

N° 46 / 2011 pénal.
du 9.6.2011
Not. 16474/97/CD
Numéro 2841 du registre.

La **Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg**, formée conformément à la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, a rendu en son audience publique du jeudi **neuf juin deux mille onze**,

dans la poursuite pénale dirigée contre :

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

demandeur en cassation,

comparant par Maître Isabelle GIRAULT, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu

en présence du MINISTERE PUBLIC

l'arrêt qui suit :

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la conseillère Léa MOUSEL et sur les conclusions de l'avocat général John PETRY ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 2 juin 2010 sous le numéro 250/10 V. par la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 1er juillet 2010 au greffe de la Cour supérieure de justice par Maître Paul TRIERWEILER pour et au nom de **A.)** ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 30 juillet 2010 au greffe de la Cour supérieure de justice par Maître Isabelle GIRAULT pour et au nom du demandeur en cassation ;

Sur la procédure :

Attendu que le demandeur en cassation invoque une violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et 14 en particulier les points 3B et 3C en ce que les conclusions du Ministère Public sont intervenus en dernier lieu, sans possibilité de réponse, d'où un déséquilibre des droits des parties en défaveur de la partie la plus faible, alors que suivant la pratique générale et internationale de principe, « la parole est laissée en dernier à la défense, conformément aux principes généraux du droit de la défense et du droit à la présomption d'innocence » ;

Mais attendu que le Ministère Public n'a pas, en l'espèce, la qualité de partie poursuivante ;

Que la critique de A.) est dès lors à rejeter ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, avait déclaré éteinte par prescription l'action publique dirigée contre A.) du chef de recel et qu'il avait acquitté le prévenu du chef de faux en écritures de banque et d'usage de faux ; que sur appel du Ministère Public, la Cour d'appel, par réformation, dit que l'action publique n'est pas éteinte par prescription, que les infractions de faux, d'usage de faux et de recel sont établies et condamna A.) à une amende ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme en ce que si la Cour a retenu un dépassement manifeste du délai raisonnable dans lequel la cause a été entendue, elle n'en a pas tiré les conséquences de droit en ne déclarant pas l'irrecevabilité des poursuites eu égard au dépassement du délai raisonnable ;

en ce que, première branche, les faits reprochés datent de 1996, un courrier étant entré au Parquet le 27 décembre 1996, un premier rapport a été dressé par la Gendarmerie Grand-Ducale le 21 septembre 1997,

et les parties B.) et A.) ont respectivement été entendues la première fois les 13 novembre 1998 et 23 mars 1998, et inculpés respectivement les 10 juin 2004 et 1^{er} février 2005 et alors qu'il est patent que l'affaire n'a présenté ni complexité extraordinaire, ni nécessité une quelconque mesure d'instruction procédurale spécifique, rien ne justifiait une inaction procédurale entre 2001 et 2004 faisant durer la procédure 14 ans (!), durée qui place cette affaire dans les records de

longueur de procédure, le Luxembourg ayant été condamné récemment pour procédures longues mais de durée inférieure à 10 ans,

au motif que la Cour a, à tort, accordé une réduction de peine (sanction la plus légère prévue par la Cour Européenne, pour une durée de procès maximale) en suivant la jurisprudence et la législation belge qui en son article du Code d'instruction criminelle 21 ter dispose que si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, le juge peut prononcer la condamnation par simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi, alors que la loi luxembourgeoise n'a pas légiféré sur ce point;

alors que le texte en matière pénale s'interprète toujours en faveur du prévenu de sorte qu'il y a lieu de retenir la disposition la plus favorable;

*et alors que, **deuxième branche**, il y a lieu d'analyser la violation des articles 5.3. et 6.1. de la CEDH d'une part sous l'angle du respect des droits de la défense et de l'administration de la preuve, et du respect de la dignité humaine et de l'utilité de la peine, et donc de retenir qu'une procédure longue de 14 ans s'avère déraisonnable et porte atteinte aux droits des prévenus puisqu'elle a eu une réelle influence sur l'administration de la preuve "et" (alors que le texte cité prévoit "ou") sur l'exercice des droits de la défense; et d'autre part sous l'angle du respect de la présomption d'innocence et de l'article 6.2. de la CEDH qui veut que toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que la culpabilité ait été légalement établie;*

que l'environnement légal et les pratiques bancaires luxembourgeoises ont considérablement évolué à partir de 1990, alors que le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), dont le Grand-Duché de Luxembourg est un membre fondateur, a édicté 40 recommandations, révisées en 1996 et en 2003, que les Etats GAFI devaient respecter créant de fait la distinction ressortissants GAFI et ressortissants non GAFI, les non GAFI étant mis automatiquement sur la "liste rouge des banques", recommandations suivies par la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, définissant pour la première fois dans sa partie 2 (articles 38 à 41) un certain nombre d'obligations professionnelles à respecter dans le secteur financier (circulaire IML 94/112 de l'Institut Monétaire Luxembourgeois du 25 novembre 1994), il a été légiféré pour la première fois sur le blanchiment (hormis toxicomanie) en 1998 par la loi du 11 août qui crée l'article 506-1 du code pénal, soit deux ans après les faits soumis à la qualification des juridictions répressives, article modifié par les deux lois du 17 juillet 2008, afin de mettre en conformité le dispositif luxembourgeois avec les exigences internationales en ce qui concerne la définition du blanchiment, ce qui explique certainement le changement de qualification pénale des faits au cours de l'instruction, passant de escroquerie à abus de confiance, blanchiment avec le sentiment pour le lecteur de la procédure que l'instructeur de l'affaire a voulu suivre l'évolution législative;

que l'idée de considérer comme blanchiment une opération relative à de l'évitement fiscal, fraude ou escroquerie fiscale n'a été envisagée et formalisée que bien plus tard, par la transposition par la loi du 17 juillet 2008 de la Directive 2005/60/CE relative à la lutte contre le blanchiment, élargissant la notion de blanchiment limitée dans un premier temps aux produits du trafic de stupéfiants,

puis étendue au trafic d'armes, au trafic d'êtres humains, pour ensuite être étendue à des opérations d'une gravité pénale moindre et bientôt l'être à la matière purement fiscale ... ;

que peu de jurisprudences existent relativement aux poursuites sur base de ces dispositions légales, et que la première décision relative à l'escroquerie fiscale date du 14 février 2002 avec le jugement rendu par la douzième chambre du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg (affaire B. c/MP) ;

que la réglementation tant communautaire qu'internationale tend vers une suppression pure et simple du secret bancaire, pour justement combattre de manière plus efficace le blanchiment, y compris fiscal, et rentrer dans la mouvance pénale européenne de transparence fiscale et bancaire, pour mettre un terme aux fuites de capitaux du fait de montages fiscaux et bancaires compliqués » ;

Sur les deux branches réunies :

Mais attendu que sous le couvert du grief de violation des articles 6, paragraphes 1 et 2, et 5, paragraphe 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le prévenu tend à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond quant aux conséquences qu'ils ont tirées, au regard des faits de l'espèce, du dépassement du délai raisonnable ;

Que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de la violation des articles 196 et 197 du Code pénal relatif au faux et usage de faux et du défaut, sinon de la contradiction de motifs et tiré de la violation de l'article 6-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme relatif à la présomption d'innocence et résultant du défaut de motivation de la décision,

en ce que, la Cour a retenu que l'avantage résultait du "retrait-versement" (ce qui est faux car il s'agit d'un versement-retrait), du recours à des sociétés offshore des British Virgin Islands (ce qui est également faux alors qu'il ne s'agit que d'une unique société), de la précipitation de l'épouse de M. C.) et de son avocate, et aurait eu pour but de cacher le flux des fonds et d'en rendre la traçabilité ilus difficile ;

au motif que la Cour estime que l'inversion des opérations de caisse avait pour but de cacher le flux des fonds et d'en rendre plus difficile la traçabilité en reprenant l'argumentation du Procureur d'Etat qui voudrait que, "dans le cadre d'une demande internationale des autorités russes qui avaient saisi des documents relatifs au compte luxembourgeois (ne faudrait-il pas lire "auraient saisi" car les comptes n'ont pas été saisis et autrement la phrase ne fait pas de sens), seule aurait été constatée l'opération de prélèvement en espèces qui a soldé le compte et que dans ce contexte, une divulgation de l'autre compte ayant accueilli les fonds

n'aurait pas pu se faire, alors qu'il y aurait violation du secret professionnel du banquier" page 23 de l'arrêt, sans dire sur quelle base légale la Cour se fonde alors que la législation relative aux commissions rogatoires internationales date seulement de la loi du 8 août 2000, ce qui nous mène 4 années après les faits litigieux ;

*alors que, **première branche**, la preuve de l'intention délictueuse dans le chef des prévenus n'est pas rapportée par ces affirmations, le Parquet restant en défaut de rapporter la preuve d'un avantage obtenu par les prévenus tiré de l'inversion des écritures, avantage qui n'aurait pas non plus été obtenu en procédant aux opérations dans l'ordre usuel ;*

alors qu'il n'y a preuve ni d'un préjudice ni de la possibilité d'un préjudice, alors qu'il n'est pas incontestablement établi que l'inversion des opérations ait pu causer un quelconque préjudice à quiconque, puisqu'aucune mesure de saisie n'est intervenue dans ce laps de temps et que le changement d'écriture, fait pour des raisons purement pratiques, n'a eu aucune incidence, aucun impact sur le déroulement des faits futurs;

alors que l'affirmation de la Cour est fausse et ne peut donc fonder l'existence d'une infraction: en présence d'une demande internationale, tant les comptes nominatifs que les comptes de sociétés sont bloqués dans le cadre d'une commission rogatoire alors que la recherche des personnes physiques ou morales va se faire par rapport au bénéficiaire économique, la banque n'ayant pas vocation à faire obstacle à l'exercice de ladite mesure d'instruction et ce d'autant plus que seul le service juridique de la banque est concerné, et donc des personnes physiques différentes de celles qui avaient réalisé l'opération comptable critiquée, (qui ne sont d'ailleurs pas les prévenus mais l'employée de caisse qui travaillait sous la direction de Monsieur D.) et qui n'est pas poursuivie, autre incongruité de ce procès;

*et alors que, **deuxième branche**, la conviction des juges ne peut à elle seule servir de fondement à la culpabilité » ;*

Sur la première branche :

Mais attendu que les juges du fond ont souverainement déduit l'intention frauduleuse « *de toutes ces opérations (retrait/versement ; recours à la société off-shore des BVI, précipitation de l'épouse de C.) , titulaire du compte, arrêté pour escroquerie et de son avocate le jour en question) » opérations qui « avaient comme but de cacher le flux des fonds » ;*

Qu'ils ont encore, en vertu de leur pouvoir d'appréciation souverain, retenu l'existence de la possibilité d'un préjudice en constatant que la fraude avait eu pour effet « *de rendre la possibilité de retracer les fonds plus difficile ... notamment dans le cadre d'une demande afférente des autorités russes qui avaient saisi des documents relatifs aux comptes luxembourgeois » ;*

Que le moyen ne saurait être accueilli dans sa première branche ;

Sur la deuxième branche :

Mais attendu que les juges d'appel, pour retenir le demandeur en cassation dans les liens de la prévention, ont formé leur intime conviction à la suite de développements suffisants en droit et en fait ; qu'ils ne se sont pas simplement fiés à leur intime conviction ;

Que le moyen, dans sa deuxième branche, est dès lors non fondé ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 505 du Code pénal, de la contradiction entre les motifs et le dispositif de l'arrêt attaqué, de la violation de la loi par fausse qualification des faits, violation de la présomption d'innocence;

en ce que la Cour a retenu la qualification de recel au motif que le client figurait sur une liste "rouge", et que les prévenus ont négligé de vérifier l'activité de ce client et l'origine des fonds reçus... et que la Cour "ne saurait croire dans la prétendue naïveté mise en avant (...) et ne saurait elle-même verser dans une pareille naïveté";

alors que première branche, la Cour a méconnu les conditions d'application de l'article 505 du Code pénal qui requiert la réalisation d'un élément matériel à savoir la détention de l'objet au sens large du terme, et ont retenu l'infraction de recel alors qu'il n'y a eu à aucun moment détention dans le chef du prévenu, d'autant plus que la démonstration faite par la Cour les amène à conclure à une complicité du prévenu;

alors que deuxième branche la Cour conclut à la complicité de recel suite à une analyse de l'élément matériel, mais semble aussi conclure à la qualification de recel posant ainsi sérieusement un problème d'imputabilité et alors qu'il ne peut y avoir complicité de recel sans auteur de recel, poursuivi et puni dans une affaire ou l'infraction à laquelle le recel se rattache n'est ni établie ni définie » ;

Sur la première branche :

Mais attendu que le demandeur en cassation a été condamné comme complice, pour avoir « *apporté aide et assistance à l'auteur du recel* » ; que telles aide et assistance ne comportent pas, comme élément constitutif de la complicité, la détention matérielle de l'objet recelé ;

Que le moyen, dans la première branche, ne saurait être accueilli ;

Sur la deuxième branche :

Mais attendu que la complicité est punissable, dès lors qu'elle se rattache au fait principal punissable sans qu'il soit nécessaire que l'auteur de ce fait soit effectivement puni ni même punissable ;

Que la Cour d'appel en constatant l'origine délictueuse des fonds recelés, non contestée devant elle, a donné une base légale à la condamnation du chef de complicité de recel ;

Que le moyen, dans sa deuxième branche, ne saurait être accueilli ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré « *de la violation de l'article 496-1 du Code pénal relatif à l'escroquerie à subvention au détriment de l'Etat luxembourgeois*

au motifs qu'« en l'espèce le fait poursuivi est une escroquerie à subvention commise en Russie au détriment de l'Etat russe. Ce même fait, à savoir l'escroquerie à subvention est punissable également au Luxembourg s'il est commis au Luxembourg, au détriment de l'Etat luxembourgeois »>>

alors qu'aux termes de l'article 496-1 du Code pénal, “est puni des peines prévues à l'article 496, celui qui sciemment fait une déclaration fausse ou incomplète en vue d'obtenir ou de conserver une subvention, indemnité ou autre allocation qui est, en tout ou en partie, à charge de l'Etat, d'une autre personne morale de droit public ou une institution internationale »;

Attendu que le grief invoqué par le demandeur en cassation vise la violation de l'article 496 – 1 du Code pénal comme élément constitutif du recel ;

Attendu que le délit de recel est une infraction autonome, distinct du crime ou du délit qui a été la source de la possession de la chose recelée, soumis à un régime différent de celui de l'infraction d'origine ;

que la punissabilité du recel ne suppose pas que le fait de l'infraction primaire en tant que tel soit punissable au Luxembourg, mais seulement qu'un fait similaire commis au Luxembourg eût été punissable ;

que les juges du fond, en disant que le « fait d'escroquerie à subvention est punissable également au Luxembourg s'il est commis au Luxembourg au détriment de l'Etat luxembourgeois » ont légalement justifié leur décision ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne **A.)** aux frais de l'instance en cassation, les frais exposés par le Ministère Public étant liquidés à 8,25 euros.

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **neuf juin deux mille onze**, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, composée de :

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Georges SANTER, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour d'appel,
Gilbert HOFFMANN, conseiller à la Cour d'appel,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour,

qui ont signé le présent arrêt.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Madame Mylène REGENWETTER, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.