé le présent jugement.

De ce jugement appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Diekirch en date du 20 février 2013 par le représentant du ministère public.

En vertu de cet appel et par citation du 22 avril 2013, le prévenu **X.)** fut requis de comparaître à l'audience publique du 26 juin 2013 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite de l'appel interjeté.

A cette audience l'affaire fut remise contradictoirement à l'audience du 30 octobre 2013.

A l'audience du 30 octobre 2013 Madame le premier avocat général Martine SOLOVIEFF, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

Le prévenu **X.)** fut entendu en ses déclarations personnelles.

Maître Alain BINGEN, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch, développa plus amplement les moyens de défense du prévenu **X.)**.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 27 novembre 2013, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 20 février 2013 au greffe du tribunal d'arrondissement de Diekirch, le procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Diekirch a fait interjeter appel contre le jugement n° 37/2013 du 17 janvier 2013 rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de et à Diekirch siégeant en matière correctionnelle. Le jugement attaqué est reproduit aux qualités du présent arrêt.

Cet appel, relevé en conformité de l'article 203 du code d'instruction criminelle

et endéans le délai légal, est recevable.

Il a été reproché à **X.)** d'avoir commis un abus de confiance pour avoir retenu sur le salaire de **A.)**, le montant de 1.296,40 euros à titre de charges sociales, sans les avoir continuées aux organismes concernés. Le tribunal de Diekirch a décidé que l'abus de confiance n'était pas établi, ni en fait, ni en droit et a acquitté **X.)**.

Le représentant du ministère public, sans contester les développements des juges de première instance, estime que la Cour est en droit de requalifier les faits reprochés à **X.)** et conclut que ces faits tombent sous l'application de l'article 449-3) du code de la sécurité sociale. Il demande à la Cour, par réformation de la décision entreprise, de condamner **X.)** de ce chef à une amende de 2.000 euros.

X.) conteste toute intention coupable dans son chef, soutient que **A.)** était régulièrement déclaré aux organismes de sécurité sociale et explique que le paiement des charges sociales a pris du retard, au motif qu'il était en instance de divorce et que jusqu'alors c'était sa femme qui s'occupait des déclarations et formalités y relatives. Il établit encore, pièces à l'appui, qu'actuellement toutes les charges sociales ont été réglées.

Maître Alain BINGEN, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch, mandataire de **X.)** soutient que les conditions d'applications de l'article 449-3) du code de la sécurité sociale ne sont pas réunies et conclut à la confirmation de la décision d'acquiescement.

Il est de principe que les juridictions de fond ont le droit d'examiner les faits dont ils sont saisis sous toutes leurs qualifications possibles et de retenir la véritable qualification des faits reprochés. Le juge ne peut toutefois changer la qualification que si les faits, sous la qualification nouvelle, restent identiques à ceux qui lui avaient été déférés sous la qualification originaire (abstraction faite de l'hypothèse de la comparution volontaire).

Ainsi il est reproché à **X.)** de ne pas avoir payé les charges sociales relatives au salaire versé à un de ses ouvriers et les juges de première instance ont estimé que les conditions d'application d'un abus de confiance n'étaient pas réunies. Au vu de ces faits, le représentant du ministère public est en droit de demander la requalification des faits comme constituant une infraction à l'article 449-3) du code de la sécurité sociale.

Cet article dit ce qui suit :

Sont punis d'une amende de deux cent cinquante et un à six mille deux cent cinquante euros, à moins qu'une peine plus forte ne résulte d'une autre disposition légale ou réglementaire (...)

3) le chef d'entreprise ou le patron *qui n'aura pas employé aux fins de l'assurance les retenues par lui opérées, en vertu de la présente loi, sur les salaires des personnes qu'il occupe.*

Or en l'espèce, il est certifié à **X.)** par une attestation du Centre Commun de la Sécurité Sociale que **A.)** a été déclaré comme salarié auprès de lui du 1^{er} septembre 2010 au 30 novembre 2010 et par une deuxième attestation du 25 juin 2013 que de toutes les cotisations obligatoires échues à ce jour ont été

réglées.

Dans ces circonstances, il ne peut être affirmé que X.) n'aura pas employé aux fins de l'assurance, les retenues par lui opérées, mais il s'agit tout au plus d'un retard de paiement de ces cotisations.

Un tel retard de paiement ne tombe cependant pas sous l'application de la disposition pénale de l'article 449-3) du code de la sécurité sociale, mais donne tout au plus lieu au paiement d'une amende d'ordre tel qu'expressément prévu par l'article 445 du même code.

L'infraction proposée par requalification des faits n'est partant pas non plus établie en droit, de sorte qu'il y a lieu de déclarer l'appel du ministère public non fondé et de confirmer la décision d'acquiescement intervenue.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu entendu en ses explications et moyens de défense et le représentant du ministère public entendu en son réquisitoire,

reçoit l'appel en la forme ;

le **déclare** non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

laisse les frais de la poursuite pénale de X.) en instance d'appel à charge de l'Etat.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance et par application des articles 202, 203, 211 et 212 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Michel REIFFERS, président de chambre, et de Mesdames Lotty PRUSSEN et Odette PAULY, premiers conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Monsieur Marc SERRES.

Cet arrêt a été lu à l'audience publique indiquée ci-dessus à la cité judiciaire à Luxembourg, plateau du St. Esprit, bâtiment CR, par Monsieur Michel REIFFERS, président de chambre, en présence de Monsieur Marc SERRES, greffier, et de Monsieur Jean ENGELS, avocat général.