

N° 60 / 2019 pénal.
du 04.04.2019.
Not. 31808/10/CD
Numéro CAS-2018-00035 du registre.

La Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg, a rendu en son audience publique du jeudi, **quatre avril deux mille dix-neuf**,

sur le pourvoi de :

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

prévenu,

demandeur en cassation,

comparant par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

en présence du **Ministère public**,

l'arrêt qui suit :

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 22 mai 2018 sous le numéro 190/18 par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour, au nom de X, suivant déclaration du 22 juin 2018 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 20 juillet 2018 par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS au nom de X au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Michel REIFFERS et les conclusions de l'avocat général Sandra KERSCH ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, avait condamné X du chef de faux en écritures de banque, d'usage de faux, d'escroqueries, de tentatives d'escroquerie et de blanchiment à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis partiel et à une amende ; que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris ;

Sur le premier moyen de cassation :

« première branche

Instruction partielle

tiré de la violation des articles 6§1 et 6§3(b) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, directement applicable ;

En ce que l'arrêt attaqué a rejeté comme << Concernant l'argumentation selon laquelle l'instruction aurait été menée uniquement à charge de son mandant, et pour autant que le mandataire de X demande la nullité de la procédure d'instruction, il convient conformément à l'article 126 du Code de procédure pénale, relatif aux nullités de l'information judiciaire, de retenir qu'il est forclos à invoquer cette demande devant la juridiction de fond.

(...)

Pour le surplus, et pour autant que les critiques en relation avec le fait qu'il n'a pas été procédé à une demande des données de géolocalisation des téléphones de son mandant ni à une vérification des appels téléphoniques de A) signifieraient que le mandataire de X invoque en l'espèce une demande d'actes d'instruction complémentaires, il convient de constater que de telles investigations ne sont pas utiles au vu de l'ensemble des éléments du dossier répressif.>>

Alors que

L'instruction a essentiellement consisté à la réunion d'un faisceau d'indices contre le requérant.

Ladite instruction n'a pas abouti à l'établissement de la moindre preuve à l'encontre du sieur X.

Ce dernier n'a jamais cessé de clamer son innocence.

Le faisceau d'indices consiste notamment à lister un certain nombre de connexions internet utiles et nécessaires pour commettre les faits répréhensibles ayant abouti à la condamnation du requérant.

Cette liste a permis de déterminer les lieux où les connexions ont eu lieu.

Monsieur X contestant sa présence sur les lieux au moment des faits, une instruction impartiale et partant autant à charge qu'à décharge aurait dû comprendre une géolocalisation du téléphone portable du requérant pour vérifier sa présence ou non sur les lieux où les infractions ont été commises.

En n'ordonnant pas une telle mesure, le juge d'instruction a mené une instruction à charge et non à décharge.

deuxième branche

Instruction partielle

tiré de la violation l'article 51 du Code d'instruction pénale ;

En ce que l'arrêt attaqué a rejeté comme << Pour le surplus, et pour autant que les critiques en relation avec le fait qu'il n'a pas été procédé à une demande des données de géolocalisation des téléphones de son mandant ni à une vérification des appels téléphoniques de A) signifieraient que le mandataire de X invoque en l'espèce une demande d'actes d'instruction complémentaires, il convient de constater que de telles investigations ne sont pas utiles au vu de l'ensemble des éléments du dossier répressif.>>

Alors que

La demande en nullité de l'instruction a été rejetée, les juridictions du fond la déclarant irrecevable,

Or, la violation des dispositions de l'article 51 du Code d'instruction criminelle doit pouvoir être sanctionnée à tout stade de la procédure,

En refusant d'annuler l'instruction en déclarant forclore une telle demande, la Cour d'appel a violé l'article 51 du Code d'instruction pénale » ;

Sur la première branche du moyen :

Attendu que le demandeur en cassation n'indique pas en quoi les juges d'appel auraient violé les dispositions visées au moyen ;

Qu'il en suit qu'en sa première branche, le moyen est irrecevable ;

Sur la seconde branche du moyen :

Attendu que l'article 51 du Code de procédure pénale, qui impose au juge d'instruction l'obligation d'instruire à charge et à décharge et dont la violation est invoquée, est étranger à l'arrêt attaqué ;

Qu'il en suit qu'en sa seconde branche, le moyen est irrecevable ;

Sur le second moyen de cassation :

« première branche

Atteinte à la présomption d'innocence

tiré de la violation des articles 6§2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, directement applicable ;

En ce que l'arrêt attaqué a rejeté comme << Concernant l'argumentation selon laquelle l'instruction aurait été menée uniquement à charge de son mandant, et pour autant que le mandataire X demande la nullité de la procédure d'instruction, il convient conformément à l'article 126 du Code de procédure pénale, relatif aux nullités de l'information judiciaire, de retenir qu'il est forclos à invoquer cette demande devant la juridiction de fond.>>

Alors que

Suivant cet article, tout accusé << est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie >> !

La jurisprudence applicable précise que << la présomption d'innocence exige, entre autres, qu'en remplissant leurs fonctions, les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé ; la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé >> (Affaire Barbera, Messegué et Jabardo vs Espagne arrêt du 6 décembre 1988).

La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme précise encore que cette présomption s'applique aux représentants de l'état en général et surtout à la phase d'instruction d'une affaire pénale.

Or ces moyens de nullité concernent tous la violation d'un principe essentiel, édicté par l'article 6§2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Le refus de poser le moindre acte d'instruction à décharge est une atteinte à ce principe de présomption d'innocence.

Une violation de ce principe doit pouvoir être sanctionnée à tout niveau de la hiérarchie judiciaire et ne peut faire l'objet de la moindre forclusion.

En refusant d'annuler une instruction ayant porté atteinte à la présomption d'innocence, la Cour d'appel a violé les articles 6§1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

deuxième branche

Atteinte à la présomption d'innocence

tiré de la violation des articles 6 § 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, directement applicable ;

En ce que l'arrêt attaqué a rejeté comme << C'est donc à bon droit que les juges de première instance n'ont accordé aucune foi aux déclarations de A) et qu'ils ont retenu que X avait contribué comme coauteur aux infractions de faux, usage de faux, escroquerie et blanchiment-détention. >>

Aux motifs que

Le requérant était << Si X conteste toute connexion au système SOFIE à partir des locaux de la société SOC1), notamment le 20 décembre 2010, il s'est avéré que durant le mois de décembre 2010 il a été présent à plusieurs reprises dans les locaux de la société SOC1). Le témoin B) a en effet déclaré que "X était présent dans les locaux au mois de décembre ... Lors de ces visites, il avait demandé de faire usage du réseau WIFI de la société SOC1) Sàrl pour se connecter au réseau Internet. Il avait à chaque fois ramené son ordinateur portable personnel ..." (audition du 24 février 2011 rapport no SPJ/IEFC/2011/11697/42-KEMI) et le courrier du 6 octobre 2016 de Maître C) n'est pas de nature à écarter toute présence de X dans les locaux de la société SOC1) le 20 décembre 2010 après 15.30 heures. Quant à la connexion via le logiciel SOFIE au réseau de D), celui-ci n'a pas été protégé par un mot de passe de sorte que toute personne se trouvant à proximité de son logement situé à Grevenmacher a pu se connecter. >>

Alors que

Suivant cet article, tout accusé << est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie >> !

La jurisprudence applicable précise que << la présomption d'innocence exige, entre autres, qu'en remplissant leurs fonctions, les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé ; la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé >> (Affaire Barbera, Messegué et Jabardo vs Espagne arrêt du 6 décembre 1988).

En l'absence de preuve de culpabilité du sieur X, les juges de première instance ont basé leur décision sur un faisceau d'indices.

Le faisceau d'indices consiste notamment à lister un certain nombre de connexions internet utiles et nécessaires pour commettre les faits répréhensibles ayant abouti à la condamnation du requérant.

Cette liste a permis de déterminer les lieux où les connexions ont eu lieu.

Le faisceau d'indices a permis de faire des liens, ou plutôt des raccourcis entre Monsieur X et les lieux de commission des infractions. Il en ressort un

raisonnement tenu par les magistrats selon lequel lesdits liens emportent leur intime conviction.

Les dépositions des témoins quant à la possibilité du sieur X de se trouver sur les lieux où les connexions ont eu lieu laissent entendre que ses présences ne peuvent avoir eu lieu aussi souvent que listées par le parquet ni à toutes les dates et horaires indiqués.

Tant en première instance qu'à hauteur d'appel, le requérant a fourni un courrier de Maître C) démontrant qu'au moment d'une des connexions, il ne pouvait se trouver sur les lieux où la connexion était intervenue.

En indiquant << le courrier du 6 octobre 2016 de Maître C) n'est pas de nature à écarter toute présence de X dans les locaux de la société SOCI) le 20 décembre 2010 après 15.30 heures >> les magistrats à hauteur d'appel ont conclu hâtivement à une pertinence relative de cette pièce.

La liste des connexions et des dépositions des témoins n'est pas de nature à établir avec certitude la présence de X sur les lieux desdites connexions et partant son implication dans les faits répréhensibles.

Or, en accordant plus de poids au faisceau d'indices lacunaires qu'à une pièce de nature à écarter les doutes, l'arrêt d'appel a porté atteinte à la présomption d'innocence. » ;

Sur la première branche du moyen :

Attendu que le demandeur en cassation ayant eu la possibilité d'exercer des recours contre les actes d'instruction devant les juridictions compétentes conformément à l'article 126 du Code de procédure pénale, la Cour d'appel, en décidant que la nullité de l'instruction préparatoire ne pouvait plus être invoquée devant la juridiction de jugement, n'a pas violé la disposition visée au moyen ;

Qu'il en suit qu'en sa première branche, le moyen n'est pas fondé ;

Sur la seconde branche du moyen :

Attendu que sous le couvert du grief de la violation de la disposition visée au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation souveraine, par les juges d'appel, des éléments de preuve réunis par le juge d'instruction, appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

Qu'il en suit qu'en sa seconde branche, le moyen ne saurait être accueilli ;

Par ces motifs,

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 8,25 euros.

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

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Viviane PROBST.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Monsieur Serge WAGNER, premier avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.