

N° 11 / 2013 pénal.
du 21.2.2013.
Not. 20429/10/CD
Numéro 3107 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, **vingt et un février deux mille treize**,

dans la poursuite pénale dirigée contre

X.), née le (...) à Luxembourg, demeurant à L-(...), (...),

demanderesse en cassation,

comparant initialement par Maître BARANDAO-BAKELE, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu, **actuellement par Maître Samira BELLAHMER**, avocat à la Cour,

en présence du Ministère public et des parties civiles :

1)A.), demeurant à L-(...), (...),

2)B.), demeurant à L-(...), (...),

3)C.), demeurant à L-(...), (...),

défendeurs en cassation.

l'arrêt qui suit :

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport du président Georges SANTER et les conclusions du premier avocat général John PETRY ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 17 janvier 2012 sous le numéro 33/12 V. par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 17 février 2012 par Maître Dorma BARANDAO-BAKELE pour et au nom de **X.)** au greffe de la Cour supérieure de Justice ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 19 mars 2012 par **X.) à D.) , A.) , B.) et C.)** , déposé le 19 mars 2012 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que **X.)** avait été condamnée par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, comme coauteur, du chef d'escroqueries, à une peine d'emprisonnement assortie du sursis et à une amende, ainsi qu'au paiement de certaines sommes d'argent à plusieurs parties civiles ; que sur appel de la demanderesse en cassation et du Ministère public, la Cour d'appel, siégeant en matière correctionnelle, a confirmé la condamnation au pénal et au civil à son encontre tout en redressant le libellé des infractions retenues à sa charge ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation des droits de la défense alors que plusieurs principes légaux et juridiques ont été méconnus par l'arrêt attaqué portant gravement atteinte aux droits de la défense de Madame X.) .

1-Responsabilité de la personne morale :

Les actes reprochés à la prévenue ont été commis sous le couvert d'une société anonyme disposant de ce fait d'une personnalité morale.

Par une loi du 3 mars 2010, le législateur luxembourgeois a introduit dans le droit pénal la responsabilité pénale des personnes morales.

*En l'espèce, la demanderesse en cassation était employée par la Société **SOCL.)** , société anonyme tombée en faillite le 13 mars 2010.*

Il convient donc de distinguer entre les actes commis avant la faillite et les actes commis après la faillite.

a-Actes commis avant la faillite :

*L'arrêt attaqué retient que la demanderesse a exécuté des infractions en tant que salariée de la **SOCL.) S.A.** entre fin 2009 et le 26 février 2010.*

A aucun moment l'arrêt attaqué ne s'interroge sur la mission ainsi que les ordres reçus par la salariée de la part de son employeur.

L'article 34 du Code pénal traitant désormais de la responsabilité des personnes morales retient que << Lorsqu'un crime ou un délit est commis au nom et dans l'intérêt d'une personne morale par un de ses organes légaux ou par un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de fait, la personne morale peut être déclarée pénalement responsable et encourir les peines prévues par les articles 35 à 38. >>

*L'arrêt attaqué ne pose à aucun moment la question de la responsabilité de la personne morale dans les actes posés par sa préposée. Elle ne fait à aucun moment une distinction claire entre les obligations de la demanderesse en tant que salariée de la firme **SOCL.) S.A.** et les actes délictueux qu'elle aurait pu poser à titre personnel.*

*De fait, la **SOCL.) S.A.** en qualité de personne morale ne fait l'objet d'aucune poursuites alors qu'aucun élément de l'instruction ne permet de retenir que Madame **X.)** ait abusé de sa fonction pour commettre des actes dans son seul intérêt et au préjudice de la **SOCL.) S.A.***

*En éludant complètement la question de la responsabilité morale de la **SOCL.) S.A.** et en retenant la seule responsabilité personnelle de Madame **X.)**, l'arrêt attaqué rend la salariée seule responsable des actes qu'elle est censée avoir posé dans l'intérêt de l'entreprise qui l'emploie.*

b-Actes commis après la faillite :

Le législateur luxembourgeois permet sous certaines conditions la continuation de certains contrats en cours lors de la survenance de la faillite. La continuation des contrats en cours doit être décidée par le curateur de la société dûment nommé par le tribunal commercial compétent.

L'instruction préliminaire n'a fait aucune investigation quant aux activités ayant cours après la faillite. De fait le curateur de la faillite n'a jamais été entendu afin qu'il situe les autorités répressives sur l'existence d'activité dans une société mise en faillite.

En l'espèce, l'arrêt attaqué ne s'est pas interrogé sur la question essentielle de savoir si après la survenance de la faillite, le curateur a pris les dispositions nécessaires pour faire continuer les contrats en cours.

*L'arrêt attaqué se contente de retenir que la demanderesse a exécuté elle-même les infractions dans les locaux de l'agence immobilière **SOCL.)** entre le 25 mai et le 9 juillet 2010.*

Or, en matière de faillite et en cas de non continuation de l'activité de l'entreprise les locaux de la SOCI.) devaient, sous diligence du curateur être mis sous scellés après inventaire.

En restant muet sur la question du fonctionnement de la SOCI.) après la faillite, l'arrêt attaqué ne pouvait pas en toute connaissance de cause déterminer clairement que Madame X.) avait bien commis à titre personnel les actes qui lui étaient reprochés en date du 25 mai 2010 et du 29 juillet 2010.

2-Respect du principe du contradictoire :

L'arrêt attaqué se contente de reprendre les déclarations des plaignants ainsi que le dossier répressif qui reprend les déclarations des plaignants sans procéder à aucune vérification supplémentaire, alors même que Madame X.) a toujours contesté les déclarations des plaignants et affirmé qu'elle avait toujours consciencieusement rempli sa mission.

L'instruction n'a jamais jugé utile d'approcher les propriétaires des adresses litigieuses pour leur demander s'ils ont été en contact avec Madame X.) et s'ils ont accepté qu'elle serve d'intermédiaire entre eux et les acquéreurs potentiels.

L'arrêt attaqué a implicitement validé cette lacune de l'instruction en accordant un crédit complet aux affirmations des plaignants au mépris des règles du contradictoire qui doivent régir tout procès pénal.

Force est de constater que la parole des plaignants a prévalu alors qu'aucun élément du dossier répressif ne vient corroborer l'idée selon laquelle << après encaissement d'une rémunération forfaitaire pour services promis, les personnes en recherche d'un bien à louer étaient envoyées à des adresses où il n'y avait pas de bien immobilier susceptible d'être donné en location ou bien les bailleurs ne connaissaient pas du tout SOCI.) , ou bien des rendez-vous fixés ont été annulés avant l'heure convenue sous des prétextes divers. >> (page 13 dernier paragraphe de l'arrêt attaqué.).

En retenant la culpabilité de Madame X.) sur la base des seules allégations des plaignants sans aucun autre élément de preuve, et alors même que la demanderesse contestait la version des faits des plaignants, l'arrêt attaqué a violé les règles du contradictoire devant régir la conduite d'un procès pénal.

Ces manquements à la procédure durant la phase de l'instruction et les silences de l'arrêt attaqué face à ces lacunes pourtant évoquées lors du procès par la défense, ont pour conséquence de porter préjudice aux intérêts de Madame X.) notamment sur son droit conformément à l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'Homme à jouir d'un procès équitable. »

Sur le premier grief :

Attendu que le premier grief vise d'abord, en rapport avec les actes commis avant la faillite de la société Centrale Immobilière du Luxembourg, l'insuffisance de détermination de la responsabilité personnelle de la demanderesse en cassation dans la mesure où elle a été condamnée en qualité de salariée de cette société ;

Que la demanderesse critique, en substance, les juges du fond pour ne pas avoir subordonné cette condamnation à la condition que la prévenue ait agi en nom personnel par abus de ses fonctions, à défaut de quoi seule la responsabilité pénale de la société aurait pu être engagée conformément à l'article 34 du Code pénal tel qu'introduit par la loi du 3 mars 2010 sur la responsabilité pénale des personnes morales ;

Mais attendu que l'article 34, alinéa 2, du Code pénal dispose que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions » ;

Attendu que les juges d'appel ont retenu la responsabilité pénale de la demanderesse en cassation ensemble avec celle d'un autre co-prévenu en considérant notamment que :

*« Les deux prévenus sont à retenir dans les liens des préventions d'escroqueries libellées à leur charge qui se situent avant la faillite de la société **SOCL.**) . C'est en vain que les deux prévenus entendent se prévaloir de l'arrêt précité de la Cour d'appel de 1999. S'il peut être retenu de l'enseignement de cet arrêt qu'un agent immobilier peut se limiter à une activité de marchand de listes, consistant simplement à mettre en contact des bailleurs et des locataires potentiels, sans intervenir dans la négociation entre ces parties, cet arrêt ne couvre à l'évidence pas l'hypothèse où, comme en l'espèce, cette activité est purement fictive, et n'a d'autre finalité que de s'approprier la rémunération forfaitaire que les personnes à la recherche d'une location doivent payer pour les services – inexistants – qui leur sont promis.*

*(...) La prévenue **X.**) , en contact direct avec les personnes à la recherche d'un bien immobilier, ne pouvait à l'évidence pas ignorer l'existence de cette arnaque. Son comportement après la souscription des documents et l'encaissement de la rémunération forfaitaire, tel qu'il a été décrit par les différents plaignants, dans leurs plaintes ou lors de leurs auditions, ne fait que corroborer qu'elle était parfaitement consciente de ce que l'activité alléguée et annoncée n'était que pure façade. »*

Attendu que les juges d'appel ont ainsi retenu aux termes d'une appréciation souveraine des éléments du dossier répressif contradictoirement discutés en audience publique, la responsabilité pénale personnelle et directe de la demanderesse en cassation en tant que personne physique, sans violer les droits de la défense et sans méconnaître les dispositions de l'article 34 du Code pénal ;

D'où il suit que le moyen, sous ce point, n'est pas fondé ;

Attendu que s'agissant ensuite des actes commis après la faillite de la société Centrale Immobilière du Luxembourg, la demanderesse en cassation tient grief aux juges d'appel de ne pas avoir vérifié si la société faillie a continué à fonctionner depuis la mise en faillite, donc si le curateur a ordonné la continuation des contrats en cours ou s'il a fait mettre les locaux de l'entreprise sous scellés après inventaire ;

Mais attendu que pour le groupe de faits commis après la mise en faillite de la société, les juges d'appel ont retenu la demanderesse en cassation dans les liens de la prévention d'escroquerie, non en qualité de salariée de la société, mais pour avoir fait usage de la fausse qualité de salariée de cette société ;

Que dès lors, il n'est pas pertinent de savoir quel était l'état de fonctionnement de la société au moment des faits ;

Que le moyen manque en fait sous ce point et ne saurait être accueilli ;

Sur le deuxième grief :

Attendu que la demanderesse en cassation reproche aux juges du fond d'avoir retenu, en violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sa culpabilité sur la base des seules allégations des plaignants sans aucun autre élément de preuve ;

Mais attendu que le juge du fond apprécie souverainement, en fait, la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction, qui lui sont régulièrement soumis et que les parties ont pu librement contredire ;

Que le principe du contradictoire impose de ne pas fonder sa conviction sur des éléments de preuve qui étaient inconnus des parties et que celles-ci n'ont dès lors pas pu discuter, condition qui a été respectée en l'espèce, mais il n'impose pas d'écarter, comme allégué, ceux des moyens de preuve qui sont contestés par le prévenu ;

Attendu que sous le couvert du grief de violation du principe du contradictoire et du droit à un procès équitable, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion des faits et des éléments qui ont été souverainement appréciés par les juges du fond et qui échappent au contrôle de la Cour de cassation ;

D'où il suit que le moyen, sous ce point, ne saurait être accueilli ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 89 pour défauts de motifs, sinon insuffisance de motifs, sinon encore motifs erronés, constitutifs d'un défaut de base légale en ce que l'arrêt attaqué retient que les éléments constitutifs de l'escroquerie se trouvent en l'espèce réunis.

Pour justifier cette position l'arrêt écarte l'application d'un arrêt de la Cour d'appel de 1999 invoqué par la partie requérante en se fondant sur les motifs suivants :

<< s'il peut être retenu de l'enseignement de cet arrêt qu'un agent immobilier peut se limiter à une activité de marchand de listes, consistant simplement à mettre en contact des bailleurs et des locataires potentiels, sans intervenir dans la négociation entre ces parties, cet arrêt ne couvre à l'évidence pas l'hypothèse où comme en l'espèce, cette activité est purement fictive, et n'a d'autre finalité que de s'approprier la rémunération forfaitaire que les personnes à la recherche d'une location doivent payer pour les services – inexistantes – qui leur sont promis >>.

Comme développé dans le premier moyen de cassation, le caractère inexistant des services effectués par Madame X.) ne découle que des déclarations des plaignants. Aucun autre élément du dossier répressif ne permet d'établir à l'exclusion de tout doute que Madame X.) ait entendu s'approprier la rémunération des clients sans fournir de contrepartie.

L'article 89 de la Constitution impose aux juges l'obligation d'examiner sérieusement les moyens qui leur sont soumis et de justifier, le cas échéant, leur rejet.

Cette obligation exige de la part des juridictions qu'elles constatent ou exposent de manière complète les faits qui sont nécessaires pour statuer sur le droit (Jacques BORE, << la cassation en matière civile >>, éd. 1988, page 664), permettant ainsi à la Cour de cassation de vérifier la légalité de la décision. Bien que souverains dans leur appréciation, les juges doivent en plus procéder à une appréciation d'ensemble des éléments de preuve et des faits leur soumis. (Ch commerciale, 23 octobre 1967, Bull. Civ. III, n° 336, cité dans BORE page 679).

La décision attaquée n'est pas motivée à suffisance. Elle se base uniquement sur les affirmations des plaignants et ne permet pas de déceler les faits permettant de conclure que Madame X.) n'a pas fourni la contrepartie exigée par le contrat qu'elle a fait signer aux plaignants dans le cadre de sa mission au service de la SOCI.).

L'arrêt attaqué se borne à se référer au comportement de la demanderesse décrit par les plaignants pour conclure que la demanderesse ne pouvait à l'évidence ignorer l'existence d'une arnaque et qu'elle était parfaitement consciente que l'activité annoncée et alléguée n'était que pure façade.

Il reste cependant que la preuve d'une activité délictueuse n'est absolument pas rapportée en dehors des seules déclarations des plaignants et que ces seules

déclarations ne peuvent suffire à l'exigence constitutionnelle de motivation d'un jugement.

L'arrêt doit, dès lors, encourir cassation sur base de ce deuxième moyen pour défaut de motivation, sinon insuffisance de motivation ou motivation erronée constitutive d'un défaut de base légale. »

Mais attendu que, pour considérer que les services offerts par la demanderesse en cassation étaient purement fictifs, les juges d'appel se sont déterminés par une motivation exhaustive sur base des déclarations des plaignants ;

Que les juges d'appel ont ainsi pu, sans encourir le grief d'un défaut de base légale, retenir que les éléments constitutifs de l'escroquerie se trouvent réunis ;

D'où il suit que le deuxième moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 5,50 euros.

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

Georges SANTER, président de la Cour,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Monique BETZ, conseiller à la Cour de cassation,
Mireille HARTMANN, conseiller à la Cour d'appel,
Agnès ZAGO, conseiller à la Cour d'appel,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour,

qui, à l'exception du représentant du Ministère public, ont signé le présent arrêt.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Monsieur Serge WAGNER, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.