



HAL
open science

La protection pénale de la relation de confiance : Observations sur le délit d'abus de confiance

Yvonne Muller-Lagarde

► To cite this version:

Yvonne Muller-Lagarde. La protection pénale de la relation de confiance : Observations sur le délit d'abus de confiance. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006. hal-01743321

HAL Id: hal-01743321

<https://hal.science/hal-01743321v1>

Submitted on 26 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

RSC 2006 p.809**La protection pénale de la relation de confiance
Observations sur le délit d'abus de confiance****Yvonne Muller, Maître de conférences, Directrice du Centre de droit pénal économique de l'Université de Cergy-Pontoise****L'essentiel**

Le délit d'abus de confiance est traditionnellement défini, à travers la théorie civiliste de la possession, comme une infraction patrimoniale destinée à protéger la propriété privée. Or, l'élargissement du champ d'application de l'incrimination par le code pénal de 1992 mais aussi par la jurisprudence qui devait l'appliquer au-delà du domaine contractuel, invitait à une réflexion nouvelle. Celle-ci nous conduit à présenter le délit d'abus de confiance comme une infraction morale destinée à protéger la relation de confiance préalable liant l'auteur et la victime et, selon nous, à revenir ainsi aux origines du délit.

La tradition tient le délit d'abus de confiance (1) pour un instrument de protection de la propriété d'autrui contre les détournements abusifs. De longue date cependant, la jurisprudence, portant le délit au-delà du champ strictement patrimonial, invite à la nuance. Aussi et dès lors que le délit d'abus de confiance exigeait, pour sa constitution, la violation de l'un des contrats énumérés dans l'incrimination, l'idée a pu naître que le délit, tel l'hydre à deux têtes, poursuivrait le double objectif d'une part de protection de la propriété, d'autre part de garantie de la foi contractuelle (2). Mais, outre le fait que le choix législatif de limiter les contrats dont la violation appelait la sanction pénale ne semblait guère justifié, la suppression dans le délit issu du code pénal de 1992 de toute référence au contrat appelait une réflexion nouvelle. Celle-ci devait naturellement conduire à s'interroger sur la place dans le délit de la confiance, et plus exactement de la relation de confiance préalable liant l'auteur et la victime. Il se pourrait alors que le délit d'abus de confiance, loin de se réduire à l'image d'un délit « technique » destiné à la protection patrimoniale, se révèle depuis ses origines comme un délit fondé sur la faute morale de la trahison de la confiance accordée. C'est ce que la présente étude va tenter de démontrer.

1. Du lien de confiance. Si la confiance (3) est d'abord un sentiment, elle relève à l'origine d'un procédé spirituel, de l'ordre de la foi et de la croyance. La confiance, dite primordiale, est ici fondatrice d'un rapport fondamental entre l'individu et le monde (4). Entendue dans le sens d'une alliance, la confiance suppose une relation et désigne, tout à la fois, la confiance active que l'on donne et la confiance passive que l'on obtient, créatrice d'une obligation morale envers celui qui l'a donné. Le ressort de la confiance est alors dotation de crédit (5). Facteur d'équilibre et de cohésion sociale - notamment parce qu'elle apporte la sécurité - la confiance appelle une garantie. La sanction tirée de la perte de confiance est sans doute très forte mais ne saurait toujours suffire dans la complexité naissante des relations avec des tiers, d'où la nécessaire protection pénale de la confiance.

2. La protection pénale de la confiance. Sans prétendre encore à l'autonomie, la trahison de la confiance légitime accordée à autrui est sanctionnée, dès le droit romain, à travers la notion générique de *furtum* qui désigne, *lato sensu*, différentes espèces de vol et dont elle constitue une circonstance aggravante justifiant une peine plus sévère que celle d'un vol simple. Seule, cependant, la confiance érigée en valeur sociale mérite une protection judiciaire. Il en est ainsi de la confiance publique, à travers le respect de la foi publique (6) mais aussi de la confiance privée issue de relations particulières. Celle-ci

va se distinguer de la foi publique en ce qu'elle repose sur une relation de confiance préalablement établie. La confiance soutient ici, à travers la notion de bonne foi, la formation des rapports privés en permettant de donner crédit (*lato sensu*) à quelqu'un ou de lui consentir un crédit. La relation de confiance désigne aussi bien les relations informelles de bonne foi (7) à l'image de celles liant le domestique au maître de maison que celles, plus formelles, établies par les gens d'affaires dans le cadre d'une activité professionnelle (8). La notion de *furtum* va passer dans les pays de droit écrit de l'ancien droit (9) et se maintenir jusqu'à la Révolution (10). La jurisprudence n'atteindra toutefois sa pleine maturité qu'avec le Parlement de Paris (11) dont les décisions précisent, avant même sa reconnaissance officielle, les éléments constitutifs du délit d'abus de confiance. « Trahison » et « dépossession » apparaissent ainsi au cœur de la constitution du délit. Surtout, la jurisprudence révèle, pour la première fois, l'appartenance du délit à une délinquance économique et intellectuelle qui trouve ses bases dans la population commerçante, alors en plein essor, de la fin de l'Ancien Régime (12). Ainsi, l'autonomie judiciaire du délit d'abus de confiance apparaît et se développe avec l'essor du commerce, de la banque et des finances au point que la multiplication du délit semble refléter « [...] les prémices de grands bouleversements économiques » (13).

3. *La consécration du délit d'abus de confiance comme délit patrimonial.* En même temps qu'il crée à partir du délit de *furtum*, les délits de vol et d'escroquerie, le code pénal de 1791 va, pour la première fois, ériger le détournement ou la dissipation de certains objets remis à l'occasion d'un contrat de dépôt (14) gratuit, en délit distinct, sans le nommer encore comme abus de confiance. Celui-ci sera consacré, sous son actuelle dénomination, par le code pénal de 1810 (15) qui élargit le délit au contrat de remise d'objets pour un travail salarié, à charge de les rendre ou représenter (16) tout en ajoutant la proposition fondamentale « ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé ». A ces deux occasions, le législateur range le texte parmi « les crimes et délits contre les propriétés » justifiant une analyse du délit purement patrimoniale, alimentée, il est vrai, par l'idée dominante et réductrice d'un droit pénal accessoire des autres disciplines. Ainsi, entendu comme un « droit sanction au service de la propriété (17) », l'abus de confiance reste défini depuis la doctrine du XIXe, à travers la théorie civiliste de la possession (18). Le détournement (19), ramené à une interversion de titre, est caractérisé dès lors que le détenteur précaire de la chose se comporte sur celle-ci, même momentanément, comme un propriétaire (20). Se posant ainsi en rupture avec la jurisprudence fondée à l'origine sur la faute morale, le délit d'abus de confiance semble, aujourd'hui encore et « en dépit de son nom d'abus de confiance [...] n'avoir [...] jamais réellement eu pour finalité de protéger la confiance abusée » (21). Sans doute le constat d'une « amoralisation » (22) du délit n'aurait-il qu'un intérêt d'ordre historique si le code pénal de 1992, par la suppression de l'énumération limitative des contrats dont la violation porte abus, n'était venu en élargir la définition au point d'en bousculer l'équilibre apparent faisant renaître, au cœur de l'incrimination et comme sous l'effet d'une loi naturelle, la notion de confiance légitime. Aujourd'hui défini comme « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé » (23), le délit d'abus de confiance nous paraît être, revenant à sa finalité d'origine, un instrument de protection de la confiance, spécialement issue des relations économiques.

4. *Le rattachement des éléments du délit au domaine économique.* Dès ses origines, le délit a pour vocation la protection des seuls biens mobiliers (24) liés à l'essor du commerce comme en témoigne l'énumération des objets protégés limitée aux meubles corporels (effets, deniers, marchandises) et valeurs incorporelles (billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge). L'énumération exclut les immeubles, à une époque où pourtant le code civil leur donne la primauté, mais également tous les meubles ne possédant pas une valeur financière ou juridique (25). Elle prend toutefois toute sa signification au regard de la distinction traditionnelle qui, laissant la fortune immobilière au code civil, rattache la propriété mobilière au droit commercial et, plus précisément, à la naissance du capitalisme. Dès la fin du XVIIIe siècle, une richesse mobilière nouvelle, « mobile et secrète » (26), apparaît ainsi du fait du développement des affaires avec l'étranger, de l'élargissement des échanges internes à travers la nouvelle bourgeoisie bancaire et commerciale, du fait enfin du développement d'un système de crédit composé de créances commerciales. Facilité de circulation, rapidité des transactions, les caractères de la richesse mobilière en font un instrument indispensable à l'essor du capitalisme et qu'il importe, pour la sécurité du commerce, de protéger. Le peu d'intérêt porté par le code civil pour les meubles (27) devait naturellement conduire vers le droit criminel « afin

d'assurer, au moyen de sanctions pénales, la loyauté du trafic » (28). Et si le champ d'application du délit a été élargi, par le législateur de 1992, « aux fonds, valeurs ou bien quelconque », il ne peut toutefois, aujourd'hui encore, porter que sur des choses ayant une valeur juridique, une valeur appréciable en argent.

Dès ses origines, le délit a également pour objet la protection des contrats de confiance liés à l'économie. Le choix du législateur révolutionnaire est, de ce point de vue, emblématique qui place le contrat de dépôt (29) au cœur de la première incrimination d'abus de confiance. En effet, le contrat de dépôt, tout comme les contrats de mandat, de louage, de gage, de prêt à usage et de remise pour un travail, progressivement ajoutés à l'incrimination, vont se révéler indispensables à la gestion des affaires les plus importantes (30) comme les plus usuelles (31) ; ces contrats qui, par définition, ne portent que sur des choses mobilières participent ainsi aux nouveaux échanges et contribuent à faire « tourner la machine économique » (32). Surtout, ils ont également la particularité de ne pas emporter un transfert de propriété mais seulement une remise précaire du bien remis ; ils reposent, à ce titre, sur l'obligation pour le débiteur de rendre, représenter la chose ou d'en faire un usage convenu ; or, quand on remet une chose mobilière à titre précaire, on se confie à la loyauté du détenteur (33). C'est dire autrement que tous les contrats retenus impliquent un élément particulier de confiance (34) à laquelle le débiteur ou détenteur doit faire honneur (35). A l'origine, contrats entre amis ou parents, ils sont dominés par la gratuité et la confiance personnelle (36). Cela explique sans doute l'indifférence que leur porte le législateur civil. En effet, ces contrats ne sont encore, pour le droit civil du début du XIXe siècle, que de « petits contrats » et retiennent peu l'attention. Non pas, comme il a été souligné, qu'ils aient été moins pratiqués mais parce qu'ils « semblaient « moins juridiques », presque « à la limite du non-droit comme concernant des relations amicales plus du ressort des mœurs et de la sociologie que du droit » (37). Au lendemain du code Napoléon, une cour d'appel n'a-t-elle pas jugé (38) que « le législateur a regardé la facilité de confier quelque chose à un ami comme un fait plutôt que comme une convention » et la cour d'admettre la preuve par tous moyens. Or, ces petits contrats vont grandir en se professionnalisant, en se commercialisant (39) ; ils vont devenir des « grands contrats » par leur rôle économique (40) et, à la morale de l'amitié dominée par une exigence de gratuité et de confiance personnelle (41), va se substituer une morale des affaires nécessaire au bon développement du commerce. Cette morale des affaires exige le respect de la confiance légitimement accordée tant il est vrai que sa trahison constitue pour le commerce naissant un danger social (42). Dès lors, faute de sanctions civiles adéquates et face à un code de commerce jugé médiocre pour n'avoir pas prévu la grande expansion économique du XIXe siècle, la seule ressource laissée au législateur était « l'effet intimidant des sanctions pénales (43) prévues pour les fautes les plus graves, d'où la création de divers délits spéciaux » (44). La suppression par le législateur de 1992 de l'énumération limitative des six contrats n'est pas de nature à modifier cette interprétation. Mieux encore, elle paraît appuyer en déplaçant l'élément central du délit de la cause de l'origine de la remise vers la finalité de celle-ci dès lors que la remise doit avoir été acceptée. Si l'on a pu y voir (45) un changement de valeur de la propriété vers la foi contractuelle, l'application du délit au-delà du domaine strictement contractuel (46) conduit, plus avant encore, à s'interroger sur le délit d'abus de confiance comme délit protecteur de la confiance issue d'une relation particulière. Il reste que le droit pénal n'a pas vocation à protéger, d'une façon générale, toute confiance issue de relations particulières (47). Seule la confiance légitime et nécessaire à la sécurité de relations sociales et, de ce fait, érigée en « valeur sociale » ou, pour reprendre une expression des doctrines italienne et allemande en « bien juridique » (48) peut notamment justifier une telle protection. Cela est vrai, par exemple, pour le délit de faux (49). Cela est également vrai, croyons-nous, pour l'abus de confiance qui va permettre de protéger la confiance nécessaire issue principalement des relations économiques. La prise en compte de la relation de confiance apparaît tant à travers la constitution du délit, qu'à travers sa répression.

La prise en compte de la relation de confiance dans la constitution du délit

Devant l'élargissement de la notion d'abus de confiance, c'est, nous semble-t-il, en redonnant toute sa place à la trahison de la confiance que la part faite à chacun des éléments constitutifs du délit retrouvera sa cohérence. On peut le vérifier tant à travers l'étude de la relation de confiance issue d'une remise précaire que celle de la trahison de la confiance proprement dite.

La relation de confiance issue d'une remise précaire

Dans le cadre du délit, un acte de remise préalable, et à titre précaire, du bien détourné est indispensable à la création de la confiance dont l'auteur va abuser (50), justifiant une sanction pénale. C'est précisément la précarité de la remise, portée par la confiance du remettant, qui est déterminante de la qualification d'abus de confiance et permet, entre autres, de distinguer l'abus de confiance des délits voisins d'escroquerie et de vol. Il s'est toujours trouvé quelques auteurs (51) pour souligner le rôle du lien de confiance entre l'auteur du délit et la victime. Sous l'ancien code, ce lien de confiance résultait directement du contrat qui les liait. L'idée générale, exprimée par la doctrine, étant alors que « la remise [...] au titre de l'un des contrats de l'article 408 du code pénal implique une confiance particulière, à laquelle le débiteur ou détenteur doit, au regard de la loi pénale, strictement faire honneur » (52). De là, également, l'idée qu'il n'est pas nécessaire que le contrat, dont la violation emporte détournement abusif, soit valable pour caractériser le délit car la confiance préalable établie est la même que le contrat soit valable ou nul (53). Ce lien se déduit aujourd'hui, selon les termes mêmes de l'article 314-1 (préc.), de toute remise volontaire et à titre précaire d'un bien quelconque et que le détenteur a accepté. Peu importe le titre à l'origine de la remise, notamment qu'il soit ou non contractuel, dès lors qu'elle est faite avec la confiance que le détenteur respectera la destination du bien remis. De ce point de vue, il est vrai de dire que la suppression de la liste des contrats devant être à l'origine de la remise a pour effet de propulser « la finalité de la remise au premier plan » (54), étant déterminant d'en prouver la précarité. Dès lors et faute d'établir une relation de confiance particulière tirée d'une remise précaire, l'absence de remise (55), la remise provoquée ou la remise à titre de propriété, sans écarter toute qualification pénale, sont exclusives de celle d'abus de confiance (56). Cela explique que l'utilisation abusive de choses détenues dans le cadre d'un contrat de travail (57) n'est pas, à elle seule, source d'abus de confiance. Il faut encore prouver que le bien détourné n'a été remis qu'à titre précaire, en vue d'en faire un usage déterminé. Autrement dit, il faut une remise personnelle accompagnée d'une affectation précise. Dès lors, si la relation de travail n'a été que l'occasion propice à l'appropriation frauduleuse, il y aura vol. Ainsi du salarié qui emporte du petit outillage dont il n'a pas, dans le cadre de son activité professionnelle, personnellement usage. En revanche, si le matériel emporté lui a personnellement été remis pour l'exercice de son activité professionnelle, il y aura abus de confiance. En ce sens, la Chambre criminelle (58) a récemment condamné pour abus de confiance - là où certains auteurs préfèrent voir un vol (59) - le responsable du rayon des boissons d'un grand magasin qui avait permis à l'une de ses relations d'acquiescer plusieurs bouteilles de champagne à un prix inférieur à leur prix de vente en apposant sur celle-ci un code-barre à un prix minoré, et en accompagnant l'acheteur lors de son passage à la caisse afin de faciliter la transaction. La différence opérée a pu apparaître subtile (60) mais elle est parfaitement justifiée et témoigne, une fois encore, de ce que l'abus de confiance vise à sanctionner, non pas toute trahison d'une confiance préalable - celle-ci existe dans le contrat de travail - mais la seule confiance issue d'une remise personnelle et précaire, qui plus est, rendue ici nécessaire pour les besoins de l'activité professionnelle.

Au total, on retiendra qu'une remise précaire et acceptée, source d'une confiance particulière, apparaît depuis la création du délit d'abus de confiance, comme l'un des éléments déterminants de sa qualification, le nouveau code pénal s'inscrivant, sur ce point, dans la continuité. Pour autant, la part faite à la notion de remise précaire, curieusement détachée des éléments constitutifs par la doctrine et déplacée dans la catégorie de simples « conditions préalables », tend à se marginaliser du fait de l'élargissement de l'incrimination au point, outre « d'oublier » l'exigence d'une acceptation de la remise, de s'interroger sur la nécessité même d'une remise « au sens classique du terme » (61). Ainsi deux interprétations récentes et pour le moins audacieuses nous semblent appeler quelques réserves.

La première propose d'étendre le champ du délit à la remise d'un bien faite en pleine propriété dès lors qu'elle s'accompagne d'une affectation spéciale du bien. Mais ce serait, de façon artificielle, dissocier l'affectation déterminée du bien de la précarité de sa remise. Ce qui nous paraît contraire tant à l'esprit qu'à la lettre du texte et conduirait à étendre le champ du délit au point de lui faire perdre sa consistance. Plus précisément, ce n'est pas l'affectation spéciale du bien - même convenue d'un commun accord - que le délit d'abus de confiance a vocation à protéger, le détournement de l'affectation convenue n'appelant ici qu'une sanction civile. Mais c'est, ainsi qu'il a été dit, la relation de confiance spécialement issue de la remise précaire qui, seule, mérite la protection pénale dès lors notamment qu'elle fonde les relations d'affaires et partant, l'essor du commerce. Autrement dit, l'affectation spéciale

du bien est ici secondaire par rapport à la nature de la remise et ne doit être prise en compte que dans la mesure où elle est déterminante du caractère précaire de ladite remise.

La deuxième, conséquence directe de l'extension de l'objet du délit aux biens incorporels, vise à admettre, à côté d'une remise matérielle entendue comme le déplacement physique du bien, une remise virtuelle définie comme un simple transfert de valeur patrimoniale de celui-ci. Cette interprétation permet alors d'étendre l'abus de confiance aux immeubles, traditionnellement exclus de son champ d'application. La Cour d'appel de Caen ne dit pas autre chose qui sanctionne, comme abus de confiance, l'usage prolongé par la prévenue d'un studio dont elle avait reçu les clés pour une occupation limitée dans le temps. Ce faisant et, ainsi que le relève la Chambre criminelle (62), la Cour d'appel vient réprimer l'utilisation abusive d'un bien immobilier sous le couvert de la non restitution des clés permettant d'y accéder. Si la Cour suprême, prononçant une cassation, ne paraît vouloir aller aussi loin, la question ne manquera pas d'être à nouveau posée comme le laisse à entendre un auteur (63) qui se demande s'il faut « être choqué que la remise de l'immeuble soit perçue au travers de la remise des clés, objets meubles » ; ce serait, ajoute l'auteur, « oublier que notre droit a connu ce genre de tradition feinte » (64). Mais retenir, à travers la notion de remise virtuelle, un abus de confiance en dehors de tout déplacement physique préalable du bien détourné, risque de reculer les limites du délit jusqu'à la remise fictive. C'est du moins ce que laisse à penser la décision du 22 septembre 2004 (préc.) dans laquelle la Chambre criminelle retient le délit d'abus de confiance du fait du détournement par le prévenu d'un projet qu'il avait lui-même conçu. La remise, qui n'est plus virtuelle mais fictive, résulte de ce que « dès sa réalisation, le projet était la propriété de l'employeur dont le prévenu n'en était que le détenteur ». Une telle extension ne saurait être approuvée (65). Comme il a justement été souligné, l'abus de confiance n'a pas vocation à protéger des biens incorporels à tout prix mais « à stigmatiser des comportements inadmissibles » (66). C'est ce qu'il convient maintenant de démontrer à travers la trahison de la confiance préalablement accordée.

La trahison de la confiance préalablement accordée

Le délit d'abus de confiance vise à sanctionner la trahison de la confiance préalablement accordée, étant admis qu'elle ne saurait se résumer à la seule violation des obligations issues de la remise préalable, ni d'une façon générale, à la seule impossibilité pour le détenteur précaire de restituer le bien. La Chambre criminelle (67) a ainsi pu confirmer la condamnation du prévenu du chef d'abus de confiance, aux motifs que « la cour d'appel ne s'est pas borné à constater que [*le prévenu*] n'avait pas rempli ses obligations contractuelles et avait été dans l'impossibilité de restituer » (68). Il faut encore apporter la preuve d'un acte de détournement. Mais l'une des difficultés inhérentes à l'application du délit consiste précisément à faire la part entre la simple inexécution contractuelle, relevant de la responsabilité civile, et le détournement frauduleux. En témoignent tout particulièrement les cas d'usage abusif, de refus ou de retard de restitution. Dans ce dernier cas, par exemple, il a successivement été jugé que le simple retard du mandataire d'une compagnie pétrolière à reverser le produit de la vente du carburant (69) ou que la restitution tardive d'un véhicule loué (70) ne constituent pas des délits d'abus de confiance tandis que l'exécution tardive des ordres de paiement donnés tombe sous le coup de cette incrimination (71). Or, la notion de détournement est sans doute indissociable de celle de remise à travers laquelle elle doit s'apprécier, le détournement consistant à ne pas respecter la finalité du bien telle qu'elle est déterminée par l'acte de remise. Il nous semble, plus encore, que l'acte de détournement doit s'apprécier au regard de l'acceptation de la précarité de la remise. Constitue un détournement l'acte qui contredit volontairement cette précarité et qui, ce faisant, révèle une trahison de la confiance accordée. C'est donc le critère tiré de la trahison de la confiance accordée qui conduira ou non à donner une coloration pénale aux faits contestés. En ce sens, il est vrai de dire que l'abus de confiance est une infraction « d'ordre essentiellement psychologique » (72). D'où l'idée répandue au sein de la doctrine que les éléments matériel et intentionnel sont ici « si étroitement intriqués qu'il est malaisé d'en faire isolément l'analyse » (73) au point de figurer « le serpent qui se mord la queue » (74), c'est-à-dire un système dans lequel les éléments constitutifs se consacraient mutuellement. La jurisprudence entretient la confusion qui, par une formule constante, décide que l'affirmation de la mauvaise foi est nécessairement incluse dans la constatation du détournement.

De ce point de vue, le recours à la théorie civiliste de la possession, ramenant le détournement à une intervention de la détention précaire en possession véritable et pratiquement défini comme le fait de se comporter, même momentanément, en propriétaire ne fait que déplacer le problème et reporter la difficulté sur la preuve de l'intention coupable (75). En outre, elle ne permet plus de distinguer nettement l'abus de confiance des autres infractions contre les biens pour lesquelles la jurisprudence a également recours à la notion d'intervention de possession. En témoigne la qualification de vol, moins subordonnée à l'appréhension matérielle de l'objet qu'à l'usurpation de la possession civile (76). Le vol peut ainsi être caractérisé en cas d'usurpation de la possession d'une chose remise volontairement par son propriétaire, l'auteur privant volontairement ce dernier de ses droits sur la chose. On ne peut ici qu'adhérer à l'idée que « le vol et l'abus de confiance se rejoignent » (77). Il reste, selon nous, que c'est en ramenant l'acte de détournement à un acte de trahison que l'on parviendra à mieux définir la notion d'abus de confiance et à la dissocier des délits voisins. La jurisprudence s'en fait parfois l'écho qui, pour dissocier la simple inexécution contractuelle du détournement frauduleux, prend soin de relever que l'auteur a trahi la confiance qui lui avait été accordée. Cela est particulièrement vrai dans le cas où l'auteur est dans l'impossibilité de restituer ou représenter la chose initialement confiée (78). Il faut, en ce sens, citer également l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 19 mai 2004 condamnant pour abus de confiance un salarié qui, au moyen de l'ordinateur et de la connexion Internet mis à sa disposition pour les besoins de son activité professionnelle, avait visité des sites pornographiques et stocké sur son disque dur de nombreux messages de même nature. Si la décision, portant sur le détournement d'une connexion à l'Internet, ne manquera pas d'attirer l'attention, elle se comprend là encore aisément dès lors que le salarié, par l'usage détourné des biens remis à sa disposition, a trahi la confiance reçue de son employeur. Comme il a fort bien été dit, cet arrêt est « la face pénale de l'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat du travail » (79).

Dans le même sens, le critère tiré de l'intervention de possession ne permet pas d'expliquer la jurisprudence selon laquelle le refus ou le retard de restituer, fondé sur l'exercice d'un droit de rétention (80), est constitutif d'un abus de confiance lorsque l'auteur « a agi avec une intention frauduleuse » (81). La jurisprudence signifie ainsi que le fait d'agir sans volonté de contredire les droits du légitime propriétaire sur la chose, et dans le seul dessein d'obtenir un paiement que l'auteur pense lui être dû, ne suffit pas à écarter l'intention frauduleuse. On ne saurait mieux dire que la définition de l'intention coupable doit s'apprécier au-delà d'une simple référence à la théorie civiliste de la possession et, plus largement, d'une référence au droit des sûretés, lequel voit dans le droit de rétention « une voie de droit [...] de caractère privé en même temps qu'un moyen de pression » (82). En effet, que la créance invoquée soit incertaine, ou non fixée par la justice, elle révèle en principe la seule volonté de l'auteur, même s'il se trompe, de se conduire comme un créancier débiteur (83). Pour autant, s'il est exclusif d'une volonté d'intervention de la possession précaire, l'exercice du droit de rétention ne nous paraît pas systématiquement écarter l'intention frauduleuse tirée de la volonté de trahir la confiance accordée. C'est le cas lorsque l'auteur utilise le droit de rétention « pour exercer une contrainte morale » (84) dans des conditions permettant de douter de la légitimité de son droit étant entendu « que la rétention de sommes à la supposer injuste » n'est pas forcément faite « avec une intention frauduleuse » (85). Autrement dit, l'exercice du droit de rétention ne paraît ici légitime que si l'auteur peut sincèrement croire que la créance invoquée, donc que l'exercice de son droit de rétention, est indiscutable. Peu importe s'il se trompe dès lors qu'il a pu le croire. C'est sans doute exiger un élément de bonne foi, compte tenu de la relation de confiance liant le créancier au débiteur, là où la jurisprudence civile ne l'exige pas (86). En revanche, l'abus de confiance n'est pas constitué lorsque « la personne n'a pas eu l'intention de détourner ces fonds mais d'exercer un droit de rétention pour garantir le paiement d'une indemnité dont le principe était acquis et [...] faisait l'objet d'une procédure pour en fixer le montant » (87).

Enfin, appréhender le délit d'abus de confiance non pas à travers la notion civiliste de possession mais plutôt à travers celle de trahison, permet plus aisément d'expliquer l'extension du délit aux actes de gestion des dirigeants sociaux tant il est vrai que « l'abus frauduleux du mandat social, sous ses diverses formes, est un délit qui suppose toujours chez l'agent l'intention de tromper la confiance mise en lui » (88). Plus précisément, la reconnaissance, par le biais de la personnalité morale, d'un intérêt social de la société distinct des intérêts personnels des associés la composant, devait permettre de reconnaître une

affectation déterminée aux biens remis par la société, personne morale, au dirigeant social. Les biens sociaux reçoivent ainsi pour affectation naturelle l'intérêt supérieur de la société et « les détourner de cette destination pour des fins égoïstes, c'est trahir le devoir social » (89). C'est donc le mandataire infidèle que le délit d'abus de confiance vient sanctionner (90). La Cour d'appel de Chambéry, dans un arrêt du 8 mars 1867 (91), ne dit pas autre chose qui relève que « la société n'exclut nullement l'existence et la stipulation d'un mandat - que ces deux contrats peuvent très bien coexister, que l'un et l'autre prennent leur source dans des sentiments de confiance que la justice doit encourager et protéger ». Aujourd'hui encore, les dirigeants sociaux sont soumis à des « devoirs comportementaux engendrés par la relation de confiance existant entre les dirigeants et les associés ou la personne morale » (92) et que renforcent, sans doute, les règles de la *corporate governance* ; ces devoirs consistent en une double obligation de diligence et de loyauté. Or, le devoir de loyauté impose de ne pas détourner les biens sociaux de leur affectation convenue sauf à trahir la confiance des associés. Dans ce cas, la violation de l'obligation de faire « un usage déterminé » des biens sociaux établira la trahison fautive qui sera sanctionnée par le délit d'abus de confiance.

Il s'ensuit que l'exigence, pour la constitution du délit, d'un préjudice pouvait logiquement s'entendre, non pas comme celle d'une atteinte à la fortune d'autrui, mais aussi comme le dommage purement moral (93) mais aussi éventuel (94). D'où la décision condamnant du chef d'abus de confiance le dirigeant pour avoir emprunté à la société « [...] des sommes destinées à alimenter des spéculations personnelles et alors même qu'il se voit dans l'impossibilité de les restituer si ses spéculations ne réussissent pas, quand bien même le préjudice possible ne se serait point réalisé ». La Cour va relever que, ce faisant, le dirigeant « abusait de la confiance dont il avait été investi en usage de ce qui appartenait à autrui et avait été remis à sa garde (95) [...] ». L'admission d'un préjudice simplement éventuel devait, ce faisant, s'éloigner de la volonté du dirigeant d'intervertir la possession étant suffisant de ne pas respecter l'affectation sociale des biens, même dans l'intérêt de la société. En résumé de l'application du délit d'abus de confiance dans le droit des sociétés, il a fort bien été souligné (96) que le mérite de la jurisprudence criminelle a été d'enrichir le contenu de la notion d'intention frauduleuse « d'éléments empruntés aux conditions normales de l'activité industrielle et commerciale et, par là, de conférer à l'abus frauduleux du mandat social le caractère sui generis d'un délit contre l'économie ».

La prise en compte de la relation de confiance dans la répression du délit

La prise en compte de la relation de confiance apparaît également dans la répression du délit tant, sur le plan procédural, au regard de la prescription de l'action publique qu'au regard de la peine.

La prise en compte de la confiance dans la prescription de l'action publique (97)

Dès le milieu du XIXe siècle, la jurisprudence va, pour le délit d'abus de confiance, retarder le point de départ du délai de prescription de l'action publique sans pour autant contredire le principe général selon lequel, s'agissant d'un délit instantané, le point de départ est celui de la réalisation du délit. En effet, la justification du report tient à la difficulté de fixer, avec précision, la date de réalisation du délit notamment lorsque le détournement ne peut être caractérisé qu'à travers l'intention coupable. Le point de départ est ainsi reporté à la date de la mise en demeure lorsqu'elle permet, seule, de caractériser la mauvaise foi de l'auteur. En témoigne la jurisprudence qui décide « qu'en principe général la prescription du délit d'abus de confiance court du jour où ce délit a été consommé [...] que la Cour (...) ne s'est point mise en contradiction avec ces principes en décidant de reporter le point de départ au jour où l'auteur a été mis en demeure de restituer la chose confiée, étant entendu que la consommation du délit à une époque antérieure n'est pas établie » (98). Cette jurisprudence va se maintenir, sans peine, jusqu'à nos jours (99) mais son fondement va, en revanche, se modifier au point de faire douter de sa légitimité. Le tournant peut être situé au début du XXe siècle, à travers deux arrêts de la Chambre criminelle. Le premier, en date du 13 janvier 1934 (100), après avoir rappelé de façon traditionnelle « qu'il appartient aux juges de rechercher à quelle époque précise le délit d'abus de confiance a été consommé et de fixer ainsi le point de départ du délai de la prescription » va ajouter qu'en l'espèce « c'est seulement en 1929 [...] que la violation du mandat était apparue et avait pu être constatée [...] » fixant à cette année le point de départ du délai de prescription. Le second, en date du 4 janvier 1935 (101) et généralement retenu comme l'arrêt de principe marquant l'origine du nouveau fondement du report du point de départ

du délai de prescription, va décider que « si les faits d'abus de confiance remontent aux années 1927 et 1928 [...] le détournement frauduleux et le préjudice consécutif n'ont pu être constatés qu'au mois de février 1932 et que jusque-là le prévenu par ses réponses dilatoires aux réclamations qui lui étaient adressées par ses créanciers ou en leur nom, avait pu dissimuler son intention délictueuse et empêcher ainsi de constater les éléments du délit » permettant à la Cour de rejeter l'exception de prescription opposée par le prévenu. En la forme, les deux arrêts nous paraissent respecter le principe selon lequel le point de départ de la prescription court du jour de la réalisation du délit. Dans les deux espèces, en effet, la Cour relève les difficultés, liées aux circonstances de fait, de relever la date précise de la commission du délit et plus précisément, pour le second, de fixer la date de l'intention délictueuse nécessaire pour caractériser le détournement. La jurisprudence va donc déplacer le problème de la constitution du délit sur le terrain probatoire en tenant le délit pour constituer au moment où la preuve de sa réalisation devient possible, c'est-à-dire au moment où le détournement « était apparue et avait pu être constatée » reculant d'autant le point de départ de la prescription. Par la suite, la jurisprudence, affinant (102) sa position, ira jusqu'à juger du report du départ de la prescription « au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » (103). Dès lors que la jurisprudence a relié la constitution du délit à sa possible constatation par la victime, la justification avancée pour soutenir la jurisprudence, jugée nettement contraire aux textes, va tenir non pas à l'absence de constitution du délit, ni même à l'absence de preuve antérieure de sa constitution, mais plus largement à la clandestinité de l'infraction. La « révélation » du délit paraît ainsi se substituer à la « commission » du délit. La majorité de la doctrine jugera la solution opportune dès lors que, faire courir la prescription du jour du détournement aboutirait à la prescription de l'action avant même que la victime ait été - ou ait pu être - informée des faits délictueux, la répression devenant inefficace mais aussi « singulièrement immorale » (104). Ce n'est donc qu'au moment où le délit perd son caractère clandestin que le délai de prescription peut, raisonnablement, commencer de courir, la partie poursuivante, suffisamment diligente, étant alors en mesure de le découvrir. C'est aux juges du fond qu'il revient de déterminer le caractère clandestin du délit et de rechercher à partir de quel moment ce dernier a pu sortir de sa clandestinité (105). Or, récemment critiqué (106), le critère tiré de la clandestinité du délit n'offre qu'une justification partielle au report jurisprudentiel et ne permet pas de situer la date exacte de révélation du délit, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, comme le montre la jurisprudence qui, par un effet inversé de pendule (107), s'est inspiré de la jurisprudence relative au délit d'abus de biens sociaux (108) pour décider (109) que le délai de prescription commençait, sauf dissimulation, à courir à compter de l'inscription en comptabilité de l'opération incriminée. En outre et surtout, il a, *a priori*, vocation à s'appliquer à l'ensemble des infractions d'affaires (110) dont les criminologues (111) soulignent qu'elles se singularisent, entre autres, par leur caractère clandestin. Or, il nous semble possible d'aider à la justification de la jurisprudence, du moins telle qu'elle a été conçue à son origine, parce qu'il existe une relation préalable de confiance entre l'auteur et la victime ; on sait, en effet, que la commission même du délit d'abus de confiance est étroitement liée à la preuve de sa commission dès lors que l'acte matériel de détournement peut, dans certains cas, n'apparaître délictueux que du fait de l'intention de l'auteur, celle-ci révélant, non pas une simple négligence ou imprudence, mais la volonté de trahir la confiance accordée lors de la remise du bien. Or, l'existence même de l'intention délictueuse peut n'être révélée que par un acte précisément destiné à la caractériser comme une mise en demeure. Et il est vrai de dire que le délit n'existe pas avant cette preuve dans la mesure où, si l'auteur se conforme à la mise en demeure, le délit ne sera pas constitué. Mais on pourrait encore reprocher à la victime de ne pas s'être préoccupée plus tôt du sort de la chose confiée et, pour reprendre l'exemple de la mise en demeure, de ne pas y avoir recouru plus rapidement. C'est ici, nous semble-t-il, que la relation de confiance prend toute son importance. En effet, du fait de cette relation liant l'auteur du délit à la victime, celle-ci n'a pas vocation à se préoccuper du sort de la chose confiée avant l'expiration du délai imparti pour la remise, c'est-à-dire tant que dure la relation de confiance. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une remise contractuelle. Ainsi qu'il a été souligné (112), les relations contractuelles, à la différence du délit instantané, « sont, elles, continues [...] [et] ont créé un obstacle à la découverte d'infractions commises pendant l'exécution du contrat ». La notion de dissimulation ne doit donc s'entendre qu'au regard de la relation de confiance préalable qui empêche la victime de se préoccuper plus tôt du sort de la chose confiée ainsi que semble le démontrer l'arrêt de la Chambre criminelle du 2 avril 2003 (113). La Cour suprême casse la décision d'appel pour avoir retenu une prescription partielle « alors que le délit d'abus de confiance n'est caractérisé qu'au jour où est constaté le refus ou l'impossibilité de restituer la chose confiée ». En l'espèce, la victime, ami et client d'un employé de banque, avait confié à celui-ci la gestion complète de ses comptes dont il recevait

des relevés trois fois par mois. En outre, il signait chaque année une déclaration relative à l'impôt de nature à lui donner, selon la défense, une parfaite connaissance de l'étendue de ses avoirs. La Chambre criminelle, pour censurer la décision, va toutefois suivre l'argument du pourvoi (114), selon lequel « la mise en confiance de la victime par l'auteur d'un abus de confiance est une manoeuvre constituant la dissimulation dont l'effet est de retarder le point de départ de la prescription », le pourvoi ajoutant que la victime « n'avait pu, en raison de la confiance provoquée, constitutive de dissimulation, constater l'existence de détournement avant le mois d'août 1993 ». Au final, la relation de confiance oblige à considérer avec plus de souplesse l'éventuelle négligence de la partie poursuivante et que la prescription a précisément vocation à sanctionner.

La prise en compte de la relation de confiance dans la sanction du délit

La prise en compte de la relation de confiance est clairement révélée, dès les origines du délit, dans la fixation judiciaire de la peine dont l'aggravation va dépendre, non de la valeur des biens détournés mais de la confiance plus ou moins nécessaire, imposée ou non, qui s'attache à la personne du délinquant (115). Ainsi, la trahison de la confiance issue des relations des « gens d'affaires » et naturellement inspirée par la fonction, va très tôt justifier une aggravation des peines du vol. Il importe peu alors que l'acte ne se soit pas produit dans le cadre des attributions légales de l'auteur dès lors que celui-ci profite de la confiance inspirée par sa fonction (116). Le législateur révolutionnaire (117) en tire les conséquences qui sanctionne l'abus de confiance de la peine symbolique de dégradation civique (118) tandis que le vol est puni des peines d'emprisonnement et d'amende. Nouvelle peine infamante, la dégradation civique est prononcée au cours d'une cérémonie publique solennelle et humiliante (119) destinée, ainsi que nous l'apprennent les archives parlementaires (120) « à ce que la société soit avertie de se tenir en garde contre le coupable [...] » ; autrement dit, à avertir qu'il n'est plus digne de confiance (121). Par la suite, la peine variera, et sera plus ou moins sévère que celle du vol, selon la force de la confiance comme valeur sociale. Ainsi, l'indulgence du législateur de 1810 qui sanctionne l'abus de confiance (122) moins sévèrement que le vol, est justifiée parce que l'atteinte portée à l'ordre social par l'abus de confiance paraît moindre en raison de son mode d'appropriation simplement astucieux et non pas violent. Et s'il est difficile, dans le vol, de prévenir un acte violent de soustraction, l'abus de confiance n'atteint que celui qui, par son imprudence, a mal placé sa confiance (123). A l'inverse et en même temps qu'il modifiait la définition de l'incrimination, le législateur de 1992 en aggravait également les peines (124), le montant de l'amende étant désormais supérieur à celle requise pour le vol (125). Si la lecture des travaux préparatoires n'apportent que peu d'explication sur ce sujet se bornant à relever qu'« il paraît normal de réprimer plus sévèrement l'abus de confiance qui cause un préjudice supérieur au vol simple » (126), un auteur en résume fort bien l'état d'esprit : « n'est-il pas [...] plus grave de trahir la confiance d'autrui que de soustraire une chose ? » (127). Preuve si besoin en était de ce que la valeur tirée de la confiance peut varier dans le temps et directement rejaillir sur la sanction du délit d'abus de confiance (128).

Conclusion

Les classifications du droit pénal sont parfois troublantes. Rangé dans le code pénal (129), avec les délits de vol et d'escroquerie, parmi les « appropriations frauduleuses », le délit d'abus de confiance s'est depuis longtemps détaché, pour sa constitution, de l'exigence d'une appropriation, voire d'une simple volonté d'appropriation, du bien par le détenteur précaire. La jurisprudence est constante et la doctrine sans équivoque. Limiter le champ d'application du délit d'abus de confiance « aux seules hypothèses où le prévenu s'est effectivement approprié le bien d'autrui ou à celles où il était nécessairement animé d'une telle intention conduit aujourd'hui à une vision très réductrice - et très inexacte - de la jurisprudence » (130). Du reste, le constat serait général et atteindrait également les infractions de vol et d'escroquerie. Il porte sans aucun doute le signe d'une évolution de ces infractions qui se trouve « masquée » par la catégorisation pénale. De fait, au-delà des atteintes à la propriété, le délit d'abus de confiance nous paraît protéger la relation de confiance, légitime et nécessaire, liant l'auteur et la victime, spécialement dans le domaine des relations économiques. L'atteinte à la propriété n'est plus alors que l'un des moyens de trahir la relation de confiance. Finalement (131), si l'on doutait de la spiritualisation constante de notre droit pénal, c'est peut-être dans l'histoire du délit d'abus de confiance qu'on en trouve encore la plus éclatante confirmation.

Mots clés :

ABUS DE CONFIANCE * Définition * Relation de confiance * Protection pénale * Application extra-contractuelle

(1) V. la définition *infra*.

(2) V. R. Ottenhof, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, thèse Paris, 1968, p. 1 et s.

(3) Du latin classique *confidentia* qui évoque la confiance en soi, l'assurance, une ferme espérance voire l'audace. Sur la notion de confiance, v. J.-M. Servet et Ph. Bernoux (sous la dir. de), *La construction sociale de la confiance*, Association d'économie financière, Montchrestien, 1997, p. 17 et s., spéc. p. 25.

(4) v. J.-M. Thiveaud, *Avant-propos, des formes complexes de la confiance*, in J.-M. Servet et Ph. Bernoux (sous la dir. de), *La construction sociale de la confiance, op. cit.*, p. 5 et s., spéc., p. 13.

(5) J. Birouste, *Les ressorts psychologiques de la confiance*, in J.-M. Servet et Ph. Bernoux (sous la dir. de), *La construction sociale de la confiance, op. cit.*, p. 73 et s., spéc., p.113. J.-M. Servet, *Le chapeau*, in J.-M. Servet et Ph. Bernoux, *ibid.*, p. 32 et s. J.-M. Thiveaud, *Avant-propos, op. cit.*, p. 11.

(6) De *fides publica*, entendue comme le crédit du peuple romain. Sur ce fondement était aggravé le vol « des choses laissées à la foi publique », c'est-à-dire des choses que leurs propriétaires laissaient, soit en raison de leur nature, soit par habitude ou usage professionnel, en dehors des habitations. Sur la question, v. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2000, p. 338, n° 194. G. Aubry, *La jurisprudence criminelle du Châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI*, thèse Paris, LGDJ, 1971, p. 139 et s. Jousse, *Traité de justice criminelle*, tome IV, 1771, p. 210.

(7) C. Samet, *La naissance de la notion d'abus de confiance dans le ressort du Parlement de Paris au cours du XVIIIe siècle*, PUF, 1989, p. 22 et s.

(8) C'est ainsi que le vol commis par un préposé est aggravé offrant un exemple rare en droit romain de législation professionnelle : in M. Levy-Bruhl, *Cours de droit romain approfondi*, Les cours de droit, 1944, p. 149.

(9) F. Lemaire, *Du détournement et de la dissipation frauduleux dans l'abus de confiance*, thèse Paris, 1913, p. 6. Dans les pays de coutume, au contraire, la règle semble avoir été écartée.

(10) Muyart de Vouglans, *Lois criminelles de la France dans leur ordre naturel*, 1780, p. 280, n° 6.

(11) C. Samet, *op. cit.*, p. 21 et s.

(12) V. pour cette analyse, C. Samet, *op. cit.*, p. 89 et s.

(13) C. Samet, *op. cit.*, p. 90.

(14) L'art. 29 (partie II, titre II, section II) vise « Quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit ou dissipé, ou méchamment ou à dessein de nuire à autrui, brûlé ou détruit d'une manière quelconque des effets, marchandises, deniers, titres de propriété, écrits, ou actes d'importance, obligation ou décharge, et toute autre propriété mobilière qui lui avaient été confiés gratuitement à la charge de les rendre ou de les représenter, sera puni de la peine de la dégradation civique ».

(15) L'art. 408 disposait que « Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice du propriétaire, possesseur ou détenteur, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge qui ne lui aurait été remis qu'à titre de dépôt ou pour un travail salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées par l'article 406 ».

(16) Seront, par la suite, ajoutés les contrats de louage, de mandat, de remise pour un travail non salarié (loi du 28 avr. 1832) ainsi que les contrats de nantissement et de prêt à usage (loi du 13 mai 1863).

(17) J. Léauté, Les frontières du droit des contrats et du droit de propriété en droit pénal spécial, *Etudes L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 243 et s.

(18) J. Léauté, Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance, *Mélanges M. Patin*, Cujas, 1965, p. 225 et s.

(19) L'art. 408, ancien c. pén., visait, outre le détournement, la dissipation de la chose. Toutefois, sa suppression dans l'incrimination nouvelle n'a, en pratique, aucune conséquence puisqu'il est admis, depuis longtemps, que la notion de dissipation, définie comme la disparition de la chose, s'intègre dans celle plus large de détournement.

(20) Cass. crim. 3 juill. 1997, Dr. pénal 1998, p. 9, note M. Véron ; 4 oct. 2000, n° 99-82.870 ; 9 mars 2005, Dr. pénal 2005, p. 18, n° 107, obs. M. Véron.

(21) C. Souweine, Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau code pénal, *Mélanges Larguier*, 1993, p. 303 et s., spéc., p. 304 et l'auteur d'ajouter « seul le détournement de biens a toujours été sanctionné ».

(22) L. Josserand, Un ordre juridique nouveau, D. 1937, Chron. p. 41.

(23) Art. 314-1, c. pén. L'abus de confiance est puni de trois ans de prison et 375000 euros d'amende.

(24) J. Léauté, *Le rôle de la théorie civiliste...*, art. préc., p. 228.

(25) Cass. 21 août 1840, *Dall. Rép.*, v° Abus de confiance, n° 66 ; également Cass. 21 mai 1896, *D.* 1996, 1, p. 592.

(26) G. Ripert et R. Roblot, *in Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, 10e éd., 1980, LGDJ, n° 66, p. 36.

(27) G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, *op. cit.*, n° 58, p. 137.

(28) E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7e éd. par J. Percerou, Rousseau 1925, p. 2. E. Garçon, *Code pénal annoté*, 2e éd., art. 408, n° 220.

(29) P. Pont, *Explication théorie et pratique du code napoléon*, Paris, 1867, t. VIII, p. 168, n° 374.

(30) V. pour les différents contrats, Pothier, *Oeuvres*, p. 172, n° 2, p. 128, n° 15, p. 133, n° 393, p. 396, n° 17.

(31) Certains comme le mandat, à l'origine du statut de nombreux intermédiaires du commerce et de l'industrie (R. Leinster, thèse préc., p. 39), trouvent du reste leur origine dans les besoins même des affaires.

(32) V. C. Samet, *La naissance de l'escroquerie moderne*, thèse préc., p. 185.

(33) M. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, t. XIV, Paris, 1845, p. 60, n° 65.

(34) Ainsi du dépôt ; l'étymologie du mot (du latin *depositum*) est composée de *positum* et de la préposition *de* dont on apprend qu'elle marque la plénitude de confiance avec laquelle elle y est mise *in* Pothier, *Oeuvres* par M. Bugnet, tome V, Paris, 1847, p. 121, n° 1.

(35) Comme nous l'enseignons, du reste, leur histoire : contrats de bonne foi (*bona fides*) en droit romain, de bienfaisance pour les auteurs classiques, « ces légers services que les voisins ou les amis se rendent volontiers » pour citer Troplong (*in Le droit civil expliqué..., op. cit.*, p. 25, n° 22) semblent se situer en dehors de la sphère du droit, dans « ces zones indéfinies [...] où droit, morale, mœurs [...] tout se mêle et s'efface » (J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGD], 2001, p. 339).

(36) Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, p. 37, n° 48.

(37) A. Bébabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, Domat, 2004, p. 4, n° 6.

(38) CA Colmar 18 avr. 1806 cité *in* J. Carbonnier, *Flexible droit..., op. cit.*, p. 342 ; comme le note l'auteur : « c'était dit à propos du commodat mais aurait pu l'être à propos du dépôt ».

(39) Carbonnier, *Flexible droit..., op. cit.*, p. 340.

(40) A. Bénabent, *op. cit.*, p. 4, n° 6.

(41) J. Carbonnier, *ibid.*

(42) Sur la question, v. not. M. Vasseur, Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines, cette Revue 1951, p. 1 et s., spéc., p. 4 et 5.

(43) De ce point de vue, l'ajout par la loi du 13 mai 1863 du nantissement mobilier (base principale et essentielle du crédit privé avec l'hypothèque) dans le texte d'incrimination, apparaît d'autant plus symptomatique qu'elle intervient au moment même où le législateur commercial, du fait de l'accroissement des valeurs mobilières, insère dans le code de commerce des dispositions réglementant le gage commercial pour faciliter sa constitution *in* Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Manuel de droit commercial*, Paris, 1918, p. 388, n° 434.

(44) J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *Droit commercial, op. cit.*, p. 402, n° 659.

(45) R. Leinster, thèse préc., *supra*.

(46) Cass. crim. 18 oct. 2000, Dr. pénal 2001, p.28, obs. M. Véron ; cette Revue 2001, p. 384, obs. R.

Ottenhof.

(47) V. CA Paris 28 mai 1990, cette Revue 1991, p. 768 qui écarte la qualification d'abus de confiance dans une affaire où une aide ménagère, profitant de l'état fragile de son employeur âgée, s'était fait remettre une importante somme d'argent captant « la confiance et l'immense besoin d'affection de cette personne âgée ».

(48) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 29.

(49) Rangé dans le titre quatrième du code pénal relatif aux « atteintes à la confiance publique », il sanctionne, non pas tout écrit mensonger, mais seulement l'écrit falsifié ou altéré ayant une portée juridique ou une valeur probatoire et, de ce fait, portant atteinte « à cette confiance nécessaire dans la preuve écrite qui est l'âme de toutes les transactions sociales », *in* R. Garraud, *op. cit.*, t. III, n° 1021, p. 513.

(50) Cl. Ducouloux-Favard, Abus de confiance *in* Lamy droit pénal des affaires, n° 357, p. 145.

(51) Il existe, écrit R. Garraud « sept cas ou titres de remise impliquant confiance et pouvant donner lieu à un abus [...] », *in* *Traité théorique et pratique de droit pénal*, *op. cit.*, p. 641, n° 2320.

(52) F. Lemaire, thèse préc., p. 81.

(53) J. Languier, *Droit pénal des affaires*, A. Colin, 1992, p. 153. C'est, nous semble-t-il, en ce sens qu'il faut comprendre la décision selon laquelle « en cas d'abus de confiance, la responsabilité du prévenu [...] procède non de la violation du contrat en vertu duquel il a reçu les biens déterminés mais de la commission du délit dont les éléments constitutifs ont été caractérisés à sa charge, de sorte que l'exception tirée par l'intéressée de l'illicéité du contrat ne peut qu'être écartée » : Cass. crim. 10 mai 1990, JCP ,IV, 290.

(54) W. Jeandidier, J.-Cl. Pénal, fasc. 20, 2004, p. 7, n° 34.

(55) Cass. crim. 14 janv. 1853, S. 1853, I, 237.

(56) La Chambre criminelle vient récemment encore de le rappeler qui a censuré l'arrêt d'appel portant condamnation pour abus de confiance d'un avocat pour n'avoir pas restitué les sommes reçues de son client après que ce dernier eut mis fin à sa mission. La cassation est encourue dès lors que les « fonds n'avaient pas été remis au prévenu à titre précaire » : Cass. crim. 26 janv. 2005, Dr. pénal avr. 2005, p. 20, n° 60. En ce sens également, le salarié qui n'accomplirait pas le travail prévu ne peut être poursuivi pour détournement de salaire, celui-ci ayant été remis en pleine propriété : Cass. crim. 17 mars 1976,

D. 1976, p. 732, rapport Dauvergne.

(57) Le contrat de travail entrainé, sous l'empire de l'ancien c. pén., dans la liste limitative des six contrats énumérés, au titre du travail salarié.

(58) Cass. crim. 9 mars 2005, Dr. pénal 2005, p. 18, n° 107, note M. Véron.

(59) V. not. M. Véron, note préc., qui affirme être plus hésitant sur la notion de détournement.

(60) M. Véron, *Chronique droit pénal*, 1991, p. 4 et s., spéc., p. 5.

(61) R. Ottenhof, obs. sous Cass. crim. 22 sept. 2004, préc.

(62) Cass. crim. 10 oct. 2001, Dr. pénal 2002, com. 1, obs. M. Véron, cette Revue 2002, p. 108 et s., obs. R. Ottenhof.

(63) R. Ottenhof, obs. préc., p. 110.

(64) Sans doute, l'exigence d'une remise matérielle de la chose avait conduit, dans la jurisprudence relative au délit d'escroquerie de l'art. 405, anc. c. pén., à des solutions sinon absurdes, du moins choquantes. La jurisprudence ne pouvait, en effet, sanctionner la fourniture d'un service (désormais expressément visée par l'art. 313-1, c. pén.) qu'à la condition que celle-ci ait pu se matérialiser concrètement. Ainsi, l'individu qui, par des manoeuvres frauduleuses, réussissait, sans billet, à pénétrer dans une salle de spectacle ou à prendre le train, ne pouvait être poursuivi pour escroquerie faute de remise matérielle d'un billet. En revanche, celui qui, par des manoeuvres proches des précédentes, se faisait remettre un billet gratuit pour ledit spectacle ou transport, pouvait être sanctionné pour escroquerie. Il nous semble toutefois que cette jurisprudence ne peut être rapprochée de celle propre au délit d'abus de confiance en raison de la place différente qu'occupe, dans chacun des délits, la notion de remise. Sur cette question, v. la note suivante.

(65) Il pourrait être opposé ici, les délits d'abus de confiance et d'escroquerie restant relativement proches, que la question de la remise fictive a déjà été soulevée dans le cadre des escroqueries à la TVA et jugée dans un sens extensif. En effet, les escroqueries à la TVA peuvent prendre la forme de fausses factures passées en comptabilité et destinées, par imputation de crédit de TVA fictif, à réduire le montant de la TVA à payer. Or, la Chambre criminelle va juger cette manoeuvre constitutive du délit d'escroquerie, alors même qu'aucune remise matérielle n'a été effectuée par le Trésor public, jugeant la remise constituée « par le paiement effectué par voie scripturale », ce dernier valant remise d'espèces (Cass. crim. 13 oct. 1971, Bull., p. 643 ; également, Cass. crim. 19 juin 1978, *ibid.*, p. 201). La remise est donc effectuée par simple compensation. Outre le fait que cette jurisprudence consacre une remise « immatérielle » mais pas fictive, il nous semble surtout qu'elle ne peut, en rien, inspirer celle relative au

délict d'abus de confiance dès lors que l'acte de remise occupe une place fondamentalement différente dans chacun des délits. Dans l'escroquerie, la remise constitue, en effet, le but des mensonges ou manoeuvres incriminés. Si, à ce titre, elle est essentielle à la constitution du délit, il reste que même non réalisée, l'escroc pourra encore être sanctionné à travers la tentative (art. 313-3, c. pén.). Dans le délict d'abus de confiance, la remise, située en amont du délict, est précisément l'acte matériel au moyen duquel est révélée la relation de confiance, objet de la protection pénale. Et, parce que la relation de confiance est, par essence, immatérielle, de l'ordre du sentiment, la remise qui en constitue le support ne saurait à son tour, par le biais d'une interprétation jurisprudentielle excessivement large, résulter d'acte fictif au risque de faire perdre tout contour à la relation de confiance.

(66) A. Mendez-Caminade, note sous Cass. crim. 22 sept. 2004, JCP 2005, II, 10034.

(67) V. également Cass. crim. 9 déc. 1969, n° 68-91.801.

(68) Cass. crim. 16 mars 1987, n° 86-91.200.

(69) Cass. crim. 12 nov. 1990, Dr. pénal 1991, com. 111.

(70) Cass. crim. 21 mars 1977, Bull., n° 99 ; également, Cass. crim. 3 févr. 2004, n° 03-82.580.

(71) Cass. crim. 22 janv. 2003, préc. La solution s'explique par le fait que le prévenu, trésorier d'une mutuelle de santé, entendait ainsi « faire jouer la trésorerie ». Sur cet arrêt, v. *supra*.

(72) M. Leboulanger, thèse préc., p. 188.

(73) M. Delmas-Marty et G. Guidicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 275. Également, J. Larguier et Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin 1998, p. 188, n° 211. J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, p. 100, n° 36. M. Véron, *Droit pénal spécial*, Armand Colin, 1999, p. 234.

(74) M. Véron, *ibid.*

(75) En ce sens, M. Véron, note sous Cass. crim. 6 sept. 2000, Dr. pénal 2001, p. 14, n° 14.

(76) M. S. Cousin-Houpe, Vers une continuité de la loi pénale dans le domaine des principales infractions portant atteinte juridique aux biens, cette Revue 1977, p. 779 et s., spéc., p. 787. Ph. Conte,

Droit pénal spécial, Litec, 2003, p. 299, n° 508.

(77) M-S. Cousin-Houpe, art. préc., p. 781 et 787 à 792.

(78) Ainsi dans une affaire où le prévenu, dirigeant d'une société anonyme, avait affecté au compte courant de la société une somme versée en dépôt en vue d'une augmentation de capital, la Chambre criminelle prend soin de relever « qu'en en disposant, fût-ce dans l'intérêt de la société, il s'est mis dans l'impossibilité de la représenter le moment venu et a trahi le mandat dont il était investi » : Cass. crim. 16 mars 1987, n° 86-91200. Pour une affaire similaire, Cass. crim. 7 mai 1969, n° 68-92.699.

(79) E. Fortis, *Droit pénal de l'entreprise*, Chronique, JCP E 2005, p. 814 et s., spéc., p. 816. V. également, Cass. crim. 16 juin 1999, n° 98-83.305 ; 1er mars 2000, n° 99-81.660 ; 2 avr. 2003, n° 02-84.059.

(80) Ou l'exception de compensation.

(81) Cass. crim. 1er mai 1940, D. 1940, p.169. Egalement Cass. crim. 29 déc. 1866, D. 1867, p.189.

(82) G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 1987, p. 23, n° 16.

(83) P. Garraud, obs. sous Cass. crim. 30 déc. 1943, JCP 1944, 2621. V. également Cass. crim. 17 nov. 1970, n° 68-93.582 et les moyens soulevés au pourvoi.

(84) Ou « dans le but de disposer d'un moyen de pression dans son intérêt personnel » : Cass. crim. 12 oct. 1992, n° 92-81.903. Ainsi, dans un arrêt remarqué du 30 décembre 1943, dont les termes sont repris avec constance, la Chambre criminelle condamne un agent d'affaires qui, après la révocation de son mandat, invoquait l'exercice d'un droit de rétention, tant qu'il ne serait pas payé du montant intégral de ses honoraires, pour retenir les documents à lui confiés par le mandant, pour le motif qu'il a agi « dans l'intention d'exercer sur sa cliente une contrainte morale ». V. également, Cass. crim. 6 nov. 1978, Gaz. Pal. 1979, 1, 299.

(85) Cass. crim. 24 mars 1999, n° 98-82.992.

(86) G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Les sûretés.., op. cit.*, p. 31, n° 36. C'est le cas lorsque le prévenu a retenu les biens « sans motif légitime, frauduleusement [...] contre le gré de sa mandante, malgré les réclamations de celle-ci [...] pour invoquer un droit de rétention qui ne lui appartenait pas en l'espèce » ou encore lorsque le prévenu, expert comptable, a retenu la comptabilité de son client, qui lui était confiée notamment pour en assurer l'exactitude, ce malgré une mise en demeure, prétendant obtenir un supplément d'honoraires à raison de travaux effectués pour les années antérieures et refusé

par son client : Cass. crim. 6 nov. 1978, Gaz. pal. 1979, 1, 299.

(87) Cass. crim. 28 mai 2003, n° 02-84.755.

(88) M. Leboulanger, thèse préc., p. 60.

(89) *Ibid.*, p. 15.

(90) La Cour de cassation ne dit pas autre chose dans les deux arrêts de principe du 8 août 1945 (préc.) par lesquels elle consacre l'existence d'un mandat entre le gérant d'une société en commandite et ses co-associés. Après avoir rappelé que le gérant « n'administre pas pour son compte personnel mais uniquement dans l'intérêt de la société qui l'a constitué mandataire », la Cour juge qu'il ne peut donc disposer des fonds communs au mépris de son mandat pour l'appliquer à ses affaires personnelles sans se rendre coupable, « comme tout mandataire infidèle » du délit d'abus de confiance. Il convient de souligner ici qu'en dépit de la création d'un délit d'abus de biens et de crédit sociaux, par un décret-loi du 8 août 1935 le délit d'abus de confiance a toujours vocation à s'appliquer aux sociétés, principalement il est vrai, lorsque l'application du délit d'abus de biens et de crédit sociaux se trouve écartée. En témoigne l'arrêt Cass. crim. 10 avr. 2002 (n° 01-81.282) qui approuve les juges d'appels ayant décidé que « constitue le délit d'abus de confiance le fait, pour le gérant d'une société en nom collectif, de prélever frauduleusement des fonds dans la trésorerie de cette société sans pouvoir justifier de l'utilisation qui en a été faite ni d'un accord des associés à qui le détournement a causé préjudice ».

(91) D.1867, 2, 46. V. également, Cass. crim. 4 juin 1886 D. 1887, p.340.

(92) L. Godon, Abus de confiance et abus de biens sociaux, Rev. sociétés 1997, p. 289 et s., spéc., p.298.

(93) Sur ce point, v. not., l'arrêt de la Chambre criminelle du 18 juill. 1989, n° 88-86.574, qui, pour déclarer recevable la constitution de partie civile d'une société victime d'un abus de confiance de son mandataire, alors même qu'elle avait été indemnisée de son préjudice par son propre assureur et sa banque, retient l'argument du pourvoi selon lequel l'incrimination d'abus de confiance ne protège pas « seulement la propriété mais aussi la confiance entre les contractants » et qu'un préjudice moral a résulté « pour la société demanderesse de la trahison de la confiance qu'elle avait mise dans son mandataire ».

(94) V. également, sur l'action civile des détenteurs, note *infra*.

(95) « Qu'il n'y a point là [*ajoute l'arrêt*] l'emploi imprudent des deniers confiés, qui se peut excuser, qu'il y a là l'usage illégal et abusif de ces derniers [...] », in CA Paris 18 juill. 1906, Journ. Soc. 1906, p. 417 et s. V. récemment, Cass. crim. 29 juin 2005, n° 05-80.120.

(96) M. Leboulanger, thèse préc., p. 190.

(97) Sur le plan procédural, il faut également mentionner, à l'appui de nos développements, la jurisprudence de la Chambre criminelle qui déclare recevable l'action de simples détenteurs reconnaissant ainsi que le délit d'abus de confiance peut leur porter personnellement un préjudice direct et certain : Cass. crim. 5 mars et 19 mars 2003 *in* A. Maron, *Chronique, Dr. pénal* juill. 2003, n° 24.

(98) Cass. crim. 4 nov. 1869, S. 1871, 1, 175. v. également, Cass. crim. 18 juin 1851, D.1851, V, p. 172 ; Cass. crim. 30 déc. 1850, D. 1855, II, p. 199. En témoigne également la décision selon laquelle « il appartient aux juges du fait de rechercher, suivant les circonstances, à quelle époque précise le détournement a été consommé et de fixer, en conséquence, le point de départ de la prescription : Cass. crim. 3 janv. 1895, D.1895, 1, p. 375. Egalement, Cass. crim. 9 juill. 1890, D.1891, V, p. 412, n° 14.

(99) Cass. crim. 10 mars 2004, n° 03-80.990 qui relève qu'aucun délai de représentation n'ayant été spécifié lors de la remise, « le détournement n'est commis qu'à partir d'une mise en demeure restée infructueuse ; que ce retardement par la mise en demeure est relatif à la commission du délit ; que l'abus de confiance étant un délit instantané qui se consomme avec le détournement, la prescription de trois ans doit normalement partir de ce moment [...] ».

(100) Gaz. Pal. 1934, 1, 447.

(101) Gaz. pal. 1935, 1, 353 ; cette Revue 1936, p. 86.

(102) Certains y verront une forme de radicalisation *in* J.-F. Renucci, *Infractions d'affaires et prescription de l'action publique*, D. 1997, p. 23 et s., spéc., p. 27.

(103) Cass. crim. 6 oct. 1955, Bull. crim. n° 378 ; 28 janv. 1959, *ibid.* n° 71 ; 29 oct. 1984, *ibid.* n° 323 ; 3 janv. 1985, *ibid.* n° 5 ; 30 nov. 1993, cette Revue 1994, p. 764, note R. Ottenhof.

(104) Carrive, obs. sous Cass. crim. 4 janv. 1935, préc., p. 87.

(105) Cl. Ducouloux-Favard, *Lamy Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 174, n° 447.

(106) Egalement à travers la jurisprudence relative au délit d'abus de biens sociaux lequel, historiquement lié au délit d'abus de confiance dont il est directement issu, s'est vu appliquer la même jurisprudence qui a débuté par un arrêt de la Chambre criminelle du 7 déc. 1967 (Bull. crim. n° 321 ; D. 1968, p. 617, note J.-M. R. ; Bull. Joly 1970, p. 178, § 65) au point qu'un auteur a pu y voir un délit imprescriptible.

(107) La jurisprudence qui reporte le point de départ du délai de prescription en matière de délit d'abus de biens et de crédit sociaux est en effet, et du fait de la filiation des deux délits, directement issue de celle, plus ancienne, relative au délit d'abus de confiance.

(108) Cass. crim. 13 oct. 1999, Bull. crim. n° 219.

(109) Cass. crim. 23 mai 2002, Dr. pénal 2002, p. 12, n° 104, obs. M. Véron. V. également, Cass. crim. 7 mai 2002, même référence.

(110) Sur ce point, v. J.-F. Renucci, *Infractions d'affaires et prescription de l'action publique*, art. préc. Eg., G. Lecuyer, *La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique*, Dr. pénal 2005, p. 8.

(111) D. Szabo, *La criminalité d'affaires : aspects criminologiques*, L'année sociologique 1981, vol. 31, p. 285 et s. G. Kellens, *Du crime en col blanc au délit de chevalier*, Ann. Fac. droit de Liège, 1968, n° 1, p. 61 et s.

(112) R. Leinster, thèse préc., p. 243. V. ég., M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 241.

(113) N° 02-84.553. V. également, Cass. crim. 19 nov. 2003, Dr. pénal 2004, p. 11, n° 36.

(114) V. sur ce point, G. Lecuyer, art. préc., p. 9.

(115) G. Bové, thèse préc., p. 155.

(116) G. Aubry, *La jurisprudence criminelle du Châtelet de Paris...*, *op. cit.*, p. 131. Un arrêt du Parlement de Paris, en date du 14 août 1582 en témoigne qui condamne un aubergiste à restituer à un voiturier la valeur des marchandises qui avaient été volées dans sa charrette laissée dans la cour de l'hôtel, la confiance étant ici obligée par le dépôt nécessaire, in Jousse, *Traité de justice criminelle*, *op. cit.*, p. 180.

(117) Le nouveau régime des peines y est directement inspiré de la philosophie des Lumières et de la Déclaration des droits de l'homme.

(118) P. Poncela, *Droit de la peine*, PUF, 1995, p. 92 et 93.

(119) J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 381.

(120) Le Pelletier de Saint Fargeau, *Archives parlementaires*, t. 26, p. 331.

(121) Et si moins de dix ans après la promulgation de ce texte, la loi du 25 frimaire an VIII (16 déc. 1799) substitue, à la peine de dégradation civique, une peine d'emprisonnement de un à quatre ans, c'est dans l'espoir que la correctionnalisation du délit permette une sanction effective plus sévère, la peine de dégradation civique étant apparue trop clémentine face à des malfaiteurs jugés « indignes de pitié », *in* E. Pénicaut, thèse préc., p. 25.

(122) Par une peine d'emprisonnement de 2 mois à deux ans et une amende proportionnelle aux restitutions dues et aux dommages intérêts accordés.

(123) J. Larguier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 153.

(124) En les portant à trois ans d'emprisonnement et à 375000 euros d'amende.

(125) Puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 45000 euros (art. 311-3, c. pén.).

(126) J.-J. Hyst, Rapport Ass. nat. n° 2468 du 12 déc. 1991, p. 67.

(127) W. Jeandidier, *Abus de confiance*, *Juris-Classeur Pénal*, *op. cit.*, p. 15, n° 90.

(128) Par ailleurs, différentes lois (les lois préc. de 1832, 1863 ainsi que des 21 juin 1960 et 31 déc. 1971) ajouteront à l'incrimination des causes d'aggravation destinées à mieux protéger les relations résultant d'une confiance particulière, notamment celles issues des fonctions ou de la profession de l'auteur et qui inspirent une confiance nécessaire.

(129) Le législateur range le délit d'abus de confiance dans le titre I du Livre III relatif aux « appropriations frauduleuses » de la Première partie du code pénal consacré aux « crimes et délits contre les biens ».

(130) M. Véron, note préc. Egalement, note sous Cass. crim. 9 mars 2005, préc. `

(131) En nous inspirant des propos de M. Leboulanger, *in* thèse préc., p. 22.

Copyright 2016 - Dalloz – Tous droits réservés