

**Arrêt n° 487/14 Ch.c.C.
du 10 juillet 2014.**
(Not. : WWW/12/CD)

La chambre du conseil de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg a rendu le dix juillet deux mille quatorze l'**arrêt** qui suit:

Vu l'ordonnance de non-informer rendue le 24 décembre 2013 par le juge d'instruction directeur près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg;

Vu l'appel relevé de cette ordonnance le 24 décembre 2013 reçu au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg par déclaration du mandataire de

[108 parties civiles]

parties civiles.

Vu les informations données par lettres recommandées à la poste le 17 mars 2014 aux mandataires des parties civiles pour la séance du vendredi 25 avril 2014;

Entendus en cette séance:

Maître Bernard MAINGAIN, avocat au barreau de Bruxelles, Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, et Maître Benjamin BODIG, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, comparant pour les parties civiles en leurs moyens d'appel;

Madame le premier avocat général Martine SOLOVIEFF, assumant les fonctions de ministère public, en ses conclusions;

Vu la rupture du délibéré ordonnée le 5 mai 2014 par la chambre du conseil. L'affaire a été refixée à la séance du vendredi 20 juin 2014 lors de laquelle elle a été remise à la séance 20 juin 2014. A cette dernière séance l'affaire a été remise à la séance du mardi 24 juin 2014.

Entendus en cette dernière séance:

Maître Bernard MAINGAIN, avocat au barreau de Bruxelles, Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, et Maître Benjamin BODIG, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, comparant pour les parties civiles en leurs moyens;

Madame le premier avocat général Martine SOLOVIEFF, assumant les fonctions de ministère public, en ses conclusions;

Après avoir délibéré conformément à la loi;

LA CHAMBRE DU CONSEIL DE LA COUR D'APPEL :

Par déclaration du 24 décembre 2013 au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, Maître Benjamin BODIG a relevé appel au nom et pour le compte de cent-huit parties civiles, plus amplement désignées dans une liste annexée à la constitution de partie civile et dans un courrier du 5 mars 2014 adressé par téléfax à la Cour, d'une ordonnance de non-informer rendue le 24 décembre 2013 par Monsieur le juge d'instruction directeur auprès du susdit tribunal dans le dossier ouvert sous la notice WWWW/12/CD.

L'ordonnance entreprise est jointe au présent arrêt.

La décision retient en substance que le délai de prescription de trois ans de l'article 638 ancien du code d'instruction criminelle est applicable aux délits d'escroquerie et d'abus de confiance dénoncés par les parties civiles ; qu'il a commencé à courir au plus tard le 12 décembre 2008 et qu'il était expiré à la date de la plainte avec constitution de partie civile déposée le 26 novembre 2012.

Les parties appelantes reprochent au juge d'instruction d'avoir motivé sa décision exclusivement par rapport à la commercialisation du produit financier dénommé « A », ci-après « A », qualifié d'escroquerie ou d'abus de confiance, et de leur avoir opposé un refus d'informer pour l'ensemble des multiples faits dénoncés dans la plainte bien que ces faits soient distincts de ceux relatifs à la commercialisation de l'« A » et qu'ils puissent revêtir d'autres qualifications que celles envisagées dans l'ordonnance de non-informer et notamment celles de faux et d'usage de faux en écriture, de faux bilans, d'exercice illégal de l'activité de banque (en Espagne), ou de l'activité de prestataire de services d'investissement (en France), d'abus de biens sociaux commis par des membres de la famille des « *real beneficiary owners* » du groupe B) (page 26 de la plainte), d'association de malfaiteurs et des opérations de blanchiment et de recel (pages 28 et 34 de la plainte).

Elles exposent que le juge d'instruction aurait dû procéder à une analyse d'ensemble des activités délictueuses du réseau bancaire B) et de ses représentants et dirigeants; que le refus d'informer pour l'ensemble des faits sans autre vérification constituerait une violation de l'article 57 du code d'instruction criminelle et une atteinte au droit d'accès à la justice consacré par l'article 6 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

Les parties civiles contestent plus particulièrement l'ordonnance de non-informer en ce qu'elle déclare éteinte par la prescription l'action publique relative aux infractions d'escroquerie et / ou d'abus de confiance.

En ce qui concerne les infractions d'abus de confiance dont les parties civiles auraient été victimes, l'ordonnance entreprise a appliqué la jurisprudence qui décide que pour les infractions occultes ou clandestines

par nature, le point de départ de la prescription doit être fixé, non au jour de leur commission effective, comme c'est le cas pour les infractions instantanées, mais au jour où les infractions sont apparues et ont pu être constatées dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Les parties appelantes critiquent la fixation de cette date au 12 décembre 2008, qui est celle du jugement prononçant la dissolution et la liquidation de l'établissement de crédit B) S.A.

Elles font valoir que la référence à la date de ce jugement pour la fixation du point de départ de la prescription est arbitraire et que le juge d'instruction aurait pu se référer plus judicieusement à la date d'ouverture de la liquidation de la compagnie d'assurance C) en 2011.

Elles exigent que la date de l'apparition des infractions et de leur constatation dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique soit déterminée pour chaque victime individuellement par la prise en compte des circonstances concrètes dans lesquelles elle a eu effectivement connaissance des infractions.

Elles exposent que nombre d'infractions constituent des infractions continues, pour lesquelles la prescription a comme point de départ le jour où l'acte délictueux a pris fin, et des infractions continuées qui se prescrivent à partir du dernier fait commis avec la même intention délictueuse pour autant que le délai de prescription ne soit écoulé entre aucun des faits.

Se référant à la jurisprudence française (cass. crim. 24 septembre 1998, pourvoi n°97-84017;97-84030, B. 1998 n° 234 p. 672), elles font encore valoir que tout acte de poursuite ou d'instruction au sens de l'article 637, alinéa 2, du code d'instruction criminelle, valablement accompli, même à l'étranger, par les autorités judiciaires compétentes, interrompt la prescription des infractions poursuivies au Luxembourg quel que soit l'effet attaché à cet acte par la loi étrangère au regard de son propre système de prescription.

Les parties appelantes font état des procédures poursuivies en Espagne à Dénia (Alicante) et à San Roque et, en France, à Paris par le juge d'instruction M. Van Ruymbeke (n° de notice WWW, n° dossier d'instruction XXXX/19/7) suite aux plaintes avec constitution de partie civile de victimes.

Elles ont versé en cours de délibéré une copie de la plainte en langue espagnole adressée le 21 janvier 2009 au juge d'instruction près le tribunal de San Roque en Espagne, une copie du projet de courrier de plainte avec constitution de partie civile adressé par l'avocat de M. Thomas Müller au juge d'instruction M. Van Ruymbeke, pôle financier, Paris, et la copie en langue islandaise d'un jugement rendu à Reykjavik le 5 juin 2014.

Il ressort encore des arrêts de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de Cassation française versés en cause par les parties appelantes, que des plaintes avec constitution de partie civile avaient été déposées en France, ainsi, à titre d'exemple, celle de D), le 20 mai 2009.

En ordre subsidiaire, les parties appelantes demandent à la chambre du conseil de la Cour d'appel de saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne de la question préjudicielle suivante :

« *Les dispositions des articles 637, 638 et 640 du code d'instruction criminelle du Grand-Duché de Luxembourg interprétés en ce sens que ne constituent pas des actes d'instruction ou de poursuite interruptifs de prescription, les actes d'instruction ou de poursuite posés par les autorités sur le territoire d'autres États membres de l'Union, constituent-ils ou non une violation du Traité de l'Union et notamment de ses dispositions concernant la liberté de circulation, d'établissement et/ou de résidence des ressortissants communautaires et/ou des citoyens de l'Union ?* ».

Les parties appelantes invoquent encore les crimes de faux et d'usage de faux, non prescrits, dont elles auraient été victimes. Notamment les faits suivants seraient constitutifs de ces infractions:

- Le bureau E), agissant en Espagne comme intermédiaire de B), se présentait au public comme « *chartered accountant* » bien qu'il eût été rayé de la liste des « *chartered accountants* » au Royaume Uni (page 6 de la plainte).

- Les fausses promesses écrites de rentabilité du produit « A » et d'exemption de l'impôt sur la succession des immeubles hypothéqués en faveur de B) (page 14 de la plainte).

- Les techniques de valorisation des portefeuilles de titres dans le contexte des procédures pendantes en Islande. Les surévaluations visaient à maintenir artificiellement le cours en bourse des actions de la maison mère à un niveau élevé (pages 16 et 17 de la plainte).

- La surévaluation des actifs a comme conséquence de fausser les bilans de B) et de sa filiale F) (page 18 de la plainte).

- La révision des documents comptables par les commissaires réviseurs et particulièrement la s. à r. l. . G) en février 2008 (page 24 de la plainte).

Les parties civiles demandent en outre à la chambre du conseil de la Cour de vérifier si B) S.A. s'est conformée à la « *loi luxembourgeoise du 31 janvier 2007/ 1^{er} novembre 2007 concernant la protection des investisseurs* ».

Par décision du 5 mai 2014, la chambre du conseil de la Cour d'appel a ordonné la rupture du délibéré pour permettre aux parties appelantes et au ministère public de prendre position quant à la compétence territoriale internationale du juge d'instruction.

Les parties furent encore invitées à l'audience à prendre position quant à l'applicabilité de la loi du 3 mars 2010 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le code pénal et dans le code d'instruction criminelle.

Les parties appelantes concluent à voir retenir la compétence des juridictions pénales luxembourgeoises pour connaître des infractions en cause en application de l'article 7-2 du code d'instruction criminelle suivant lequel toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli au Grand-Duché de Luxembourg doit être réputée y avoir été commise.

Elles font encore valoir que la question de la compétence pourrait se poser éventuellement au terme de l'instruction lorsque toutes les activités délictueuses du réseau B) auront été mises à jour, mais non d'ores et déjà au stade actuel de la procédure.

Pour justifier la décision de non-informer à l'encontre de la liquidatrice de B) S.A., le juge d'instruction directeur a constaté qu'il n'est pas aisé d'identifier, sur base des faits exposés dans la plainte, les irrégularités qui auraient pu être commises dans le cadre des opérations de liquidation ; que les reproches sont de nature civile et ne sauraient engager la responsabilité pénale du mandataire judiciaire qui exerce sa mission sous l'autorité et le contrôle du juge-commissaire et dont la mission consiste à satisfaire les créanciers ; que le produit « A) » n'a pas de caractère exceptionnel et ne peut être considéré comme un montage frauduleux en soi en l'absence d'autres éléments venant confirmer la fraude ; que B) S.A. disposait des autorisations requises pour ses activités en France ; que nombre de plaignants ont déjà saisi les autorités judiciaires espagnoles de l'affaire et que les poursuites entamées au Luxembourg risquent d'encourir l'irrecevabilité pour violation de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (principe du *non bis in idem*).

Les parties appelantes contestent le bien-fondé de ces motifs et font valoir que les manœuvres accomplies en vue de la réalisation des actifs, produits des infractions, s'analysent en des opérations de blanchiment et de recel qui ne sont pas prescrites et qui doivent être comprises dans l'instruction préparatoire. La plainte cite plus particulièrement le cas des parties P1), P2) et P3) dont le portefeuille titres ou le placement chez F) aurait été réalisé.

La représentante du Parquet Général soulève l'incompétence du juge d'instruction pour instruire les infractions commises à l'étranger. Elle requiert pour le surplus la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Ceci étant exposé :

Il appartient au juge d'instruction, saisi d'une plainte avec constitution de partie civile, de vérifier d'office sa compétence, en l'occurrence sa compétence internationale au regard de l'article 5 du code d'instruction criminelle, la compétence étant l'ordre public, la possibilité d'une action publique en application de l'article 57, alinéa 3, ainsi que la recevabilité de la constitution de partie civile en vertu de l'article 58, alinéas 2 et 3, du susdit code.

La chambre du conseil de la Cour d'appel relève d'emblée que les faits dénoncés dans la plainte avec constitution de partie civile ne peuvent comporter une poursuite dans la mesure où ils sont imputés à une personne morale. Les faits en cause sont tous antérieurs à la loi du 3 mars 2010 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le code pénal et dans le code d'instruction criminelle. L'élément légal de la responsabilité pénale des personnes morales faisant défaut, il s'ensuit que ni B) S.A., ni B) Islande, ni la compagnie d'assurances F), ni les sociétés ayant agi comme intermédiaires de B) en Espagne, en France ou ailleurs, ne peuvent être poursuivies au Luxembourg.

L'irresponsabilité pénale de ces sociétés reste cependant sans incidence sur celle des dirigeants et représentants qui ont accompli des faits qualifiés infraction au nom et pour le compte de la société pour laquelle ils agissent.

Aux termes de l'article 5, alinéas 1 et 2, du code d'instruction criminelle « Tout Luxembourgeois qui hors du territoire du Grand-Duché s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi luxembourgeoise peut être poursuivi et jugé dans le Grand-Duché ».

« Tout Luxembourgeois qui, hors du territoire du Grand-Duché s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi luxembourgeoise peut être poursuivi et jugé dans le Grand-Duché de Luxembourg si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis ».

L'article 5, alinéa 6, dispose qu' « en cas de délit commis contre un particulier luxembourgeois ou étranger, la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public; elle doit être précédée d'une plainte soit de la partie offensée ou de sa famille, soit d'une dénonciation officielle à l'autorité luxembourgeoise par l'autorité du pays où le délit a été commis ».

Suivant l'alinéa 7 du même article: «L'étranger coauteur ou complice d'un crime commis hors du territoire du Grand-Duché par un Luxembourgeois pourra être poursuivi au Grand-Duché, conjointement avec le Luxembourgeois inculqué ou après la condamnation de celui-ci ».

L'article 7-2 dispose encore qu' « est réputée commise sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli au Grand-Duché de Luxembourg ».

Il y a lieu de vérifier la compétence internationale des juridictions répressives luxembourgeoises sur le fondement de ces dispositions qui relèvent de d'ordre public. Les juridictions sont par conséquent tenues de vérifier d'office leur compétence, la méconnaissance d'une règle de compétence entraînant la nullité des décisions prononcées.

Comme en l'espèce l'application des règles de compétence internationale ne requiert pas l'exécution de mesures d'instruction pour déterminer si un acte caractérisant un des éléments constitutifs des infractions visées dans la plainte avec constitution de partie civile a été accompli au Grand-Duché de Luxembourg, la chambre du conseil de la Cour d'appel peut et doit se prononcer sur la compétence du juge d'instruction dès ce stade de la procédure et, au cas où elle constaterait l'incompétence du juge d'instruction, substituer en tout ou en partie une décision d'incompétence à l'ordonnance de non-informer entreprise.

Le produit « A) » se composait d'une offre de prêt et d'une offre de souscription d'un contrat d'assurance-vie adossé à des fonds d'investissements. Le montant du prêt, à l'exception de la fraction mise à disposition de l'emprunteur et d'une commission prélevée au profit de la banque, était placé dans divers produits financiers choisis par la banque et nantis à son profit. Ces placements devaient générer un rendement au moins égal à la dette à rembourser, voire engendrer des bénéfices supplémentaires au profit des emprunteurs, en fonction des performances des investissements opérés.

Le prêt était garanti par une inscription hypothécaire sur la propriété immobilière de l'emprunteur et les polices d'assurances étaient elles-mêmes nanties au profit de la banque. Les actes d'emprunt hypothécaires étaient signés devant un notaire en Espagne ou en France et obligeaient les emprunteurs à faire effectuer des investissements via la police d'assurance-vie et sur d'autres supports d'investissement choisis par le prêteur.

Accessoirement, la souscription de l'« A) » devait entraîner une exemption de l'impôt espagnol sur la succession des propriétés immobilières hypothéquées au profit de la banque.

Le fait par les dirigeants et représentants de B) S.A. de faire souscrire le « A) », fonctionnant toujours suivant le schéma prédécrit, par des particuliers se disant novices en matière de placements financiers spéculatifs, est susceptible de s'analyser en une escroquerie qui consistait à déterminer les actuelles parties civiles par des manœuvres frauduleuses à consentir à une hypothèque sur leurs biens sis en Espagne, en France ou encore au Portugal, au profit de B) S.A. pour garantir des prêts accordés par celle-ci, la totalité, sinon la majeure partie des fonds prêtés, restant à la disposition de la banque pour être investis par elle dans une assurance-vie auprès de la compagnie d'assurance F), filiale de B) ou dans un portefeuille titres de la banque.

Les éléments constitutifs du délit d'escroquerie, à savoir les manœuvres frauduleuses employées pour amener les emprunteurs à souscrire à l'« A) » et la remise de la chose convoitée par B), à savoir, la constitution d'une sûreté réelle à son profit, documentée par la signature d'un acte notarié de crédit hypothécaire, furent dans tous les cas accomplis au lieu de la résidence des victimes en Espagne, en France et encore au Portugal (cas de WWW). En effet, la remise peut consister dans la transmission d'un titre de propriété, d'un titre conférant une sûreté hypothécaire ou de tout autre document qui pourrait permettre à la personne soupçonnée d'escroquerie de prendre possession de l'immeuble. Le délit est constitué même si la personne soupçonnée n'a pas tiré profit du titre dont elle a obtenu la remise. Le préjudice, qui pourrait être simplement moral ou abstrait, n'est pas un élément constitutif de l'infraction.

En application de l'article 5, alinéa 2, du code d'instruction criminelle, les auteurs soupçonnés des faits qualifiés escroquerie commis à l'étranger, qui ne sont pas des nationaux luxembourgeois, ne peuvent être poursuivis au Luxembourg, même si la condition de la réciprocité de l'incrimination est donnée.

Il n'est pas contesté que les personnes physiques impliquées comme auteurs ou coauteurs dans la commercialisation de l'« A) » en Espagne et en France ne possèdent pas la nationalité luxembourgeoise.

A supposer même que l'une ou l'autre de ces personnes ait eu la nationalité luxembourgeoise, encore faudrait-il pour que l'escroquerie, qui est un délit commis contre des particuliers, puisse être poursuivie au Luxembourg, que le ministère public prenne l'initiative des poursuites en présence soit d'une dénonciation officielle à l'autorité luxembourgeoise par l'autorité du pays où le délit a été commis, soit d'une plainte de la victime. La plainte avec constitution de partie civile est à elle seule impuissante à déclencher l'action publique dans ce cas.

Les parties civiles soutiennent que des actes préparatoires à la fraude ont pu être accomplis au Luxembourg ; que le montage de l' « A) » a pu y être conçu ; que les avoirs en titres des parties civiles furent gérés à partir du Luxembourg et que les décisions d'investissement y furent prises.

Or, les actes qualifiés de préparatoires de l'escroquerie, comme la mise au point du montage de l' « A) », ne constituent pas des actes caractérisant un des éléments constitutifs de l'infraction au sens de l'article 7-2 du code d'instruction criminelle.

La chambre du conseil de la Cour d'appel constate encore à ce propos que la commercialisation du produit « A) », et partant son « montage », remontaient en Espagne au moins à 2004.

Ainsi il ressort des pièces versées par les parties appelantes que, par exemple, les époux P4) avaient souscrit à l'« A) Scheme » le 21 septembre 2004. Suivant leur attestation versée parmi les pièces, tout allait bien jusqu'à la crise financière de 2008 (« *all went well until the world wide financial crash in 2008* »). Si tel était le cas, le reproche à formuler à l'encontre des dirigeants de B) S.A. consisterait, non à avoir, à un moment donné, commercialisé l'« A) » lorsque l'évolution des marchés financiers y était propice, mais plutôt à avoir poursuivi la commercialisation de ce produit même lorsque les marchés financiers étaient déjà atteints par la crise financière et que les prévisions initiales étaient bouleversées.

Ne constituent pas non plus des actes caractérisant un des éléments constitutifs de l'escroquerie, les actes postérieurs à la remise qui poursuivent l'exécution des prêts consentis aux parties civiles ou des contrats de gestion des portefeuilles titres. De même le déplacement de la chose escroquée ne peut justifier la localisation du délit au Luxembourg (cf. Les infractions contre les biens, collection droit pénal, Larquier, p. 396 ; J. Spreutels, Escroquerie, chèque sans provision et compétence territoriale, Revue de droit pénal, 1981, p. 245).

Il en est encore ainsi des faits qualifiés par les parties civiles d'abus de confiance en relation avec le placement de leurs portefeuilles titres en bons de la banque mère islandaise.

Afin de se procurer des liquidités, les représentants de B) S.A. auraient acquis des bons de B) Islande pour compte de leurs clients, même sans leur consentement et à leur insu et cela encore quelques mois avant la mise en sursis de paiement de B) Islande le 5 décembre 2008 et quelques semaines avant la procédure de sursis de paiement de B) par jugement du 8 octobre 2008 du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.

Les parties appelantes argumentent que le détournement étant localisé au Luxembourg, les juridictions répressives luxembourgeoises sont compétentes pour connaître de ces délits.

Or ces investissements en obligations émises par B) Islande furent accomplis en exécution des contrats de prêt hypothécaire souscrits par les emprunteurs. Il s'agit de simples actes postérieurs à la commission de l'escroquerie qui ne caractérisent pas un des éléments constitutifs du délit.

Ces faits postérieurs au délit ne peuvent justifier une extension de la compétence territoriale au profit des juridictions luxembourgeoises.

Il s'ensuit que toute poursuite au Luxembourg du chef des faits qualifiés escroquerie en rapport avec la souscription de « A) » par les parties civiles est exclue, les faits en cause ne relevant pas du champ d'application de la loi pénale luxembourgeoise.

Si trois anciens cadres de la banque, à savoir: H), de nationalité danoise, I), un Suédois, et J), un Belge, ont été mis en examen en France, c'est précisément parce que les escroqueries qui leur sont reprochées furent commises en France.

Il en est encore ainsi, en application de l'article 5, alinéa 2, pour les faits pouvant constituer, en France, l'exercice illégal de l'activité de prestataire de services d'investissement et, en Espagne, l'exercice de l'activité de banque. Il ressort des pièces du dossier que B) S.A. disposait d'un bureau de représentation en Espagne (*representative office*) qui, suivant la loi espagnole, n'était pas autorisé à accomplir des opérations bancaires de dépôts et de crédit. Suivant la loi espagnole applicable, la mission d'un bureau de représentation est limitée à des actes de publicité et d'information de la clientèle sur les services offerts par la banque.

Tombent en outre sous l'article 5, alinéa 2, les infractions dont les éléments constitutifs sont localisés :

- soit en Islande, à savoir : les abus de biens sociaux reprochés au bénéficiaire économique de B) Islande et de ses proches ainsi que les faits de manipulation des cours des actions et de surévaluation frauduleuse des actifs de la B) Islande et de ses obligations, pouvant se traduire, le cas échéant, indirectement, par des bilans faussés de la banque mère,

- soit en Espagne, en France ou encore au Portugal, à savoir : le faux et l'usage de faux qui consisterait en la documentation remise aux clients potentiels pour les convaincre de souscrire à l'« A) » vantant la rentabilité hors pair de l'opération, la valeur à venir du portefeuille qui couvrirait l'intégralité de l'emprunt et assurerait même un revenu d'appoint, et promettant aux souscripteurs que leur propriété immobilière serait exemptée de l'impôt sur la succession en Espagne; enfin le faux en écriture qui consisterait en la fausse qualité de « *chartered accountant* » dont se prévalaient les dirigeants et représentants de la société E) en Espagne.

En outre, quant aux reproches relatifs aux faux bilans de B) et à l'existence d'une association de malfaiteurs comprenant des dirigeants du réseau B) ayant opéré à partir du Luxembourg, la question de l'existence d'un préjudice né directement de ces faits au détriment des parties civiles pourrait se poser le cas échéant.

La participation à une association de malfaiteurs, classée parmi les infractions contre la sécurité publique, diffère des infractions commises et qui lui font suite. Sur le plan civil, l'association de malfaiteurs constitue aussi une incrimination indépendante des infractions contre les personnes ou contre les biens qui sont préparées ou commises par les membres du groupement. Pour être recevable, la constitution de partie civile doit se fonder sur un préjudice prenant directement sa source dans l'infraction d'association de malfaiteurs et pouvant être distingué de celui résultant des autres infractions imputées aux personnes mises en cause.

Le juge d'instruction est tenu de vérifier non seulement sa compétence et l'existence d'une cause de non-informer suivant l'article 57 (3) du code d'instruction criminelle, mais encore, et cela d'office, la recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile, surtout lorsqu'en l'absence de réquisitoire introductif du ministère public, sa saisine se fonde exclusivement sur celle-ci.

Les parties appelantes se plaignent des commissions élevées qu'elles ont dû payer à la banque. Elles soutiennent qu'elles ont été trompées sur le montant de ces commissions qui n'est pas précisé dans les contrats conclus entre parties.

Elles affirment encore que les représentants de B) les ont incitées à contracter des prêts pour des montants exorbitants qui dépassent de loin leurs besoins et leurs capacités financières.

La « loi du 31 janvier 2007 / 1^{er} novembre 2007 concernant la protection des investisseurs », invoquée par les parties appelantes est inexistante.

Il existe par contre une loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers (« MiFID ») portant modification notamment de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Les règles de conduite du secteur financier à l'égard des clients, définies par la loi modifiée du 5 avril 1993 (article 37) et le règlement grand-ducal MiFID du 13 juillet 2007 s'appliquent également pour des prestations de services et l'exercice des activités d'investissement par un établissement de droit luxembourgeois sur le territoire d'un autre État membre de l'Union Européenne (articles 43, 45).

Parmi ces règles de bonne conduite figure une obligation d'information au profit des clients quant aux rémunérations et commissions à leur charge (article 30 du règlement grand-ducal du 13 juillet 2007 relatif aux exigences organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier).

L'article 37-3 (4) de la loi sur le secteur financier ainsi que l'article 41 (2) du règlement grand-ducal MiFID exigent des établissements financiers, lorsqu'ils fournissent des services de conseil en investissement ou de gestion de portefeuilles, de prendre en compte les connaissances et l'expérience du client en matière d'investissement, sa situation financière et ses objectifs d'investissement afin de lui recommander les services d'investissement et les instruments qui lui conviennent (*suitability test*). Dans le cadre de la gestion discrétionnaire, ces informations sont à obtenir au début de la relation avec le client afin de définir le type de produits qui conviennent au client.

L'établissement doit s'abstenir d'effectuer de sa propre initiative pour ses clients des transactions inutiles ou contraires à l'intérêt des clients ou des transactions qui sont effectuées dans le seul intérêt de l'établissement. Un éventuel conflit d'intérêts a ainsi pu apparaître lorsque B) a massivement investi dans les obligations de B) Islande pour le compte des parties civiles.

L'inobservation de ces règles peut, d'une part, engager la responsabilité civile des professionnels du secteur financier, et, d'autre part, entraîner des sanctions administratives, comme le retrait de l'agrément ou des amendes d'ordre (cf. articles 23 (4) et 63 de la loi modifiée du 5 avril 1993 et article 96 de la loi du 13 juillet 2007).

Cependant, la violation des règles de conduite n'entraîne pas de sanctions pénales.

L'évocation de la législation relative au secteur financier et aux marchés d'instruments financiers est par conséquent inopérante sur le plan pénal, sauf que les manquements à cette législation peuvent caractériser les manœuvres frauduleuses reprochées aux représentants de B).

Comme la chambre du conseil de la Cour d'appel retient l'incompétence sur le plan international du juge d'instruction pour instruire les faits qualifiés infractions dénoncés par les parties civiles, à l'exception du blanchiment reproché à la liquidatrice, de l'infraction de faux bilans imputée aux dirigeants de B) et d'association de malfaiteurs, il devient superfétatoire de statuer sur la prescription de ces faits appliquée par l'ordonnance entreprise.

En outre, les pièces versées en copie en cours de délibéré sont inexploitablement comme n'étant pas accompagnées d'une traduction dans une des langues judiciaires du Luxembourg ou comme ne constituant qu'un projet non signé d'une plainte avec constitution de partie civile.

En ce qui concerne le délit de blanchiment imputé à la liquidatrice de l'établissement financier B) S.A., nommée par jugement du 12 décembre 2008 du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, la chambre du conseil de la Cour relève que, contrairement à l'appréciation du juge d'instruction, la qualité de liquidateur judiciaire ne confère aucune immunité pénale ; que l'insuffisance, voire l'absence de données concrètes quant aux opérations de liquidation qualifiées de blanchiment, reprochées à la liquidatrice, n'est pas une cause de non-informer ; qu'en effet, en cas de plainte insuffisamment motivée ou insuffisamment justifiée par les pièces produites, le juge d'instruction peut être saisi de réquisitions tendant à ce qu'il soit provisoirement informé contre toutes personnes que l'instruction fera connaître (article 57, alinéa 4, du code d'instruction criminelle) ; qu'au vu des mises en examen intervenues en France, il existe d'ores et déjà des indices permettant de croire que la commercialisation du produit financier « A) » a été opérée au moyen de procédés malhonnêtes susceptibles de revêtir la qualification d'escroquerie et que B) ne disposait pas en France de l'autorisation requise pour l'activité de prestataire de services d'investissement ; qu'il ne saurait être d'ores et déjà exclu que le bureau représentatif de B) en Espagne exerçât une activité de banque sans l'autorisation requise ; que la règle *non bis in idem* consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales interdit aux juridictions d'un même État (mais non aux juridictions nationales de deux ou plusieurs États) de poursuivre ou de condamner pénalement pour une même infraction quiconque a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif. La règle vise à prohiber la répétition de poursuites pénales définitivement clôturées dans un même État par une décision définitive passée en force de chose jugée (Sudre, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 6^e édition, Thémis, P.U.F. page 436).

L'infraction de blanchiment est également punissable lorsque l'infraction primaire a été commise à l'étranger (article 506-3 du code pénal).

La chambre du conseil de la Cour relève encore que si l'article 506-1 du code pénal impose la démonstration d'un crime ou d'un délit préalable ayant procuré les fonds qui auraient été blanchis, l'existence de l'infraction préalable avec ses éléments constitutifs peut être constatée indépendamment du fait qu'une condamnation ait été ou non prononcée du chef de cette infraction.

Compte tenu de ces considérations, le juge d'instruction ne pouvait pas décider de ne pas instruire du chef de blanchiment.

Par contre, n'admettent aucune qualification pénale les griefs élevés à l'encontre de la liquidatrice pour avoir appliqué un taux de change non conforme au jugement du 12 décembre 2008 qui avait ordonné que les créances libellées dans une monnaie autre que l'euro seront converties dans cette devise au cours de change du jour du jugement de liquidation tel qu'il est publié par la Banque Centrale Européenne et que le paiement de toutes les créances admises se fera dans la susdite devise.

En effet, en date du 12 décembre 2008, le cours de change ISK/euro était suspendu.

Pour parer à cette difficulté, le tribunal a décidé, par jugement du 29 juin 2009, qu'à défaut d'un taux publié par la Banque centrale européenne pour le change ISK/euro au jour du 12 décembre 2008, la conversion des ISK en euro devra se faire à un cours moyen fixé à 230 ISK/euro.

Une éventuelle mauvaise application de ce taux de change peut être contestée devant le tribunal compétent, mais elle n'est pas susceptible de revêtir une qualification pénale.

L'ordonnance de non-lieu est par conséquent justifiée quant à ce chef.

PARCES MOTIFS

r e ç o i t l'appel ;

v u les articles 5 et 7-2 du code d'instruction criminelle :

d i t que le juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg est territorialement incompétent sur le plan international pour instruire du chef :

des faits qualifiés d'escroquerie en relation avec la commercialisation du produit financier « A) » en Espagne, au Portugal et en France et

des faits qualifiés infractions dont les éléments constitutifs sont

localisés :

- soit en Islande, à savoir : les abus de biens sociaux reprochés au bénéficiaire économique de B) Islande et de ses proches ainsi que les faits de manipulation des cours des actions et de surévaluation frauduleuse des actifs de la B) Islande et de ses bonds,

- soit en Espagne, en France ou encore au Portugal, à savoir :

l'exercice illégale d'une activité de banquier par le bureau de représentation de B) en Espagne et de l'activité de prestataire de services d'investissement en France; l'utilisation d'une documentation qui constituerait un faux en écriture pour convaincre les clients potentiels de souscrire à l'« A) »; enfin le faux en écriture qui consisterait en la fausse qualité de « *chartered accountant* » dont se prévalaient les dirigeants et représentants de la société E) en Espagne.

r é f o r m a n t :

d i t que le juge d'instruction est tenu de poursuivre l'information du chef des faits qualifiés de blanchiment (article 506-1 du code pénal), de faux bilans de B) S.A. (article 169 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales) et d'association de malfaiteurs (article 322 du code pénal) ;

d i t qu'il n'y a pas lieu d'informer à charge des personnes morales visées dans la plainte avec constitution de partie civile du 26 novembre 2012 ;

d i t qu'il n'y a pas lieu d'informer du chef de la violation des règles de bonne conduite énoncées dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et dans son règlement d'exécution ;

c o n f i r m e l'ordonnance entreprise en ce qu'elle refuse d'informer quant aux faits qualifiés d'escroquerie en rapport avec l'application contestée du taux de conversion ISK/Euro et avec les commissions réclamées par B) ;

r é s e r v e les frais de l'instance d'appel.

Ainsi fait et jugé par la chambre du conseil de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg à Luxembourg, Cité Judiciaire, Plateau du St. Esprit, où étaient présents:

Camille HOFFMANN, président de chambre,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Carole KERSCHEN, conseiller,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Patrick KELLER.

Grand-Duché de Luxembourg

TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT
DE LUXEMBOURG

Not. WWWW/12/CD

C_02

ORDONNANCE

Nous, Ernest NILLES, Juge d'Instruction Directeur près le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

Vu la plainte avec constitution de partie civile déposée le 26 novembre 2012 par Maître Benjamin BODIG, avocat à la cour inscrit au barreau de Diekirch et Maître Bernard MAINGAIN, avocat au barreau de Bruxelles, au nom et pour le compte de 106 (cent six) parties, plus amplement renseignées au volume 1 et 2 de la plainte à l'encontre des membres du réseau bancaire B) SA ainsi que leurs intermédiaires et d'autre part contre le liquidateur de la société B) SA pour des faits susceptibles d'être qualifiés d'escroqueries et d'abus de confiance.

Vu l'acte de transmission de cette plainte avec constitution de partie civile déposée le 26 novembre 2012 à Monsieur le Procureur d'Etat sur base de l'article 57(1) du Code d'instruction criminelle ;

Vu l'acte de transmission de Madame le premier substitut du 12 novembre 2013.

Vu les réquisitions de Madame le premier substitut Sandra KERSCH du 15 mars 2013 tendant à ordonner conformément à l'article 57(3) du Code d'instruction criminelle un non-lieu à informer;

Attendu que l'article 57(3) dispose que le Procureur d'Etat peut saisir le juge d'instruction de réquisitions de non-informer si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale ;

Attendu que la plainte est dirigée contre les membres du réseau B) SA ainsi que leurs intermédiaires et d'autre part contre la liquidatrice de la société B) SA.

Que les faits reprochés aux personnes visés par la plainte (membres du réseau B) ainsi que les intermédiaires) sont susceptibles d'être qualifiés de délits et plus particulièrement d'escroqueries et d'abus de confiance.

Qu'au vu de l'ancienneté des faits, il y a lieu de se pencher en ordre principal sur la question d'une éventuelle prescription de l'action publique alors que selon les plaignants les

agissements frauduleux mis à charge des membres du réseau bancaire B) SA et de leurs intermédiaires auraient cessé fin 2008.

Qu'étant donné les faits qui sont manifestement antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 6 octobre 2009 renforçant les droits des victimes d'infractions pénales, il y a lieu de se référer aux dispositions des articles 637 et 638 anciens du Code d'instruction criminelle pour retenir que le délai de prescription de l'action publique résultant d'un délit est de trois années si dans cet intervalle il n'y a pas eu d'acte d'instruction ou d'acte de poursuite.

Que si la loi du 6 octobre 2009, entrée en vigueur en date du premier janvier 2010, a en effet porté le délai de prescription des délits à cinq ans, cette loi ne s'applique cependant pas aux faits antérieurs à son entrée en vigueur et ce en vertu du principe de la non-rétroactivité des lois pénales plus coercitives.

Que de manière générale, le point de départ du délai de prescription est fixé au jour où l'infraction a été réalisée dans tous ces éléments, c'est-à-dire du jour où les poursuites ont été possibles sous la qualification retenue. L'infraction est consommée à partir du jour où l'ensemble des éléments constitutifs sont réunis, celui-ci étant compté dans le délai.

Que les parties plaignantes à la lecture de la plainte n'apportent aucune précision quant à la date de commission des supposées infractions.

Que dans l'hypothèse la plus favorable pour ce qui est du début du délai de prescription dans le chef des plaignants, on peut partir de l'idée que les faits ont été délibérément dissimulés de sorte qu'on se trouve en face d'infractions clandestines.

Que dans l'hypothèse de l'infraction clandestine la jurisprudence a retenu que le point de départ de la prescription devait être fixée au jour où le délit est apparu et a pu être constaté.

Que la jurisprudence retient majoritairement la date à laquelle les personnes habilitées à mettre l'action publique en mouvement, c'est-à-dire les magistrats du Ministère Public et les parties civiles ont été informées des faits. Pour les parties civiles, il s'agit de la date à laquelle elles ont été en mesure d'agir.

Qu'il ressort de la lecture du dossier que la société anonyme B) SA, établie au Luxembourg, a été admise au bénéfice de la procédure du sursis de paiement par jugement du 8 octobre 2008 rendue par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale. Le 12 décembre 2008, le même tribunal a prononcé la dissolution et a ordonné la liquidation de B) SA.

Qu'à la date du prononcé du jugement du 8 octobre 2008 et au plus tard lors de la mise en liquidation de B) SA, les clients et plus particulièrement les parties plaignantes auraient dû se rendre compte des dysfonctionnements de la banque les mettant en mesure d'agir.

Que dans l'hypothèse la plus favorable pour les parties plaignantes, le délai de prescription commence donc à courir au plus tard le 12 décembre 2008.

Que ce n'est qu'en novembre 2012 que les parties plaignantes ont entrepris des démarches concrètes au Luxembourg pour mettre en mouvement l'action publique par le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile alors que depuis le 12 décembre 2008 plus de trois ans se sont écoulés sans qu'un acte interruptif de la prescription ne soit intervenu.

Qu'il en découle que l'action publique est à considérer comme éteinte le 26 novembre 2012.

Que le représentant du Ministère Public tient encore à préciser dans ses réquisitions que la loi du 24 février 2012 publiée au Mémorial A-38 en date du 5 mars 2012 portant modification de l'article 34 de la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales en prévoyant désormais l'application immédiate des dispositions de ladite loi à la répression des infractions commises avant son entrée en vigueur pour autant que la prescription de ces infractions ne soit pas acquise, serait sans incidence sur la présente affaire étant donné que la prescription était déjà acquise au moment de son entrée en vigueur en date du 9 mars 2012.

Attendu qu'en ordre subsidiaire, il convient de se pencher sur le contenu de la plainte et plus particulièrement sur les supposées infractions commises par la liquidatrice en la personne de Maître XXX), avocate à la cour et inscrite au barreau de Luxembourg.

Qu'il n'est effectivement pas aisé d'identifier, comme le retient à juste titre le représentant du Ministère Public, sur base des faits exposés dans la plainte les irrégularités qui auraient pu être commises dans le cadre des opérations de liquidation.

Qu'il est notamment reproché à la liquidatrice d'avoir contribué, par la réalisation des actifs de la faillite, à blanchir le produit d'abus de confiance ou d'escroqueries commises par les membres du réseau bancaire de la B) et les intermédiaires.

Que les reproches à l'encontre de la liquidatrice sont toutes au plus de nature purement civile et ne sauraient engager la responsabilité pénale du mandataire judiciaire, qui exerçait, faut-il le rappeler, sa mission sous l'autorité et le contrôle du juge commissaire et dont la mission consiste à satisfaire les créanciers.

Que les plaignants font notamment état des prêts « A) » par lesquels la B) aurait réussi à s'approprié de manière frauduleuse un droit d'hypothèque sur les immeubles appartenant aux parties plaignantes et ce en contrepartie de promesses fallacieuses de placements sûrs qui en fin de compte se sont révélés désastreux pour les plaignants.

Qu'il convient toutefois de relever ici que le prêt « A) » n'a pas de caractère exceptionnel et ne peut être considéré comme un montage frauduleux en soi en l'absence d'autres éléments venant confirmer la fraude.

Qu'il convient dans ce même d'ordre d'idées préciser que la B) SA disposait des autorisations d'exercice pour les activités en libre prestation des services sur le territoire français tel que cela résulte des documents (c.f transmis du Ministère Public du 12 novembre 2013 ainsi que les pièces y jointes).

Attendu que Madame le premier substitut a consulté, pour être complet, en date du 22 février 2013 le dossier de la liquidation B) SA tenue auprès du tribunal du commerce, 15^e chambre. Il en ressort qu'un certain nombre de plaignants avaient d'ores et déjà saisi la justice espagnole de l'affaire et que les faits à la base des affaires étant identiques, les poursuites entamées au Luxembourg risquent d'encourir l'irrecevabilité pour violation de l'article 4 du Protocole no 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt Serguëi ZOLOTOUKHINE du 10 février 2009).

Sont joints au dossier pour en faire partie intégrante les documents suivants : le courrier du 26 novembre 2012 de Maître Bernard MAINGAIN et Maître Benjamin BODIG à Maître XXX), le relevé des affaires pendantes devant les juridictions espagnoles, dressé le 16 octobre 2012 par Maître Jorge CAPELL, le relevé des transactions conclues entre les créanciers et Maître XXX), le relevé des procédures pénales pendantes en France et le courrier de Maître Rosario GRASSO adressé à Monsieur le Procureur d'Etat le 19 décembre 2012.

par ces motifs :

D I S O N S qu'il n'y a pas lieu d'informer à l'encontre de la banque B) en liquidation judiciaire, ses dirigeants et cadres, la compagnie d'assurance YYY), ses dirigeants et cadres et la société mère de droit islandais B) ainsi que ses dirigeants et cadres pour les faits renseignés dans la plainte avec constitution de partie civile déposée le 26 novembre 2012;

D I S O N S qu'il y a lieu de restituer le cautionnement de 10.000 € à la partie civile représentée par Maître Benjamin BODIG, avocat au barreau de Diekirch et Maître Bernard MAINGAIN, avocat au barreau de Bruxelles.

Fait en Notre cabinet à la Cité Judiciaire à Luxembourg, le 24 décembre 2013.

Ernest NILLES
Juge d'instruction Directeur