N° 17 / 2014 pénal.
du 3.4.2014.
Not. 6458/10/CD
Numéro 3304 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, **trois avril deux mille quatorze,**

l'arrêt qui suit :

E n t r e :

la société anonyme BANQUE BQUE.1.), établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et :

A.), né le **(…)** à **(…)** (B), demeurant à L-**(…)**,

défendeur en cassation,

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

en présence du Ministère public

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 10 juillet 2013 sous le numéro 395/13 X par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 8 août 2013 par Maître Myriam PIERRAT en remplacement de Maître Pierre ELVINGER pour et au nom de la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 9 septembre 2013 par la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** à **A.)**, déposé le même jour au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 8 octobre 2013 par **A.)** à la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)**, déposé le 9 octobre 2013 au greffe de la Cour ;

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

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, avait acquitté **A.)** des infractions libellées à sa charge, avait laissé les frais de sa poursuite pénale à charge de l'Etat et ordonné la restitution des documents saisis dans le cadre de sa poursuite ; que, statuant au civil, le tribunal s'était déclaré incompétent pour connaître de la demande civile de la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** et avait laissé les frais de cette demande à charge de la partie civile ; que sur appel de la partie civile et du Ministère public, la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris et a condamné la partie civile aux frais de la demande civile en instance d'appel ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure ;

Sur la recevabilité du pourvoi :

Attendu qu'aux termes de l'article 412 du Code d'instruction criminelle : << *Dans aucun cas la partie civile ne peut poursuivre l'annulation d'une décision d'acquittement ; mais si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, cette disposition de la décision peut être annulée sur la demande de la partie civile* >>;

Attendu que par arrêt du 20 mai 2011 la Cour constitutionnelle a dit que l'article 412 du Code d'instruction criminelle est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de la partie à l'instance ;

Attendu que, conformément à l'article 6, alinéa 2, sous c) de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation est, au

vu de l'arrêt précité, dispensée de saisir la Cour constitutionnelle de la question de la conformité de l'article 412 du Code d'instruction criminelle à l'article 10bis**,** paragraphe 1er, de la Constitution, soulevée par la demanderesse en cassation ;

Attendu qu'en retenant, dans la motivation de l'arrêt du 20 mai 2011, que << *la limitation du droit de se pourvoir en cassation contre une condamnation civile au seul condamné au pénal, sans que pour les intérêts civils, la partie civile dispose d'un droit identique, n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but* >>, la Cour constitutionnelle n'a pas mis en cause le principe de la limitation aux seuls intérêts civils de l'effet dévolutif du pourvoi en cassation de la partie civile ;

qu'il s'ensuit que, conformément aux conclusions du Ministère public, le pourvoi est à dire irrecevable en ce qu'il vise les dispositions statuant sur l'action publique et recevable dans la mesure où il vise les dispositions statuant sur l'action civile, y compris la condamnation de la partie civile aux frais de la demande civile et au paiement d'une indemnité de procédure ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré *« de la violation des articles 461, 463 et 464 du Code pénal,*

en ce que l'arrêt attaqué, confirmant, quoique pour d'autres motifs, le jugement de première instance, a acquitté ***A.)*** *des infractions de vol libellées à sa charge en ce qui concerne les documents 2, 4, 5 et 6 tels que cités dans le réquisitoire du Ministère public,*

aux motifs que << la chose formant l'objet du vol doit s'entendre comme un meuble corporel excluant de par là même tout objet incorporel (Cour d'appel Luxembourg 11 mai 2004, 154/04 V). Comme ***A.)*** *n'a en l'espèce fait que télécharger des données électroniques à partir du serveur de la banque en ce qui concerne les documents 2, 4, 5 et 6, il ne s'est à aucun moment approprié un meuble corporel de sorte que l'élément matériel du vol, à savoir la soustraction frauduleuse d'une chose, fait défaut en l'espèce en ce qui concerne ces documents. >> (p. 18 - 19 arrêt),*

alors que, **première branche,** *l'article 461 du code pénal ne distingue pas entre le caractère corporel ou incorporel de la chose formant l'objet du vol,*

alors que, **deuxième branche,** *le vol a porté sur le papier (chose corporelle) ayant servi à imprimer les documents transférés sur son ordinateur sur lequel se trouvent matérialisées les informations,* ***A.)*** *ayant emporté chez lui le papier sur lequel il a imprimé les documents litigieux après les avoir transférés sur ordinateur personnel (conclusions* ***A.)*** *du 03/06/13, p. 6),*

alors que, **troisième branche,** ***A.)*** *a encore expressément admis que la chose incorporelle, à savoir les simples informations contenues dans les documents litigieux ne l'intéressaient pas, qu'il entendait prouver les faits reprochés à la demanderesse en cassation dans son courrier de démission par des « documents spécifiques » (conclusions* ***A.)*** *du 11/02/13, p. 9) et << précis >> (id.) auxquels << il est très pertinent dans cette procédure de droit du travail de faire référence >> (id.),*

et qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé les articles 461, 463 et 464 du Code pénal. »

Vu l'article 461 du Code pénal ;

Attendu que les données électroniques enregistrées sur le serveur de la banque et qui sont juridiquement sa propriété exclusive constituent des biens incorporels qui peuvent faire l'objet d'une appréhension par voie de téléchargement ;

qu'en retenant dès lors que par le fait de télécharger des données électroniques à partir du serveur de la banque, **A.)** ne s'est pas approprié un meuble corporel, de sorte que l'élément matériel du vol fait défaut, la Cour d'appel a violé la disposition susvisée ;

que l'arrêt encourt dès lors la cassation ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré *« de la violation des articles 461, 463 et 464 du Code pénal, ensemble l'article 70 du même Code,*

*en ce que l'arrêt attaqué, confirmant, quoique pour d'autres motifs, le jugement de première instance, a acquitté **A.)** des infractions de vol libellées à sa charge en ce qui concerne les documents 1 et 3 tels que cités dans le réquisitoire du Ministère public,*

*aux motifs que << le fait que **A.)** ait fait de ces documents qui lui avaient été selon ses dires remis en copie des photocopies ne traduit pas son intention de se comporter comme propriétaire de ces documents ni son intention d'usurper la possession de ces documents à l'insu et contre le gré du propriétaire, fût-ce momentanément, dès lors qu'il n'est pas établi qu'il se soit emparé de l'original de ces documents et que ces documents n'ont été produits que dans le cadre du litige de droit du travail l'opposant à son ancien employeur, de sorte qu'une soustraction frauduleuse de ces documents n'est pas établie à suffisance de droit (cf Cour d'appel Luxembourg 19 février 2013, 97/13V) >>,*

alors que, **première branche,** *en s'emparant, à des fins personnelles, ne fût-ce que le temps de faire des photocopies, de documents dont il n'avait que la simple détention matérielle, le salarié commet un vol,*

alors que, **deuxième branche,** *il est indifférent, dès lors notamment qu'il s'en empare pour en faire des copies, que le salarié emporte des originaux ou de simples copies,*

alors que, **troisième branche,** *si l'intention frauduleuse peut être exclue par le fait que le salarié est en droit de produire en justice les documents de l'entreprise dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions qui sont strictement nécessaires à l'exercice de ses droits de la défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, il est constant en cause que les documents litigieux n'ont pas été mis en possession de **A.)** <<*

dans l'exercice de ses fonctions >> puisqu'il a fallu, pour ce qui est du document 1, que l'un de ses collègues attire son attention sur l'existence d'un document dont il ne disposait pas (cf. jugement de 1ère instance, p. 7), et, pour ce qui est du document 3, qu'il le réclame à l'auditeur interne après avoir été informé de son existence par le compliance officer de la banque (cf. jugement de 1ère instance, p. 8),

alors que, **quatrième branche,** *si l'intention frauduleuse peut être exclue par le fait que le salarié est en droit de produire en justice les documents de l'entreprise dont il a connaissance à l'occasion de ses fonctions qui sont << strictement nécessaires >> à l'exercice de ses droits de la défense dans le procès qui l'oppose à son employeur,* ***A.)*** *n'a aucunement démontré la << stricte nécessité >> dans laquelle il se serait trouvé de produire les documents litigieux et que la Cour d'appel n'a pas constaté l'existence de cette stricte nécessité,*

et qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé les articles 461, 463 et 464 du Code pénal, ensemble l'article 70 du même Code. »

Vu l'article 461 du Code pénal ;

Attendu que le salarié qui prend, à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré du propriétaire, des photocopies de documents appartenant à son employeur et dont il n'a que la détention précaire, fait un acte d'appréhension desdits documents, caractérisant l'élément matériel du vol ;

Attendu qu'en retenant que le fait que **A.)** a fait des photocopies de documents qui, selon ses dires, lui avaient été remis, ne traduit pas son intention de se comporter comme propriétaire de ces documents ni d'en usurper la possession à l'insu et contre le gré du propriétaire, fût-ce momentanément, dès lors qu'il n'est pas établi qu'il se soit emparé de l'original de ces documents, la Cour d'appel a violé la disposition susvisée ;

Attendu, d'autre part, qu'en se limitant, pour écarter l'intention frauduleuse de **A.)**, à relever que les documents n'ont été produits que dans le cadre du litige de droit du travail l'opposant à son ancien employeur, sans rechercher, comme elle le devait, si les documents dont s'agit étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Qu'il s'ensuit que l'arrêt encourt la cassation ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 509-1 du Code pénal,*

en ce que la Cour d'appel a acquitté ***A.)*** *de l'infraction de hacking libellée à sa charge en ce qui concerne les documents 2, 4, 5 et 6 tels que cités dans le réquisitoire du Ministère public,*

au motif qu'<< en téléchargeant les documents 2,4,5 et 6 via l'adresse de courrier électronique ouverte à son nom, ***A.)*** *n'a ni accédé frauduleusement au*

serveur informatique de la Banque, ni s'est maintenu frauduleusement dans ledit serveur de sorte que la qualification proposée par la demanderesse au civil ne saurait être retenue >>,

alors que le fait d'accéder de manière autorisée à un serveur ou à un réseau n'implique pas que le maintien dans le système soit forcément régulier et que le fait de se maintenir dans le réseau pour exécuter les opérations non autorisées, rend le maintien frauduleux,

*de sorte qu'en conditionnant l'infraction de << hacking >> à l'accès ou au maintien frauduleux dans le serveur et en excluant ce caractère frauduleux dès lors qu'il y a eu accès au serveur via l'adresse d'un courrier électronique ouvert au nom de **A.)**, sans rechercher s'il y a eu exécution d'opérations non autorisées, la Cour d'appel a violé le texte susvisé » ;*

Vu la réponse donnée aux premier et deuxième moyens de cassation, la Cour n'a pas à répondre au troisième moyen qui a trait à une qualification subsidiaire examinée par les juges du fond ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon de la fausse application de l'article 70 du Code pénal, des articles 58, 59 et 60 du Nouveau code de procédure civile, ainsi que de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,*

*en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement du 26 juin 2012 et acquitté **A.)** de l'infraction de violation du secret professionnel*

*au motif que les conditions pour que le fait justificatif résultant de la violation des droits de la défense de **A.)** en relation avec la commission de l'infraction de violation de secret professionnel puisse être retenu à l'égard de **A.)** se trouvent remplies,*

*alors que l'acceptation du fait justificatif tiré des droits de la défense, tel qu'appliqué par la jurisprudence, est soumise à la double condition que (i) le comportement de **A.)** entraînant la violation du secret professionnel était strictement nécessaire pour assurer sa défense et que (ii) les documents obtenus de manière illicite par un employé soient strictement nécessaires à assurer sa défense dans une procédure prud'homale imminente, ce qui implique nécessairement que le salarié licencié ne doit pas disposer d'un autre moyen pour préserver ou faire reconnaître ses droits de la défense,*

*de sorte qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle aurait dû, si le comportement de **A.)** entraînant la violation du secret professionnel était strictement nécessaire pour assurer sa défense et si les documents dont il s'agit étaient effectivement strictement nécessaires pour assurer sa défense et constituaient le seul moyen à la disposition de **A.)** de faire valoir ses droits de la défense dans le litige l'opposant à son ancien employeur, la Cour d'appel a violé les textes susvisés » ;*

Attendu que pour retenir le fait justificatif résultant de l'exercice des droits de la défense, les juges de première instance se sont exprimés comme suit :

*<< Bien que **A.)** n'ait pas encore été en litige avec son employeur au moment où il s'est emparé des documents en question, le geste d'appréhension des documents litigieux et celui de la communication à titre de pièces desdits documents, soumis au secret professionnel, ont été dictés par le seul souci du prévenu d'assurer sa défense dans un litige futur l'opposant à son employeur.*

*Les pièces litigieuses sont en effet susceptibles d'étayer les reproches formulés par **A.)** à l'égard de l'ancienne **BQUE.1'.)** BANK Luxembourg aux termes de sa lettre de démission du 9 octobre 2008 et repris dans sa requête déposée en date du 23 décembre 2008 au tribunal du travail. Lesdits reproches portent notamment sur la prise de risques inconsidérés par la banque en relation avec des clients nommés dans différents documents communiqués à titre de pièces, contre lesquels le prévenu avait mis en garde son employeur, qui n'avait cependant pas suivi ses conseils à maintes reprises.*

*Il y a lieu de noter que **A.)** n'a fait usage des documents litigieux dans aucun autre contexte que celui du litige en cours devant le tribunal du travail.>>*

Attendu qu'en faisant sienne cette motivation, la Cour d'appel a à suffisance caractérisé les éléments du fait justificatif retenu, étant entendu qu'il n'appartient pas au juge pénal, saisi d'une plainte pour violation du secret professionnel, d'examiner la pertinence, pour le procès civil, de chacune des pièces litigieuses, prise isolément; que le fait justificatif résultant de l'exercice des droits de la défense peut être invoqué par le salarié qui a donné sa démission pour motif grave comme par celui qui a fait l'objet d'un licenciement ;

que le moyen n'est dès lors pas fondé ;

Sur le cinquième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon de la fausse application de l'article 194 du Code d'instruction criminelle,*

en ce que la Cour d'appel a accueilli la demande du prévenu tendant à l'obtention d'une indemnité de procédure et condamné la partie demanderesse au civil à lui payer la somme de EUR 5.000.-,

alors que, **première branche,** *le troisième alinéa de l'article 194 du Code d'instruction criminelle, introduit par la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales, n'est applicable qu'aux faits qui se sont produits après son entrée en vigueur, le 1er janvier 2010,*

de sorte qu'en condamnant la partie demanderesse en cassation à une indemnité de procédure dans une procédure se rapportant à des faits se situant pour l'infraction de vol entre le 11 juillet 2001 et le 9 octobre 2008 et pour l'infraction de

violation du secret bancaire entre le 9 octobre 2008 et le 22 septembre 2009, donc antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 6 octobre 2009 introduisant un troisième alinéa à l'article 194 du Code d'instruction criminelle, la Cour d'appel a violé sinon fait une mauvaise application de l' article 194 du Code d'instruction criminelle.

alors que, **deuxième branche,** *l'article 194 du Code d'instruction criminelle n'est pas applicable aux jugements d'acquittement,*

de sorte qu'en condamnant la partie demanderesse au civil à payer une indemnité de procédure dans un arrêt confirmant l'acquittement du prévenu, la Cour d'appel a violé, sinon fait une mauvaise application de l'article 194 du Code d'instruction criminelle,

et alors que, **troisième branche,** *l'article 194 du Code d'instruction criminelle, introduit par la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales, s'applique uniquement aux indemnités de procédure à allouer aux parties civiles,*

de sorte qu'en condamnant la partie demanderesse au civil à payer au prévenu acquitté une indemnité de procédure, la Cour d'appel a violé, sinon fait une mauvaise application de l'article 194 du Code d'instruction criminelle. »

Attendu que la cassation de l'arrêt comprend la décision relative aux frais et à l'indemnité de procédure; que la Cour de cassation n'a dès lors pas à répondre au cinquième moyen de cassation ;

Par ces motifs,
et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les troisième et cinquième moyens de cassation :

dit qu'il n'y a pas lieu à saisine de la Cour constitutionnelle ;

dit le pourvoi irrecevable pour autant qu'il vise les dispositions statuant sur l'action publique et recevable pour autant qu'il vise les dispositions statuant sur l'action civile ;

casse et annule l'arrêt rendu le 10 juillet 2013 par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, sous le numéro 395/13 X, dans la mesure où elle a confirmé la décision des juges de première instance de se déclarer incompétents pour connaître de la demande civile de la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** et de laisser les frais de cette demande à charge de la partie civile ainsi que dans la mesure où elle a laissé les frais de la demande civile en instance d'appel à charge de la société BANQUE **BQUE.1.)** et l'a condamnée au paiement d'une indemnité de procédure ;

remet, quant à la demande civile, les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt sera transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt sera consignée en marge de l'arrêt annulé ;

condamne le défendeur en cassation aux frais de l'instance en cassation.

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

Georges SANTER, président de la Cour,
Edmée CONZEMIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, président de chambre à la Cour d'appel,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier en chef de la Cour Lily WAMPACH.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Madame Jeanne GUILLAUME, premier avocat général, et de Madame Lily WAMPACH, greffier en chef de la Cour.

Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation
BANQUE BQUE.1.) c/ A.),
en présence du Ministère public

(affaire n° 3304 du registre)

Par déclaration faite le 8 août 2013 au greffe de la Cour Supérieure de Justice, Maître Myriam PIERRAT, en remplacement de Maître Pierre ELVINGER, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, forma au nom et pour le compte de la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** un recours en cassation contre un arrêt rendu le 10 juillet 2013 sous le numéro 1395/13 X par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle.

Cette déclaration de recours fut suivie en date du 9 septembre 2013 du dépôt d'un mémoire en cassation, signé par Maître Myriam PIERRAT, en remplacement de Maître Pierre ELVINGER, au nom et pour le compte de la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)**, signifié antérieurement à sa signification au défendeur au civil **A.)**.

Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi respecte le délai d'un mois courant à partir du prononcé de la décision attaquée dans lequel la déclaration de pourvoi doit, conformément à l'article 41 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, intervenir. Il respecte en outre le délai d'un mois, prévu par l'article 43 de la loi du 18 février 1885, dans lequel la déclaration du pourvoi doit être suivie du dépôt du mémoire en cassation[1]. Conformément à l'article 43, ce mémoire a été signé par un avocat à la Cour, précise les dispositions attaquées de l'arrêt et contient des moyens de cassation. Conformément au même article, il a été signifié antérieurement à son dépôt au défendeur au civil. Le pourvoi attaque un arrêt rendu en dernier ressort en matière correctionnelle statuant définitivement sur l'action publique et l'action civile, donc une décision qui relève de celles qui, au regard de leur objet, peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

Le pourvoi est formé par la partie civile contre un arrêt confirmatif d'acquittement.

Il se heurte ainsi, à première vue, à l'article 412 du Code d'instruction criminelle, qui dispose que « *dans aucun cas la partie civile ne peut poursuivre l'annulation d'une décision d'acquittement ; mais si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, cette disposition de la décision peut être annulée sur la demande de la partie civile* ».

S'agissant de l'historique et de la portée de cet article, il est renvoyé aux conclusions du Parquet général sous l'arrêt n° 48/2008 pénal du 6 novembre 2008 de votre Cour :

[1] Le délai a expiré le dimanche, 8 septembre 2013. Il a été prorogé conformément à l'article 4.2 de la Convention européenne sur la computation des délais du 16 mai 1972, approuvée et rendue applicable en matière de procédure pénale par la loi du 30 mai 1984 (Voir Lois spéciales, V° Délais, p. 2), et à l'article 80, deuxième alinéa, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, au premier jour ouvrable qui suivit, donc au lundi, 9 septembre 2013, jour du dépôt du mémoire.

« [L'article 412 du Code d'instruction criminelle] était originairement réservé à la seule matière criminelle, c'est-à-dire à l'« *ordonnance d'acquittement* » et à l'« *arrêt d'absolution* »[2]. En revanche, en matière de police et correctionnelle, le pourvoi de la partie civile était, suivant votre jurisprudence, « *admissible, encore que le ministère public ne se soit pas pourvu contre la décision d'acquittement du prévenu, défendeur au civil, alors que le droit pour la partie civile de se pourvoir en cassation contre les décisions définitives en dernier ressort, statuant sur l'action civile et lésant ses intérêts, est prévu, en matière correctionnelle et de police, par les articles 177 et 216 du Code d'instruction criminelle qui ne distinguent pas suivant que le juge du fond, statuant sur l'action publique, a condamné ou acquitté le prévenu* »[3].

Ce raisonnement se justifiait à l'époque parce que l'article 412 du Code d'instruction criminelle n'était alors applicable qu'en matière criminelle, et non encore en matière correctionnelle et de police.

Il est cependant devenu entretemps obsolète. En effet, la prémisse sur lequel il reposait a été écartée par la loi du 17 juin 1987 portant suppression de la cour d'assises et modifiant la compétence et la procédure en matière d'instruction et de jugement des infractions[4]. Cette loi institua « *un régime uniforme pour le pourvoi en cassation* » [5] en abandonnant « *les distinctions faites* [antérieurement] *suivant qu'il* s'agi[ssait] *de matière criminelle ou de matière correctionnelle et de police* »[6] et en incluant dans ce régime uniforme l'article 412 du Code d'instruction criminelle, dont le libellé a été adapté à cette fin par le remplacement des termes, spécifiques à l'ancienne procédure en matière criminelle, par une terminologie appropriée à la procédure applicable tant en matière criminelle qu'en matière correctionnelle et de police. Il y est dorénavant question de la « *décision d'acquittement* » au lieu de l'« *ordonnance d'acquittement* » et de l'« *arrêt d'absolution* ».

L'article 412 du Code d'instruction criminelle s'applique donc en matière correctionnelle.

Or, il ne permet à la partie civile de se pourvoir en cassation contre une décision d'acquittement que dans un seul cas de figure, à savoir si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles et si ces condamnations civiles sont de plus supérieures à celles demandées par la partie acquittée[7]. Et dans ce cas, ce n'est que cette seule disposition, prononçant ces condamnations civiles, qui peut alors être annulée[8], l'acquittement devant subsister[9].

---

[2] Voir « Code HAMMES », art. 412.
[3] Cour de cassation, 18 juin 1981, n° 10/81 pén., n° 438 du registre, P. 25, 87.
[4] Mém. A, 1987, p. 744.
[5] Commentaire des articles 407 à 412, Doc. parl. n° 2980, p. 19.
[6] Idem.
[7] Voir le texte de l'article 412 du Code d'instruction criminelle et Faustin HELIE, Traité de l'instruction criminelle, Paris, 1860, Volume IX, § 726, p. 385 ; Faustin HELIE, Traité de l'instruction criminelle, Bruxelles, 1869, Tome III, n° 5312 ; Gustave BELTJENS, Encyclopédie du droit criminel belge, Seconde Partie. Code d'instruction criminelle belge, Bruxelles et Paris, 1903, Tome I, Article 412, n° 1, p. 96.
[8] Voir le texte de l'article 412 du Code d'instruction criminelle et les références citées ci-avant.
[9] BELTJENS, op.cit., loc.cit.

En revanche, la voie de recours en cassation est fermée à la partie civile qui n'a pas été condamnée à une somme de dommages-intérêts supérieure à celle que demandait contre elle le prévenu et ce même dans le cas où l'acquittement n'est pas régulier ou illégal[10], les exemples cités en doctrine étant ceux d'un acquittement prononcé par le motif erroné que le fait incriminé n'était puni par aucune loi ou rendu contrairement à une déclaration de culpabilité du jury de cour d'assises[11]. La partie civile ne saurait donc exciper de l'illégalité de l'acquittement, la loi n'ayant attribué ce droit qu'au ministère public[12]. »

Sur base de ce texte, les pourvois formés par des parties civiles contre des décisions d'acquittement ont été déclarés irrecevables[13].

La Cour constitutionnelle décida cependant, par son arrêt n° 67/11 du 20 mai 2011, que l'article 412 du Code d'instruction criminelle « *est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'elle fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de la partie à l'instance* ».

Ce dispositif répond à la question suivante, qui avait été posée par votre Cour[14] :

« *En ce qu'il prohibe le pourvoi de la partie civile contre une décision d'acquittement sauf si la décision a prononcé contre elle des condamnations civiles supérieures à celles demandées par la partie acquittée, l'article 412 du Code d'instruction criminelle:*

[…]

- est-il contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de partie à l'instance ?»

Il repose sur les motifs suivants :

« *Considérant que la seconde question est à comprendre dans le sens de la conformité de l'article 412 du code d'instruction criminelle à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce que, tel qu'interprété par la jurisprudence, il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité particulière de chacune des parties devant le juge pénal;*

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure alléguée;

[10] Idem.
[11] Idem.
[12] Faustin HELIE, op.cit., loc.cit.
[13] Cour de cassation, 6 novembre 2008, n° 48/2008 pénal ; 10 décembre 2009, n° 45/2009 pénal.
[14] Cour de cassation, 13 janvier 2011, n° 1/2011 pénal.

Considérant que par rapport à la question préjudicielle posée, le critère de comparabilité est celui du traitement des différentes parties à un procès pénal dans la mesure où elles font valoir des droits identiques ou similaires;

Que la situation de la partie civile dans un procès pénal est comparable avec celle du prévenu, au regard de la demande civile, dans la mesure où la première agit en qualité de créancière d'un droit dont le second est le recherché débiteur et que les deux parties sont ainsi unies dans un même lien d'instance concernant la demande civile;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Considérant que suivant les textes en vigueur et l'interprétation qu'en donnent les tribunaux, le prévenu qui, accessoirement à une sanction pénale, a été condamné à une réparation civile, peut se pourvoir en cassation non seulement en ce qui concerne la sanction pénale, mais également en ce qui concerne la condamnation civile;

Qu'ainsi, une des parties au procès, dispose, pour la même contestation, d'une voie de recours dont l'autre ne bénéficie pas;

Que le caractère accessoire à l'action publique de l'action civile n'est pas de nature à justifier rationnellement cette disparité, étant donné, d'une part, que l'article 412 du code d'instruction criminelle prévoit lui-même la possibilité pour la partie civile, à des conditions exceptionnelles il est vrai, de former un pourvoi en cassation contre une condamnation civile alors même que le prévenu a été acquitté, et, d'autre part, que l'article 202 du code d'instruction criminelle permet à la partie civile de relever appel, quant aux intérêts civils, d'un jugement correctionnel, alors même que le prévenu a été acquitté;

Qu'il suit des considérations qui précèdent que la limitation du droit de se pourvoir en cassation contre une condamnation civile au seul condamné au pénal, sans que pour les intérêts civils, la partie civile dispose d'un droit identique, n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Qu'ainsi ladite disposition se heurte à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution ».

La portée de cet arrêt soulève plusieurs interrogations.

Il se pose d'abord la question de savoir si le pourvoi en cassation ainsi ouvert à la partie civile se limite à l'action civile ou s'étend à l'action publique.

S'il se limite à l'action civile, il se pose la question de savoir s'il doit se limiter aux motifs consacrés par la décision attaquée à l'action civile ou s'il peut attaquer également des motifs

relatifs à l'action publique, et plus concrètement les motifs par lesquels le juge d'appel a acquitté au pénal le défendeur au civil.

Il se pose enfin la question, soulevée par le défendeur en cassation, de savoir si le constat d'inconstitutionnalité de l'article 412 du Code d'instruction criminelle, constaté par l'arrêt de la Cour constitutionnelle dans l'affaire concerné, peut être étendu d'office, donc sans nouveau renvoi préjudiciel, à d'autres affaires.

Le pourvoi en cassation de la partie civile s'étend-il à l'action publique ?

La Cour constitutionnelle prend soin de préciser que la discrimination constatée par elle est circonscrite à « *la situation de la partie civile dans un procès pénal* [comparée à] *celle du prévenu, au regard de la demande civile, dans la mesure où la première agit en qualité de créancière d'un droit dont le second est le recherché débiteur et que les deux parties sont ainsi unies dans un même lien d'instance concernant la demande civile* ». La discrimination constatée concerne le fait que « *le prévenu qui, accessoirement à une sanction pénale, a été condamné à une réparation civile peut se pourvoir en cassation non seulement en ce qui concerne la sanction pénale, mais également en ce qui concerne la condamnation civile* » tandis que la partie civile ne peut, en cas d'acquittement du prévenu, pas se pourvoir contre la décision, quasi-forcément d'incompétence, rendue sur sa demande civile. « *Ainsi, une des parties au procès* [à savoir le prévenu]*, dispose, pour la même contestation* [à savoir celle relative à la décision rendue sur la demande civile]*, d'une voie de recours dont l'autre* [à savoir la partie civile] *ne bénéficie pas* ».

La discrimination constatée concerne donc le fait que, relativement à la demande civile,

- le prévenu peut se pourvoir contre sa condamnation au civil, tandis que

- la partie civile ne peut pas se pourvoir contre le rejet de sa demande au civil consécutive à l'acquittement du prévenu.

La Cour constitutionnelle n'a donc manifestement pas voulu permettre à la partie civile d'attaquer par son pourvoi la décision rendue sur l'action publique, donc le dispositif par lequel le juge d'appel acquitte le défendeur au civil.

Dans sa motivation, elle se réfère à l'article 202 du Code d'instruction criminelle qui « *permet à la partie civile de relever appel, quant aux intérêts civils, d'un jugement correctionnel, alors même que le prévenu a été acquitté* ».

Ce motif confirme la portée de l'arrêt de la Cour constitutionnelle : l'article 412 du Code d'instruction criminelle viole le principe d'égalité de traitement dans la mesure où il ne permet pas, par analogie à l'article 202 du même Code, à la partie civile de se pourvoir « *quant à ses intérêts civils seulement* »[15].

Cette solution est parfaitement conforme avec votre jurisprudence relative à l'effet dévolutif du pourvoi de la partie civile. En effet, un tel pourvoi ne vous saisit, en principe, que de l'action

[15] Article 202, sous 2), du Code d'instruction criminelle.

civile. Ce principe ne trouve exception que si la décision attaquée n'a pas statué au fond sur l'action publique :

> « *Mais attendu que la limitation de l'effet dévolutif du pourvoi de la victime aux seuls intérêts civils ne s'applique pas au cas où* […] *la décision attaquée n'a pas statué au fond sur l'action publique* »[16].

Aux fins d'expliciter les exceptions à ce principe, il est renvoyé aux conclusions du Parquet général sous votre arrêt n° 46/2013 pénal du 11 juillet 2013 :

> « Revenant sur une jurisprudence ancienne, citée par les défendeurs en cassation[17], et vous alignant sur la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique[18], vous déclarez actuellement, de façon constante, recevables les pourvois formés par la partie civile contre les arrêts de non-lieu à suivre[19] ou de non-informer[20] rendus par la chambre du conseil de la Cour d'appel. Vous mettez ainsi le ministère public et la partie civile sur un pied d'égalité pour attaquer ces arrêts[21]. Or, ces derniers ont pour seul objet l'action publique, à l'exclusion d'intérêts civils, étant donné que « *les juridictions d'instruction* […] *hors le cas où elles examinent la recevabilité de la constitution de partie civile ne statuent jamais sur les intérêts civils proprement dits ; elles ne peuvent que statuer sur les charges, et, lorsque celles-ci sont suffisantes, renvoyer la cause au juge du fond, seul compétent pour statuer quant au fond, sur ces intérêts* »[22]. Permettre à la partie civile d'attaquer les arrêts de non-lieu implique donc de donner à celle-ci le pouvoir d'attaquer une décision relative à l'action publique. Lorsque le pourvoi est fondé, la Cour annule l'arrêt attaqué quant à l'action publique, même s'il émane de la partie civile[23].
>
> Cette solution est étendue par la jurisprudence, tant de la Cour de cassation de Belgique[24] que de France[25], aux décisions, même rendues par les juridictions de jugement, qui refusent de statuer sur l'action publique pour cause d'incompétence, d'irrecevabilité de l'action, de nullité de la procédure ou de prescription de l'action publique. Dans ces cas, la cassation prononcée sur le seul pourvoi de la partie civile s'étend à l'action publique[26].
>
> Vous admettez cette même solution en décidant « *que la limitation de l'effet dévolutif du pourvoi de la victime aux seuls intérêts civils ne s'applique pas au*

---

[16] Cour de cassation, 10 avril 2008, n° 16/2008 pénal.
[17] Cour de cassation, 13 janvier 1983, Pas. 25, 363.
[18] Qui avait sur ce point fait l'objet d'un revirement spectaculaire par un arrêt du 7 novembre 1979 (Revue de droit pénal et de criminologie, 1980, 245, avec les conclusions de l'avocat général COLARD). Voir également sur cette question : Raoul DECLERCQ, Cassation en matière répressive, Bruxelles, Bruylant, 2006, n° 112, page 70.
[19] Voir, à titre d'illustration: Cour de cassation, 22 juin 2006, n° 25/2006 pénal ; 17 avril 2008, n° 21/2008 pénal.
[20] Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 7 février 2013, n° 8/2013 pénal.
[21] DECLERCQ, précité, n° 112, page 70.
[22] Conclusions COLARD, précitées, page 248.
[23] DECLERCQ, précité, n° 114, pages 71-72.
[24] Idem, n° 113, page 71.
[25] Jacques et Louis BORÉ, La cassation en matière pénale, Paris, Dalloz, 3e édition, 2011, n° 34.57, pages 100-101. La solution avait d'abord été admise en jurisprudence, puis consacrée, s'agissant des décisions des juridictions d'instruction, par l'article 575 du Code de procédure pénale (Jurisclasseur Procédure pénale, Art. 567 à 575, Fasc. 20, par Albert MARON (1,2008), n° 96 à 118).
[26] DECLERQ et BORÉ, op.cit., loc.cit.

> *cas où* […] *la décision attaquée n'a pas statué au fond sur l'action publique* »[27]. Cette décision a été rendue dans une espèce dans laquelle la partie civile vous avait saisis d'un pourvoi formé contre un arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel ayant déclaré l'action publique éteinte par prescription.
>
> Cette solution s'étend au cas de figure […], d'un arrêt qui, sans statuer sur le fond de l'action publique, met fin à l'action publique en admettant l'exception de chose jugée[28]. »

Il s'ensuit qu'en principe le pourvoi de la partie civile n'a d'effet qu'en ce qui concerne les intérêts civils de celle-ci, mais ne saurait remettre en cause la décision relative à l'action publique. Tant dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour constitutionnelle que dans notre cas d'espèce, la décision attaquée devant vous par la partie civile a statué au fond sur l'action publique[29], donc relève de ce cas de figure de principe.

La Cour constitutionnelle ne remet, au regard des motifs soutenant le dispositif de son arrêt, manifestement pas en cause ce principe de la limitation de l'effet dévolutif du pourvoi en cassation de la partie civile.

Sa décision se limite à constater que l'article 412 du Code d'instruction criminelle est contraire à la Constitution en ce qu'il empêche la partie civile de former (en cas d'acquittement au pénal) un pourvoi en cassation relatifs à ses intérêts civils (tandis que le défendeur au civil peut former un tel pourvoi dans le cas inverse de sa condamnation au pénal). Elle n'implique pas que la partie civile devrait être en droit de former un pourvoi remettant en cause l'action publique.

Outre qu'une telle solution ne résulte manifestement pas des motifs de l'arrêt, elle aurait la conséquence absurde de permettre à la partie civile de remettre en cause, au pénal, une décision d'acquittement devant la Cour de cassation, tout en lui refusant un tel pouvoir en présence d'une décision de condamnation au pénal dont elle serait mécontente pour ne pas être, par exemple, suffisamment sévère, et tout en lui refusant par ailleurs de remettre en cause, au pénal, un jugement, même d'acquittement, devant la Cour d'appel.

Votre arrêt rendu suite à celui de la Cour constitutionnelle prend parfaitement acte de la portée réduite aux intérêts civils de ce dernier, alors que vous fondez votre décision d'irrecevabilité du pourvoi sur le constat que les motifs de cassation « *tendent à remettre en cause le volet pénal de l'arrêt attaqué* »[30].

La thèse de la demanderesse en cassation tirée de ce que « *la partie civile doit être admise de façon générale à se pourvoir en cassation contre un arrêt rendu en matière correctionnelle, au même titre et dans les mêmes limites que les prévenus, même si ce dernier a été acquitté* »[31] ne saurait donc être admise.

---

[27] Cour de cassation, 10 avril 2008, n° 16/2008 pénal.
[28] Jurisclasseur Procédure pénale, Art. 567 à 575, Fasc. 20, par Albert MARON (1,2008), n° 99, citant : Cour de cassation française, chambre criminelle, 17 janvier 1962, Bull. crim., n° 38.
[29] S'agissant de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour constitutionnelle, la Cour d'appel avait rendu un arrêt, frappé par la suite de pourvoi par la partie civile, par lequel elle avait, comme dans l'arrêt dont vous êtes actuellement saisis, acquitté le prévenu au pénal, donc avait statué au fond sur l'action publique (Cour d'appel, 12 janvier 2010, n° 4/10 V).
[30] Cour de cassation, 12 janvier 2012, n° 3/2012 pénal.
[31] Mémoire en cassation, page 9, cinquième alinéa.

Comme la Cour constitutionnelle a statué sur la question et que la portée de sa décision ne saurait raisonnablement faire de doute, il n'y a pas non plus lieu de la saisir à ce propos, comme il est suggéré par la demanderesse en cassation[32]. Il est, à ce sujet, renvoyé à l'article 6, deuxième alinéa, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, qui dispose que « *une juridiction est dispensé de saisir la Cour constitutionnelle lorsqu'elle estime que :* […] *c) la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet* ».

Le pourvoi en cassation de la partie civile, à le supposer limité à l'action civile, permet-il de critiquer des motifs relatifs à l'action publique ?

Si la partie civile doit donc pouvoir former quant à ses intérêts civils seulement un pourvoi en cassation contre un arrêt ayant, suite à l'acquittement du défendeur au civil, rejeté sa demande civile, il se pose la question de savoir si elle doit, dans son pourvoi, se limiter à critiquer les motifs consacrés de façon spécifique à l'action civile ou si elle peut étendre cette critique aux motifs, relatifs à l'action publique, par lesquels les juges du fond ont acquitté le défendeur au civil.

La question constitutionnelle avait été posée, comme dans le cas d'espèce, dans le cadre d'un pourvoi en cassation formé par la partie civile contre un arrêt par lequel la Cour d'appel :

- au pénal, avait acquitté le prévenu et

- au civil, s'était, au regard de cette décision d'acquittement, déclarée incompétente pour connaître de la demande civile[33].

Il est à rappeler que, l'action civile portée devant les juridictions répressives étant l'accessoire de l'action publique et le juge pénal ne pouvant allouer des dommages et intérêts à la partie civile que s'il constate que le préjudice est né d'une infraction qu'il déclare établie, l'acquittement du prévenu entraîne, en principe, l'incompétence de la juridiction répressive pour connaître de la demande civile[34]. Il s'ensuit que, sauf de très rares exceptions[35], une décision d'acquittement entraîne nécessairement le constat de l'incompétence de la juridiction répressive.

Ce n'est pas de cette conséquence, notoire et indiscutée, tirée de la décision d'acquittement qu'une partie civile voudrait attaquer par un pourvoi, mais les motifs qui en constituent la prémisse, donc les motifs de la décision d'acquittement.

---

[32] Idem, page 9, dernier alinéa.

[33] Voir l'arrêt qui avait été frappé de pourvoi : Cour d'appel, 12 janvier 2010, n° 4/10 V.

[34] Répertoire pratique de droit belge, Complément, Tome 9, Bruxelles, Bruylant, 2004, V° Procédure pénale, page 414 et suivantes, voir n° 2134 et n° 2136, pages 759-760 ; Répertoire Dalloz Droit pénal, V° Action civile, par Carolie AMBROISE-CASTEROT (septembre 2012), n° 86 et suivants, pages 15 et suivantes.

[35] Les exceptions sont, suivant la jurisprudence luxembourgeoise, notamment l'abrogation de la loi pénale après une décision de premier ressort statuant sur le fond de l'action publique (Cour d'appel, 10 mai 2005, n° 228/05 V) ou le décès du prévenu après une décision de premier ressort statuant sur le fond de l'action publique (le prévenu décédé n'est dans ce cas cependant pas acquitté, mais l'action publique est déclarée éteinte) (Cour d'appel, 16 juin 2006, n° 315/06 V).

C'est à cette fin que, dans le cas d'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour constitutionnelle, la partie civile formula des moyens dont l'objet était de critiquer les motifs fondant la décision d'acquittement[36].

Votre Cour considéra que ces moyens tendaient à remettre en cause le volet pénal de l'arrêt attaqué et, dans cette mesure, se heurtaient à l'article 412 du Code d'instruction criminelle, même lu à la lumière de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, auquel votre arrêt se référa formellement[37]. Le souci de tenir compte de cet arrêt étant manifeste, il ne saurait de toute évidence vous être reproché de l'avoir « *ouvertement ignoré* »[38], comme il a pu être soutenu par un auteur particulièrement virulent, qui admet cependant par ailleurs que l'arrêt ne comporte aucune « *exigence d'ouvrir de manière générale le pourvoi en cassation à la partie civile* »[39].

Simplement, il se pose la question de savoir s'il n'y a pas eu malentendu sur la portée des moyens susceptibles d'être soulevés dans le cadre, inédit depuis la réforme de l'article 412 par la loi du 17 juin 1987, d'un pourvoi en cassation formé au civil par la partie civile contre une décision d'incompétence au civil consécutive à une décision d'acquittement au pénal.

Il est à rappeler qu'en matière d'appel, la partie civile peut, conformément à l'article 202 du Code d'instruction criminelle cité par la Cour constitutionnelle, former appel contre un jugement d'acquittement. Cet appel ne saisit toutefois la juridiction d'appel que de l'action civile tandis que le dispositif rendu sur l'action publique acquiert force de chose jugée[40]. Or, la partie civile appelante n'est pas tenue de se limiter dans sa critique du dispositif du jugement entrepris concernant la demande civile aux motifs consacrés à la demande civile. En effet, « *si, en première instance, le prévenu a été acquitté et la partie civile déboutée de son action, sur l'appel de cette partie, le juge d'appel doit, bien que l'acquittement du prévenu soit définitif, rechercher, en ce qui concerne l'action civile, si celui-ci a commis le fait servant de base à cette action, si ce fait est une infraction et s'il a causé le dommage dont la réparation est demandée par l'appelant* »[41]. « *Le juge d'appel peut et doit rechercher sous l'application de quelle disposition légale tombe le fait poursuivi, sans être lié à cet égard par la qualification donnée au fait dans la citation, pourvu qu'il respecte les droits de la défense* »[42]. « *Le fait que le ministère public se soit incliné devant la décision intervenue en première instance ne peut paralyser en rien l'appel formé par la partie lésée en vue de réparer le dommage qu'elle a subi. Vis-à-vis d'elle, il n'y a pas chose jugée sur les points de savoir si l'inculpé a commis l'infraction relevée à sa charge et s'il a causé ainsi préjudice à la partie appelante* »[43]. « […] *en condamnant le prévenu à la réparation du dommage,* [le juge d'appel] *doit indiquer dans son jugement ou son arrêt quelle est l'infraction commise, sinon il ne justifierait pas la compétence de la juridiction répressive pour connaître de l'action civile* […]. *Ainsi apparaîtra sans doute une contradiction entre le jugement de première instance sur l'action publique et le jugement du second degré sur l'action civile : le prévenu pourra être acquitté sur l'action publique et flétri sur l'action civile ; c'est là une conséquence nécessaire de ce que la*

[36] Ces moyens sont repris dans l'arrêt de votre Cour rendu suite à la question constitutionnelle : Cour de cassation, 12 janvier 2012, n° 3/2012 pénal.
[37] Idem.
[38] Jörg GERKRATH, L'obligation du juge *a quo* de se conformer à l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour constitutionnelle, Pasicrisie 35 (1/2012), pages 479 et suivantes, voir page 494, deuxième alinéa.
[39] Idem, page 493, dernier alinéa.
[40] Répertoire pratique du droit belge, Complément, Tome 8, Bruxelles, Bruylant, 1995, V° Appel en matière répressive, pages 1 et suivantes, voir n° 412, page 82.
[41] Idem, n° 423, page 84.
[42] Idem, n° 424, page 84.
[43] Idem, n° 425, page 84.

juridiction d'appel a compétence pour juger l'action civile, par un examen nouveau et désormais indépendant de l'examen sur l'action publique »[44].

Le droit conféré par l'article 202 du Code d'instruction criminelle à la partie civile de former appel même contre un jugement d'acquittement « *quant à ses intérêts civils seulement* » implique donc celui de critiquer les motifs du jugement relatifs à l'action publique, cette critique ne pouvant cependant avoir d'autre but que d'attaquer le dispositif consacré à la demande civile. Le dispositif relatif à l'action publique acquiert, en effet, en cas d'appel de la seule partie civile, force de chose jugée.

Cette solution, à première vue surprenante, de permettre à la partie civile de mettre par son appel en cause des motifs (relatifs à l'action publique) qui fondent un dispositif (celui relatif à l'action publique) qui ne peut pas être touché par cet appel, se justifie parfaitement. En effet, les motifs relatifs à l'action publique constituent à la fois le soutien nécessaire du dispositif consacré à l'action publique et de celui consacré à l'action civile.

Le juge pénal saisi d'une action civile, qui acquitte le prévenu, se déclare en conséquence, en principe, incompétent pour connaître de l'action civile. Cette décision d'incompétence, qui forme l'objet de l'appel de la partie civile, repose de façon cumulative sur deux catégories de motifs. La première catégorie est spécifique à l'action civile. Elle se réduit au motif tiré du principe que l'acquittement entraîne l'incompétence du juge pénal pour connaître de l'action civile. La seconde catégorie de motifs est en soi spécifique à l'action publique, mais constitue néanmoins le soutien nécessaire de la première catégorie de motifs et, par voie de conséquence, du dispositif relatif à l'action civile. Il s'agit de l'ensemble des motifs par lequel le juge pénal acquitte le défendeur au civil. Cette seconde catégorie de motifs fonde le dispositif consacré à l'action publique, donc la décision d'acquittement, qui ne peut être remise en cause par l'appel de la partie civile. Elle fonde cependant également la prémisse nécessaire du constat d'incompétence du juge pénal pour connaître de l'action civile. Comme l'appel, pour être utile, doit porter sur l'ensemble des motifs qui fondent le dispositif, il doit donc, s'il est formé par la partie civile, pouvoir porter également sur les motifs par lesquels le juge pénal acquitte le défendeur au civil.

La décision de la Cour constitutionnelle de déclarer l'article 412 du Code d'instruction criminelle contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il fait dépendre la recevabilité du pourvoi en cassation de la qualité de la partie à l'instance, implique que la partie civile confrontée à une décision d'acquittement rendue en appel peut attaquer celle-ci par un pourvoi en cassation, certes limité à ses intérêts civils, lui permettant à cette fin de critiquer, outre le motif par lequel le juge d'appel déduit le constat de son défaut de compétence de la décision d'acquittement, également les motifs sur lesquels repose cet acquittement. Le pourvoi de la partie civile ne peut certes pas remettre en cause le dispositif de la décision consacrée à l'action publique, mais il peut cependant critiquer les motifs sur lesquels repose ce dispositif, étant donné qu'ils constituent le soutien nécessaire du motif tiré du défaut de compétence consécutif à la décision d'acquittement du juge pénal pour connaître de l'action civile et, partant, du dispositif, consacré à l'action civile, sur lequel se fonde ce motif.

Cette solution avait été adoptée par votre Cour avant l'extension, par la loi du 17 juin 1987 portant suppression de la cour d'assises et modifiant la compétence et la procédure en matière d'instruction et de jugement des infractions, du domaine de l'article 412 du Code d'instruction

[44] Idem, n° 427, pages 84-85.

criminelle des affaires criminelles aux affaires correctionnelles et de police, comme le rappelle à juste titre la demanderesse en cassation[45] :

> « *Attendu que si la Cour de cassation n'est saisie que dans la mesure où la partie civile qui s'est pourvue a qualité, et qu'elle ne puisse donc casser qu'en tant que l'arrêt attaqué a disposé quant aux intérêts civils, le pourvoi de la partie civile peut, toutefois, proposer des moyens concernant la partie de la décision rendue sur l'action publique qui sert de base à la décision sur l'action civile, alors surtout si l'action publique a été mise en mouvement par la partie civile* »[46].

La partie civile peut donc dans le cadre de son pourvoi en cassation formé contre une décision par laquelle le juge d'appel, au pénal, acquitte le défendeur au civil et, au civil, se déclare incompétent pour statuer sur la demande civile critiquer les motifs par lesquels le défendeur au civil a été acquitté au pénal. Si ces critiques sont accueillies par votre Cour, la décision sera cassée au civil, tandis que son dispositif au pénal, donc la décision d'acquittement, non susceptible d'être remise en cause par le pourvoi de la partie civile, demeurera coulé en force de chose jugée. La solution est parfaitement analogue à celle appliquée sans discussion depuis la promulgation du Code d'instruction criminelle en matière d'appel formé par la partie civile.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle peut-il être étendu d'office à d'autres affaires ?

Le défendeur en cassation expose que les décisions de la Cour constitutionnelle n'ont pas d'effet *erga omnes*, mais n'ont qu'une autorité relative de chose jugée, étant donné que l'article 15, deuxième alinéa, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle dispose que seule « *la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige dont elles sont saisies, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour* ». Elle en déduit que la demanderesse en cassation ne saurait déduire la recevabilité de son pourvoi de l'arrêt de la Cour constitutionnelle invoquée par elle et qui a été rendu dans une espèce différente[47].

La demanderesse en cassation se fonde sur cet arrêt pour en déduire « *que l'interprétation restrictive appliquée jusqu'à récemment à l'article 412 du CIC doit être écartée, conformément à l'arrêt précité rendu par la Cour constitutionnelle* »[48]. Elle soulève ainsi, implicitement, mais nécessairement, la question de la conformité de cette disposition à la Constitution. Elle élève donc la prétention que l'article 412 du Code d'instruction criminelle est à écarter pour être contraire à l'article 10bis de la Constitution. Votre Cour, confronté à cette prétention, doit prendre position. L'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle vous obligerez, en principe, à saisir la Cour constitutionnelle. L'alinéa 2, sous c), de cet article vous en dispense cependant si « *la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet* ». Comme la Cour constitutionnelle a statué, vous êtes en droit de trancher vous-même la question de la conformité de la loi à la Constitution en vous référant à l'arrêt de celle-ci. Par ce biais, vous avez le pouvoir d'écarter de votre propre autorité l'article 412 du Code d'instruction criminelle en vous référant à l'arrêt de la Cour constitutionnelle[49].

---

[45] Mémoire en cassation, page 8.
[46] Cour de cassation, 18 juin 1981, n° 10/81 pén., n° 438 du registre, P. 25, 87.
[47] Mémoire en réponse, pages 2 et 3.
[48] Mémoire en cassation, page 7, troisième alinéa.
[49] Qui acquiert ainsi de façon indirecte une autorité qui dépasse le cas d'espèce dans lequel il a été rendu.

Conclusion

Votre Cour est, conformément à l'article 6, deuxième alinéa, sous c), de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, dispensée, au regard de l'arrêt n° 67/11 de la Cour constitutionnelle du 20 mai 2011, de saisir celle-ci de la question soulevée devant vous par la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** de la conformité de l'article 412 du Code d'instruction criminelle à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution.

Il y a lieu de constater que l'article 412 du Code d'instruction criminelle est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de la partie à l'instance.

Le pourvoi est irrecevable pour autant qu'il vise des dispositions statuant sur l'action publique, à savoir

- la décision des juges de première instance, confirmée par l'arrêt attaqué:
    - d'acquitter **A.)** de toutes les infractions libellées à sa charge et de le renvoyer des fins de sa poursuite pénale sans peine ni dépens ;
    - de laisser les frais de la poursuite pénale à charge de l'Etat ;
    - d'ordonner la restitution à **A.)** des documents saisis suivant rapport n° SPJ/CRR/DOYV/JDA/13424.5 du 28 avril 2011 établi par la Police grand-ducale, Service de Police Judiciaire, Unité CRR, ainsi que
- la décision de la Cour d'appel de laisser les frais de la poursuite pénale à charge de l'Etat.

Le pourvoi est recevable pour autant qu'il vise des dispositions statuant sur l'action civile, à savoir :

- la décision des juges de première instance, confirmée par l'arrêt attaqué :
    - de donner acte à la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** S.A. de sa constitution de partie civile ;
    - de se déclarer incompétente pour en connaître ;
- la décision de la Cour d'appel de laisser les frais de demande civile à charge de la société BANQUE **BQUE.1.)** S.A.

Le pourvoi est enfin recevable pour autant qu'il vise la décision de la Cour d'appel de condamner la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** S.A. à payer à **A.)** une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière correctionnelle avait acquitté **A.)** de la poursuite pénale qui avait été engagée contre lui par son ancien employeur, la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** (ayant succédé à la société anonyme **BQUE.1'.)** BANK LUXEMBOURG) sur plainte avec constitution de partie civile pour avoir, dans le cadre d'un litige de droit du travail engagé par lui contre la partie civile, communiqué dans ce cadre en violation du secret bancaire des documents qu'il lui aurait préalablement volés. Sur appel de la partie civile et du ministère public, la Cour d'appel confirma le jugement entrepris.

Sur le premier moyen de cassation

Le premier moyen de cassation est tiré « *de la violation des articles 461, 463 et 464 du Code pénal, en ce que l'arrêt attaqué, confirmant, quoique pour d'autres motifs, le jugement de première instance, a acquitté **A.)** des infractions de vol libellées à sa charge en ce qui concerne les documents 2, 4, 5 et 6 tels que cités dans le réquisitoire du ministère public, aux motifs que « la chose formant l'objet du vol doit s'entendre comme un meuble corporel excluant de par là même tout objet incorporel (Cour d'appel Luxembourg 11 mai 2004, 154/04 V). Comme **A.)** n'a en l'espèce fait que télécharger des données électroniques à partir du serveur de la banque en ce qui concerne les documents 2, 4, 5 et 6, il ne s'est à aucun moment approprié un meuble corporel de sorte que l'élément matériel du vol, à savoir la soustraction frauduleuse d'une chose, fait défaut en l'espèce en ce qui concerne ces documents » (p. 18-19 arrêt), alors que, première branche, l'article 461 du Code pénal ne distingue pas entre le caractère corporel ou incorporel de la chose formant l'objet du vol, alors que, deuxième branche, le vol a porté sur le papier (chose corporelle) ayant servi à imprimer les documents transférés sur son ordinateur sur lequel se trouvent matérialisées les informations, **A.)** ayant emporté chez lui le papier sur lequel il a imprimé les documents litigieux après les avoir transférées sur ordinateur personnel (conclusions **A.)** du 03/06/13, p. 6), alors que, troisième branche, **A.)** a encore expressément admis que la chose incorporelle, à savoir les simples informations contenues dans les documents litigieux ne l'intéressaient pas, qu'il entendait prouver les faits reprochés à la demanderesse en cassation dans son courrier de démission par des « documents spécifiques » (conclusions **A.)** du 11/02/13, p. 9) et « précis » (id.) auxquels « il est très pertinent dans cette procédure de droit du travail de faire référence » (id.), et qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé les articles 461, 463 et 464 du Code pénal.* »

Le moyen, qui concerne une partie de la décision rendue sur l'action publique qui sert de base à la décision sur l'action civile[50], est recevable.

Sur la première branche du moyen

Dans sa première branche du moyen, la demanderesse en cassation soutient que comme l'article 461 du Code pénal, qui définit le vol et précise que l'objet de ce dernier est une « *chose* », ne distingue pas entre choses corporelles et choses incorporelles, il engloberait également, contrairement à ce qui a été retenu par la Cour d'appel, des choses incorporelles.

[50] Cour de cassation, 18 juin 1981, n° 10/81 pén., n° 438 du registre, P. 25,87.

Il est renvoyé au passage ci-après extrait d'une note du Parquet général établie dans une autre espèce, qui avait été communiquée aux parties et qui est versée par la demanderesse en cassation[51] :

> « L'incrimination du vol des informations se heurte toutefois à l'exigence de ce que la « *chose* » formant l'objet du vol doit être une chose corporelle. Cette solution est admise tant en droit français[52], qu'en droit belge[53] et luxembourgeois[54]. Dans ce dernier droit le vol se distingue de ce point de vue du recel qui, depuis l'entrée en vigueur d'une loi du 14 août 2000 ayant modifié l'article 505 du Code pénal, s'étend outre aux « *choses* » également aux « *biens incorporels* »[55].

L'article 505 du Code pénal, qui distingue depuis une loi du 14 août 2000 entre « choses » et « bien incorporels », démontre à suffisance que le Code pénal distingue les « *biens incorporels* » des « *choses* ».

La première branche est à rejeter.

Sur la deuxième branche du moyen

Dans sa deuxième branche, la demanderesse en cassation soutient, en se référant aux conclusions écrites en appel du défendeur en cassation, que ce dernier aurait avoué avoir imprimé les documents concernés chez lui après les avoir téléchargés sur du papier appartenant à la demanderesse en cassation emmené chez lui. Le défendeur en cassation aurait ainsi commis un vol de papier d'impression.

Cette branche du moyen se heurte à deux écueils.

D'une part, elle vous invite à procéder à une appréciation nouvelle des faits en prenant de surcroît en considération des faits qui n'ont pas été constatés par les juges du fond. Elle se heurte ainsi au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

---

[51] Mémoire en cassation, Annexe 10, page 2.

[52] Répertoire Dalloz Droit pénal, V° Vol , par Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC (mai 2005), n° 42, page 7; Jurisclasseur Pénal, Art. 311-1 à 311-16, Fasc. 20, par Wilfrid JEANDIDIER (2, 2006), n° 27 (Suivant un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française du 3 avril 1995 (Bull. crim., n° 142 ; Revue de science criminelle, 1995, page 599, observations FRANCILLON), l'objet du recel, qui porte, en droit français, comme celui du vol, sur une « *chose* », ne peut pas porter sur des informations seules).

[53] Marie-Aude BEERNAERT et autres, Les infractions contre les biens, Bruxelles, Larcier, 2008, pages 24 à 35 (les auteurs font cependant référence à de récentes décisions de juridictions de fond belges rendues au sujet de données informatiques qui pourraient être interprétées comme un glissement de la portée du terme « *choses* » des biens corporels à des biens, même immatériels, ayant une valeur économique ; la question ne paraît cependant pas encore avoir fait l'objet d'une clarification par la Cour de cassation ; de plus la question est devenue largement obsolète en la matière concernée des données informatiques par la mise en place, par une loi du 28 novembre 2000, d'une législation spéciale régissant la fraude informatique).

[54] Voir, en particulier, vos arrêts n° 154/04 V du 11 mai 2004 et n° 57/08 V du 29 janvier 2008. Dans ce dernier arrêt, rendu au sujet, notamment, d'un vol de données électroniques, vous constatez que « *la « chose » visée à l'article 461 du code pénal doit* […] *s'entendre comme un meuble corporel excluant de par la même tout objet « incorporel »* » (page 19 de l'arrêt).

[55] Cette différence est également mise en exergue par votre arrêt précité du 29 janvier 2008 (voir page 19, premier alinéa).

D'autre part, s'il est en théorie concevable de sanctionner comme vol de papier un « vol d'information » dans le cas de figure d'un salarié qui prend de façon frauduleuse possession du contenu de documents de son employeur en les photocopiant ou en les imprimant après téléchargement sur du papier appartenant à son employeur, il reste que le défendeur en cassation ne s'est, en l'espèce, pas vu reprocher un vol de papier.

Il s'ensuit que la deuxième branche du moyen ne peut pas être accueillie.

Sur la troisième branche du moyen

Dans la troisième branche, la demanderesse en cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir tenu compte de ce que le but du téléchargement par le défendeur en cassation des données électroniques correspondant aux documents communiqués par lui dans le cadre du litige de droit du travail était de les transformer par impression en documents, donc de ce que ces données avaient vocation à se matérialiser.

Elle se réfère en particulier à un arrêt de la cinquième chambre de la Cour d'appel qui, tout en rappelant que le vol ne peut porter sur des choses incorporelles, qualifia de vol le fait de soustraire momentanément des cartes de crédit en vue de copies les données électroniques reproduites sur la bande magnétique de ces cartes[56].

L'objet du vol est dans ce cas constitué par les données électroniques.

L'arrêt se réfère à l'arrêt *Bourquin* de la chambre criminelle de la Cour de cassation française[57]. Dans cet arrêt, celle-ci avait rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Reims qui avait condamné des salariés d'une entreprise du chef de vol du « contenu informationnel » de disquettes informatiques qu'ils avaient appréhendées le temps nécessaire de les reproduire. La motivation de la Cour de cassation se limite à rejeter l'unique moyen de cassation, qui n'était même pas tiré de la méconnaissance des éléments constitutifs du vol, pour remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond tout en ajoutant que les juges du fond avaient « *relevé sans insuffisance, à l'encontre des prévenus, l'ensemble des éléments constitutifs des délits dont ils ont été reconnus coupables* ».

L'arrêt de la cinquième chambre de la Cour d'appel, invoqué par la demanderesse en cassation, précise, par référence à l'arrêt *Bourquin*, que « *dans le cas* […] *où le support physique de données électroniques, comme une disquette par exemple, ont été soustraites, il s'agit d'un vol, même si le support n'a été emprunté que momentanément pour copier ensuite les données sur un autre support* »[58].

L'arrêt se réfère ensuite à un article de doctrine belge[59] suivant lequel les données électroniques, dans la mesure où elles peuvent être enregistrées, transmises et reproduites, ne constituent pas une chose intellectuelle tels que les droits et les idées, mais une chose qui a dans le monde physique une présence matérielle.

[56] Cour d'appel, cinquième chambre, 29 janvier 2008, n° 57/08 V.
[57] Cour de cassation française, chambre criminelle, 12 janvier 1989, Bull. crim., n° 14.
[58] Arrêt n° 57/08 V, précité, page 19, troisième alinéa.
[59] J-P. SPREUTELS, Le vol de données informatiques, Bruxelles, Revue de droit pénal et de criminologie, 1991, note 97, page 1047.

Il retient comme objet du vol, non les cartes de crédit contenant la bande magnétique sur laquelle figuraient les données électroniques, ces cartes ayant fait l'objet d'un vol s'usage le temps nécessaire de permettre la reproduction de ces données, mais les données électroniques elles-mêmes. Il met cependant par ailleurs en exergue que les données électroniques constituent des choses susceptibles de soustraction « *dans la mesure où* [elles] […] *se trouvent matérialisées sur* [la] *bande magnétique* »[60].

L'enseignement de l'arrêt est donc que les données électroniques, nonobstant leur appartenance au monde physique par opposition aux idées, informations et droits, ne sont pas elles-mêmes susceptibles de constituer l'objet d'une soustraction frauduleuse au sens de l'article 461 du Code pénal, mais ne le sont que par ricochet, à condition de se matérialiser dans un objet matériel faisant l'objet de la soustraction.

Cette logique n'est pas applicable au cas de l'espèce, dans lequel les données ont fait l'objet d'une appropriation au moyen d'un téléchargement à partir du serveur de l'employeur, donc sans recours à un support matériel sur lequel les données auraient, au moment de leur vol, « pris corps ». Il n'est, dans cet ordre d'idées, pas pertinent de savoir que les données ont, après leur appropriation par le défendeur en cassation, été converties par lui en matière par leur impression et que tel était le but de l'appropriation. « L'incorporation » des données doit, en effet, avoir lieu au moment de la soustraction, alors qu'elle en constitue une condition, du moins tant que l'on considère que la soustraction ne peut porter que sur un corps, une chose corporelle (conclusion qui ne peut que difficilement être écartée en droit luxembourgeois au regard de la différence de rédaction de l'article 461 par rapport à l'article 505 du Code pénal), et que l'on ne s'engage pas dans la voie suggérée par l'article de doctrine belge cité par l'arrêt de la Cour d'appel consistant à assimiler, en substance, les données électroniques à l'électricité, qui peut faire l'objet d'un vol[61].

La demanderesse en cassation se réfère en outre à un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation française du 4 mars 2008 qui approuva l'arrêt d'une cour d'appel condamnant pour vol de fichiers informatiques un prévenu qui avait fait copier, afin de se les approprier, des données informatiques d'une entreprise[62]. Il s'agit d'un arrêt non publié au Bulletin qui, à l'instar de l'arrêt *Bourquin*, se limite d'une façon laconique à rejeter le pourvoi pour se fonder sur des motifs qui se bornent à remettre en question l'appréciation souveraine des juges du fond tout en ajoutant que les juges du fond ont caractérisé en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnel, les délits dont ils ont déclaré le prévenu coupable. Il ne s'agit donc pas, aux yeux de la Cour, d'un arrêt de principe. Il en découle cependant que le fait « *de subtiliser et de copier sur des supports matériels* » des données informatiques est susceptible de constituer le « *vol du contenu informationnel* » du support sur lequel étaient stockées ces données et ce alors même qu'« *aucun support n'a été soustrait, l'agent s'accaparant le contenu des fichiers informatiques sans manipulation du contenant* »[63].

---

[60] Arrêt n° 57/07 V, précité, page 19, cinquième alinéa.

[61] L'électricité est considérée en France comme étant susceptible de constituer l'objet d'un vol, donc une « chose » au sens de notre article 461 du Code pénal, depuis un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation de 1912 (Cour de cassation, chambre criminelle, 3 août 1912, Bull. crim., n° 450 ; Jurisclasseur Pénal, précité, n° 22 ; Répertoire Dalloz Droit pénal, V° Vol, précité, n° 26, pages 4-5). La Cour de cassation de Belgique admet cette même solution depuis un arrêt du 23 septembre 1981 (Cour de cassation de Belgique, 23 septembre 1981, Pasicrisie belge, 1982, I, page 120).

[62] Cour de cassation française, chambre criminelle, 4 mars 2008, Dalloz 2008, page 2213, note Stéphane DETRAZ.

[63] Stéphane DETRAZ, note précitée.

Si cet arrêt constitue certes « *un pas de plus* […] *vers la dématérialisation de l'objet de la soustraction frauduleuse* »[64], il est cependant à noter que la jurisprudence de la chambre criminelle consécutive à l'arrêt *Bourquin* demeure « *très clairsemée* »[65], de sorte que ce courant jurisprudentiel, dans lequel certains avaient vu « *une révolution ouverte et de taille dans le droit du vol* »[66], a pu être qualifié de « *souffreteux* »[67].

Il est difficile de se joindre, en droit luxembourgeois, à cette révolution française qui n'a pas vraiment eu lieu jusqu'à présent. Il serait certes séduisant, et beaucoup plus cohérent, de sanctionner ouvertement le vol d'informations au lieu de se perdre dans des sophistications byzantines d'une complexité inouïe d'une infraction au départ si simple que le vol, par recours cumulatif aux notions de vol par soustraction juridique du support d'une information et de vol d'usage de ce support le temps nécessaire de sa reproduction. De telles velléités se heurtent cependant en droit luxembourgeois à l'argument de texte implacable résultant de la confrontation des articles 461 et 505 du Code pénal, qui visent tous les deux les « *choses* » tandis que l'article 505, par opposition à l'article 461 vise de surcroît les « *biens incorporels* ». En toute logique, le vol ne saurait viser, en l'état actuel des textes, les « *biens incorporels* ».

Un subterfuge pourrait consister à considérer que les données électroniques, par analogie à l'électricité, relèvent du monde physique et constituent de ce point de vue, et par opposition aux informations, idées et droits, un « corps ». Il ne faut toutefois pas perdre de vue que le caractère matériel de l'électricité a fait l'objet de très vifs débats ce qui amena le législateur français à l'incriminer dans un texte spécial[68]. L'assimilation des données électroniques à la matière n'est pas sans soulever de sérieuses interrogations.

S'agissant plus spécifiquement de l'appropriation de données électroniques stockées sur un serveur au moyen d'un téléchargement, il s'ajoute que le droit luxembourgeois définit à ce sujet, dans les articles 509-1 et suivants du Code pénal, des incriminations spécifiques, qui feraient alors double emploi avec le vol.

Il est dès lors proposé de rejeter la troisième branche du moyen.

Il s'ensuit que le moyen est à rejeter dans ses trois branches.

Sur le deuxième moyen de cassation

Le deuxième moyen de cassation est tiré « *de la violation des articles 461, 463 et 464 du Code pénal, ensemble l'article 70 du même Code, <u>en ce que</u> l'arrêt attaqué, confirmant, quoique pour d'autres motifs, le jugement de première instance, a acquitté **A.)** des infractions de vol libellées à sa charge en ce qui concerne les documents 1 et 3 tels que cités dans le réquisitoire du ministère public, aux motifs que « le fait que **A.)** ait fait de ces documents qui lui avaient été selon ses dires remis en copie des photocopies ne traduit pas son intention de se comporter comme propriétaire de ces documents ni son intention d'usurper la possession de ces*

[64] Idem.
[65] Idem.
[66] Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC, L'arrêt Bourquin, une double révolution, Revue de science criminelle, 1990, page 507.
[67] Stéphane DETRAZ, note précitée.
[68] L'article 311-2 du Nouveau Code pénal français (Répertoire Dalloz Droit pénal, V° Vol, précité, n° 26-27, pages 4-5).

documents à l'insu et contre le gré du propriétaire, fût-ce momentanément, dès lors qu'il n'est pas établi qu'il se soit emparé de l'original de ces documents et que ces documents n'ont été produits que dans le cadre du litige de droit du travail l'opposant à son ancien employeur, de sorte qu'une soustraction frauduleuse de ces documents n'est pas établie à suffisance de droit (cf. Cour d'appel Luxembourg, 19 février 2013, 97/13 V) », alors que, première branche, en s'emparant, à des fins personnelles, ne fût-ce que le temps de faire des photocopies, de documents dont il n'avait que la simple détention matérielle, le salarié commet un vol, alors que, deuxième branche, il est indifférent, dès lors notamment qu'il s'en empare pour en faire des copies, que le salarié emporte des originaux ou de simples copies, alors que, troisième branche, si l'intention frauduleuse peut être exclue par le fait que le salarié est en droit de produire en justice, les documents de l'entreprise dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions qui sont strictement nécessaires à l'exercice de ses droits de la défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, il est constant en cause que les documents litigieux n'ont pas été mis en possession de ***A.)*** *« dans l'exercice de ses fonctions » puisqu'il a fallu, pour ce qui est du document 1, que l'un de ses collègues attire son attention sur l'existence d'un document dont il ne disposait pas (cf. jugement de 1ère instance, p. 7), et, pour ce qui est du document 3, qu'il le réclame à l'auditeur interne après avoir été informé de son existence par le compliance officer de la banque (cf. jugement de 1ère instance, p. 8), alors que, quatrième branche, si l'intention frauduleuse peut être exclue par le fait que le salarié est en droit de produire en justice, les documents de l'entreprise dont il a connaissance à l'occasion de ses fonctions qui sont « strictement nécessaires » à l'exercice de ses droits de la défense dans le procès qui l'oppose à son employeur,* ***A.)*** *n'a aucunement démontré la « stricte nécessité » dans laquelle il se serait trouvé de produire les documents litigieux et que la Cour d'appel n'a pas constaté l'existence de cette stricte nécessité, et qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé les articles 461, 463 et 464 du Code pénal, ensemble l'article 70 du même Code* ».

Le moyen, qui concerne une partie de la décision rendue sur l'action publique qui sert de base à la décision sur l'action civile[69], est recevable.

Il s'attaque aux motifs suivant de l'arrêt :

> « *Quant aux documents 1 et 3, le fait que* ***A.)*** *ait fait de ces documents qui lui avaient été selon ses dires remis en copie des photocopies ne traduit pas son intention de se comporter comme propriétaire de ces documents ni son intention d'usurper la possession de ces documents à l'insu et contre le gré du propriétaire, fût-ce momentanément, dès lors qu'il n'est pas établi qu'il se soit emparé de l'original de ces documents et que ces documents n'ont été produits que dans le cadre du litige de droit du travail l'opposant à son ancien employeur, de sorte qu'une soustraction frauduleuse de ces documents n'est pas établie à suffisance de droit (cf Cour d'appel Luxembourg 19 février 2013, 97/13 V).* »[70]

En vue de mieux saisir la portée de ces motifs, il est renvoyé au passage ci-après extrait de la note précitée du Parquet général établie dans une autre espèce, qui avait été communiquée aux parties et qui est versée par la demanderesse en cassation[71] :

> « Le vol se définit comme « *soustraction* » frauduleuse de la chose d'autrui.

[69] Cour de cassation, 18 juin 1981, n° 10/81 pén., n° 438 du registre, P. 25,87.
[70] Arrêt attaqué, page 19, troisième alinéa.
[71] Mémoire en cassation, Annexe 10, page 2.

La soustraction exigée par le vol était, au départ, conçue comme une soustraction matérielle, donc comme le fait de « *prendre, enlever, ravir une chose à l'insu ou contre le gré du propriétaire* »[72].

En l'espèce, suivant la thèse défendue par le prévenu, qui a cependant (à juste titre) été contredite par les juges de première instance, les documents faisaient partie de ceux dont le prévenu avait, en sa qualité de salarié, accès, donc qu'il pouvait utiliser ou manier pour les besoins de sa fonction. A vouloir suivre cette thèse du prévenu, il lui est donc reproché d'avoir volé une chose qui lui avait pourtant été confiée.

Cette situation avait été analysée par la doctrine, en l'occurrence Emile Garçon[73], comme correspondant à la remise de la simple détention, par opposition à celle de la possession : le propriétaire, en l'occurrence l'employeur, ne confie au salarié que l'élément matériel du droit de propriété, à savoir le *corpus*, mais se réserve l'élément intentionnel ou juridique de ce droit, à savoir l'*animus domini*, donc il n'a pas entendu abandonner ses prérogatives de propriétaire sur la chose[74]. En partant de cette prémisse, la jurisprudence française, dès 1919[75], luxembourgeoise, dès 1928[76], et belge, dès 1950[77], a considéré que si la remise de la chose n'a porté que sur le *corpus*, elle n'aura transféré que la détention matérielle de cette chose, de sorte qu'en s'arrogeant *l'animus*, qui ne lui a pas été conféré, l'agent pourra devenir voleur parce qu'il méconnaît la propriété qu'a voulu conserver le remettant[78] :

« *Attendu que la circonstance qu'on a eu dans le principe le maniement ou la détention d'une chose du consentement du propriétaire qui en garde la possession n'empêche pas qu'il y ait une soustraction frauduleuse lorsqu'on se l'approprie, comme en matière de vol domestique* »[79].

Cette soustraction juridique[80] ou moderne[81] constitue donc une usurpation de la possession, l'agent convertissant indûment sa détention précaire en une véritable possession qu'il usurpe[82].

Conformément à cette interprétation, il est donc concevable de considérer comme voleur le salarié qui s'approprie un document qu'il pouvait même utiliser pour les besoins de ses fonctions.

---

[72] Répertoire Dalloz Droit pénal, V° Vol , précité, n° 101, page 12 ; Jurisclasseur Pénal, précité, n° 48 ; il s'agit d'une citation d'une formule de jurisprudence remontant à un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 novembre 1837.
[73] Emile Garçon, Code pénal annoté, sous art. 379, n° 2 et suivants.
[74] Répertoire Dalloz Droit pénal, V° Vol, précité, n° 137 et 139, page 16.
[75] Cour de cassation française, chambre criminelle, 11 janvier 1919, Bull. crim., n° 9.
[76] Cour de cassation, 12 juillet 1928, Pas. XI, page 330 (arrêt également cité par les juges de première instance, voir page 7 du jugement).
[77] Cour de cassation de Belgique, 9 janvier 1950, Pas. belge, page 296.
[78] Idem, n° 139, page 16.
[79] Arrêt précité de la Cour de cassation du 12 juillet 1928 (passage également cité par les juges de première instance, voir page 7 du jugement).
[80] Répertoire Dalloz Droit pénal, V° Vol, précité, n° 138, page 16.
[81] Jurisclasseur Pénal précité, n° 53.
[82] Idem, n° 54.

[…]

Le vol suppose une soustraction « *frauduleuse* » de la chose d'autrui.

Cette intention frauduleuse est analysée comme la volonté de s'approprier la chose[83].

Le prévenu s'est, en l'espèce, approprié les documents en cause seulement le temps nécessaire de les photocopier à des fins personnelles. Il s'est donc certes comporté de la sorte comme propriétaire, mais uniquement de façon momentanée, « *le temps de l'éclair de la photocopie* »[84]. Il n'avait, en revanche, pas l'intention de s'approprier les documents de façon définitive. Son intention était celle de les restituer après les avoir utilisés comme propriétaire.

Il se pose dès lors la question de savoir si ce vol d'usage est susceptible d'être sanctionné.

En France, la Chambre criminelle de la Cour de cassation y donna dès 1959 une réponse positive en décidant, au sujet du vol d'usage d'un automobile, que :

« *s'il est vrai que la loi pénale n'atteint pas celui qui, sans l'autorisation du propriétaire, utilise même abusivement la chose d'autrui, il y a vol au contraire lorsque l'appréhension a lieu, dans des circonstances telles qu'elle révèle l'intention de se comporter, même momentanément, en propriétaire* »[85].

Dans une espèce célèbre, proche de notre cas d'espèce, l'affaire « *LO.)* », également citée par la partie civile et les juges de première instance, la même juridiction était saisie vingt ans plus tard du cas d'un salarié qui avait photocopié des documents de son employeur qu'il avait été amené à détenir à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et qui avait produit ces photocopies au cours du procès de droit du travail qu'il avait engagé suite à son licenciement. Poursuivi du chef de vol, il avait été acquitté par les juges du fond au motif que l'on ne saurait considérer que le fait, par le détenteur d'un document, d'en effectuer la reproduction pour en faire un usage même abusif, est un acte d'appropriation frauduleuse de la chose d'autrui constitutif du délit de vol. L'arrêt d'appel était cassé par la Haute Juridiction au motif que les juges du fond n'ont pas déduit des circonstances par eux exposées « *qu'en prenant des photocopies des documents en cause à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré du propriétaire de ces documents, le prévenu, qui n'en avait que la simple détention matérielle, les avait appréhendés frauduleusement pendant le temps nécessaire de leur reproduction* »[86].

[83] Idem, n° 173 et suivants, pages 20 et 21.
[84] Idem, n° 183, page 21.
[85] Cour de cassation française, chambre criminelle, 19 février 1959, Bull. crim., n° 123 ; Recueil Dalloz 1959, jurisprudence, page 331, note Roujou de Boubée (c'est nous qui soulignons).
[86] Cour de cassation française, chambre criminelle, 8 janvier 1979, Bull. crim., n° 13, page 32 ; Recueil Dalloz, 1979, page 509, note P. CORLAY (c'est nous qui soulignons).

Dans cet arrêt, « *la chambre criminelle a, pour la première fois, cumulé ces deux constructions jurisprudentielles que sont le vol par soustraction juridique après remise de la chose, et le vol dit d'usage. C'est de la sorte qu'est né le vol par reproduction de documents* […]. *On imagine mal de vol plus bref, et le cumul de ces deux constructions jurisprudentielles souligne la complexité qui a gagné cette infraction au départ très simple qu'était le vol* […] »[87].

Par suite de ces évolutions de la jurisprudence, la répression du vol d'usage est devenue systématique en droit français[88].

En Belgique, la répression du vol d'usage est, à son tour, devenue systématique par suite d'une loi du 25 juin 1964 qui compléta l'article 461 d'un deuxième alinéa libellé comme suit :

« *Est assimilé au vol le fait de soustraire frauduleusement la chose d'autrui en vue d'un usage momentané* ».

Les motifs attaqués de l'arrêt se réfèrent à un arrêt de la cinquième chambre de la Cour d'appel du 19 février 2013, qui mérite d'être cité, alors qu'il refuse également, pour des motifs similaires, de sanctionner le vol d'usage momentané de documents par un salarié le temps nécessaire d'en faire des photocopies :

« *Pour retenir* X. *dans les liens de la prévention libellée à sa charge, les premiers juges se sont alignés sur une jurisprudence de la Cour de cassation française qui retient que la confection d'une photocopie contre le gré du propriétaire peut constituer la soustraction frauduleuse du document utilisé pendant le temps nécessaire à sa reproduction.*

Cette approche n'a pas été dans le passé celle de la jurisprudence luxembourgeoise, qui a décidé, précisément à propos de la photocopie de documents, que pour qu'il y ait vol, il faut que le prévenu ait eu l'intention de conserver par devers lui l'objet matériel de la soustraction frauduleuse. « Ainsi il n'y a pas de vol dans le chef de celui qui appréhende certaines pièces appartenant à autrui dans le seul dessein d'en prendre des photographies et de les replacer ensuite dans les archives. Il en est de même des photocopies comme ce fut le cas en l'espèce » (Cour d'appel, 3 avril 1992, n° 97/92 V ; cette jurisprudence reprend par ailleurs une solution dégagée par la Cour de cassation de Belgique (arrêt du 4 février 1929, Pasicrisie belge, I, page 80, citée dans Introduction à l'étude du vol, par Raymond Charles, n° 198)).

Dans l'approche de la jurisprudence française, suivie par les premiers juges, la soustraction frauduleuse ne se limite plus seulement à l'appropriation par le voleur de la chose d'autrui. Il peut aussi y avoir soustraction frauduleuse, si l'auteur appréhende la chose en se comportant en véritable propriétaire, ne fût-ce que momentanément.

[87] Répertoire Dalloz Droit pénal, V° Vol, précité, n° 183, page 21.
[88] Jurisclasseur Pénal, précité, n° 23.

Cette approche a également été celle adoptée par différents arrêts de la Cour d'appel (Cour d'appel, 13 novembre 2012, n° 520/12 V ; Cour d'appel, 24 novembre 2010, n° 470/10 X ; Cour d'appel, 29 janvier 2008, n° 57/08 V).

Il reste qu'en l'espèce le fait, pour le prévenu, de prendre des documents pour les photocopier ensuite, ne contredit pas le titre de propriété de la société Y.

Les classeurs dans lesquels les documents ont été pris étaient librement accessibles dans le bureau du gérant de la société, et ceci abstraction faite de toutes considérations quant au caractère confidentiel ou non des documents en question. La question de savoir si ces classeurs se trouvaient sur une table ou dans une armoire n'est pas non plus déterminante, alors qu'en tout état de cause ni le bureau ni l'armoire dans laquelle ont été rangés les classeurs n'étaient fermés à clef. L'existence des documents en question était connue du prévenu de par ses fonctions. Il y a également lieu d'admettre que de par ses fonctions, le prévenu savait où ces classeurs se trouvaient, et il n'avait pas à fouiller le bureau du gérant pour y accéder.

Il n'est pas établi que le prévenu, pour appréhender les documents en question en vue de leur reproduction, se soit rendu dans les bureaux de la société durant la période des congés collectifs, c'est-à-dire à un moment où il n'y avait personne dans les locaux de la société. Les premiers juges ont dit que ce fait était établi, mais en caractérisant la période de temps durant laquelle la soustraction frauduleuse aurait été commise, ils ont retenu que l'infraction avait eu lieu entre septembre 2005 et mars 2006, ce qui ne correspond à l'évidence pas à la période des congés collectifs. Il ne fait par ailleurs aucun sens que le prévenu s'introduise subrepticement dans les locaux de la société durant les congés collectifs, pour ensuite laisser sur un des classeurs un post-it avec son écriture, faisant ainsi apparaître au grand jour qu'il a eu ce classeur en mains.

Dans l'appréciation de l'intention du prévenu, il y a encore lieu de tenir compte du fait qu'il lui est reproché d'avoir appréhendé les documents et de les avoir ensuite photocopiés « entre septembre 2005 et mars 2006 ». Or, il est un fait que le prévenu s'est limité à communiquer, par l'intermédiaire de son avocat, les photocopies réalisées (plus précisément les modalités d'exécution de la mission confiée à la société A. *et le rapport du 17 octobre 2005 de cette société) dans le cadre du litige de droit du travail l'opposant à son ancien employeur et qui n'a pris naissance qu'après la mise à pied de* X *par la société* Y. *à la date du 24 avril 2008.*

Les affirmations du prévenu, que déjà fin 2005 il était question d'un licenciement éventuel, sont corroborées par les pièces annexées au procès-verbal 2008/100 du 4 novembre 2008 de la Police, CP Heiderscheid, et plus particulièrement par un rapport d'activité de la société A. *du 20 décembre 2005 où il est retenu « Il a été décidé de signifier clairement à* X. *en présence de M.* Z. *que le licenciement était envisagé ».*

Les pièces photocopiées n'ont en tout état de cause été produites que dans le cadre du litige de droit du travail opposant le prévenu à son ancien employeur. Il n'est

pas soutenu que le prévenu en ait fait un quelconque autre usage avant le litige de droit du travail l'opposant à son ancien employeur.

L'appréhension des documents en vue de leur reproduction sous forme de copies ne traduit, dans ces conditions, pas l'intention du prévenu de se comporter comme propriétaire de ces documents, ni l'intention d'usurper la possession de ces documents à l'insu et contre le gré du propriétaire, fût-ce momentanément.

Il y a encore lieu de relever que l'employeur avait de toute évidence connaissance de ce que le prévenu avait photocopié certains documents peu de temps après que ces photocopies eurent été réalisées, puisque après le congé collectif 2005-2006, le gérant de la société a, en réaction, fermé son bureau à clef. Ce n'est pourtant que le 26 août 2008 que la société Y. *a porté plainte contre* X.*, et après production en justice des photocopies de ces documents. Il faut en conclure que la société* Y. *elle-même n'a pas considéré à l'époque le comportement du prévenu comme allant à l'encontre de son droit de propriété sur lesdits documents.*

Au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent, la soustraction frauduleuse des documents par le prévenu n'est pas établie à suffisance de droit. Il y a dès lors lieu, par réformation de la décision entreprise, d'acquitter le prévenu de la prévention retenue à sa charge et de le renvoyer des fins de la poursuite sans peine ni dépens. Au civil, la Cour d'appel doit se déclarer incompétente pour connaître de la demande civile de la société Y. »[89]

L'arrêt attaqué et celui dont il s'inspire refusent de suivre les développements récents de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation française, qui se fondent, comme exposé ci-avant, sur la combinaison de deux constructions jurisprudentielles que sont le vol par soustraction juridique, donc celui commis par l'usurpation par le détenteur précaire de la chose de la possession que le propriétaire s'était réservé sur cette chose, et le vol d'usage, qui peut déjà être constitué par l'appréhension frauduleuse d'un document le temps nécessaire de le photocopier.

Les arrêts prennent cependant soin de ne pas remettre en cause le principe même tant du vol par soustraction juridique que du vol d'usage. Ils se limitent à constater que dans les cas d'espèces respectifs, compte tenu des éléments de la cause, l'intention d'usurpation par le détenteur précaire de la possession faisait défaut. Or, en se fondant ainsi sur une appréciation de l'intention fondée sur les éléments de la cause, ils échappent, en principe, au contrôle de votre Cour. Il est rappelé que les juges du fond sont souverains pour apprécier si l'intention qui accompagne la soustraction est frauduleuse ou non[90].

Analysé de cette façon, le moyen ne tend donc, dans ses quatre branches, qu'à remettre en discussion des appréciations souveraines des juges du fond.
Il doit, partant, être rejeté.

Il n'en va différemment que si vous considérez, en vous référant aux développements de la demanderesse en cassation, que les motifs par lesquels l'arrêt attaqué exclut l'intention frauduleuse ne sont pas pertinents ou suffisants de sorte que l'arrêt est à casser pour défaut de

[89] Cour d'appel, cinquième chambre, 19 février 2013, n° 97/13 V.
[90] Cour de cassation française, chambre criminelle, 25 juin 1904, Bull. crim., n° 285, cité par Jurisclasseur Pénal, précité, n° 67.

base légale, donc pour insuffisance des motifs de fait, ce grief étant constitutif d'un vice de fond[91] et s'appliquant même au sujet de qualifications non contrôlées par votre Cour[92].

Sur le troisième moyen de cassation

Le troisième moyen de cassation est tiré « *de la violation de l'article 509-1 du Code pénal, en ce que la Cour d'appel a acquitté **A.)** de l'infraction de hacking libellée à sa charge en ce qui concerne les documents 2, 4, 5 et 6 tels que cités dans le réquisitoire du ministère public, au motif qu' « en téléchargeant les documents 2,4,5 et 6 via l'adresse de courrier électronique ouverte à son nom, **A.)** n'a ni accédé frauduleusement au serveur informatique de la Banque, ni s'est maintenu frauduleusement dans ledit serveur de sorte que la qualification proposée par la demanderesse au civil ne saurait être retenue », alors que le fait d'accéder de manière autorisée à un serveur ou à un réseau n'implique pas que le maintien dans le système soit forcément régulier et que le fait de se maintenir dans le réseau pour exécuter les opérations non autorisées, rend le maintien frauduleux, de sorte qu'en conditionnant l'infraction de « hacking » à l'accès ou au maintien frauduleux dans le serveur et en excluant ce caractère frauduleux dès lors qu'il y a eu accès au serveur via l'adresse d'un courrier électronique ouvert au nom de **A.)**, sans rechercher s'il y a eu exécution d'opérations non autorisées, la Cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Le moyen, qui concerne une partie de la décision rendue sur l'action publique qui sert de base à la décision sur l'action civile[93], est recevable.

Il se réfère au passage suivant de l'arrêt attaqué :

> « *La société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** S.A. demande à la Cour de requalifier les faits dont elle se trouve saisie en infraction de hacking en ce qui concerne les documents 2, 4, 5 et 6 dès lors que **A.)** se serait introduit dans le serveur informatique de la banque, qu'il aurait utilisé son accès lui conféré au titre d'employeur et se serait maintenu dans le système de stockage aux fins d'y subtiliser des données pour se constituer un dossier contre la banque.*
>
> […]
>
> *Aux termes de l'article 509-1 du code pénal :*
>
> *« Quiconque, frauduleusement, aura accédé ou se sera maintenu dans tout ou partie d'un système de traitement ou de transmission automatisé de données sera puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 500 euros à 25.000 euros ou de l'une de ces deux peines. Lorsqu'il en sera résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, l'emprisonnement sera de quatre mois à deux ans et l'amende de 1.250 euros à 25.000 euros ».*

[91] Jacques et Louis BORÉ, La cassation en matière civile, Paris, Dalloz, 4ième édition, 2008, n° 78.31, page 435.
[92] Idem, n° 78.92, page 440.
[93] Cour de cassation, 18 juin 1981, n° 10/81 pén., n° 438 du registre, P. 25,87.

En téléchargeant les documents 2, 4, 5 et 6 via l'adresse de courrier électronique ouverte à son nom, ***A.)*** *n'a ni accédé frauduleusement au serveur informatique de la banque ni s'est maintenu frauduleusement dans ledit serveur de sorte que la qualification proposée par la demanderesse au civil ne saurait être retenue.* »[94]

Le moyen reproche à la Cour d'appel d'avoir déduit de l'accès autorisé du défendeur en cassation au système informatique de la banque l'exclusion d'un maintien frauduleux dans ce système. Or, même si l'accès était autorisé, donc non frauduleux, le maintien dans le système pourrait être frauduleux. Il en serait ainsi en cas d'exécution dans le cadre d'un accès autorisé d'opérations non autorisées. La Cour d'appel aurait dû rechercher si de telles opérations ont été effectuées.

Le moyen manque en fait.

Contrairement à ce qui est soutenu, la Cour d'appel ne déduit pas le défaut de caractère frauduleux du maintien dans le système du défaut de caractère frauduleux de l'accès à ce système.

Elle constate, en réponse au reproche d'un maintien frauduleux du défendeur en cassation dans le système informatique de la banque « *aux fins d'y subtiliser des données pour se constituer un dossier contre la banque* »[95], qu'« *en téléchargeant les documents 2, 4, 5 et 6 via l'adresse de courrier électronique ouverte à son nom* »[96] le défendeur en cassation « *n'a ni accédé frauduleusement au serveur informatique de la banque, ni s'est maintenu frauduleusement dans ledit serveur* »[97]. Le comportement reproché, à savoir le téléchargement de certains documents, est donc analysé comme ne constituant ni un accès frauduleux au système informatique, ni un maintien frauduleux dans ce système. Les deux variantes de l'infraction, donc l'accès frauduleux et le maintien frauduleux, sont successivement prises en considération sans que la conclusion relative à la seconde ne soit déduite de celle relative à la première.

Il s'ajoute que le constat de la Cour d'appel, que le téléchargement critiqué des documents visés ne constitue ni un accès frauduleux ni un maintien frauduleux dans un système informatique, implique que ce téléchargement constitue une opération autorisée et que le défendeur en cassation avait le droit de se maintenir à cette fin dans ce système informatique.

De ce point de vue le moyen manque donc également en fait.

Il ne saurait, partant, être accueilli.

Sur le quatrième moyen de cassation

Le quatrième moyen de cassation est tiré « *de la violation, sinon de la fausse application de l'article 70 du Code pénal, des articles 58, 59 et 60 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des*

[94] Arrêt attaqué, page 19, cinquième alinéa, et page 20, quatrième et cinquième alinéas.
[95] Arrêt attaqué, page 19, cinquième alinéa.
[96] Arrêt attaqué, page 20, cinquième alinéa.
[97] Idem.

*libertés fondamentales, <u>en ce que</u> la Cour d'appel a confirmé le jugement du 26 juin 2012 et acquitté **A.)** de l'infraction de violation du secret professionnel au motif que les conditions pour que le fait justificatif résultant de la violation des droits de la défense de **A.)** en relation avec la commission de l'infraction de violation du secret professionnel puissent être retenu à l'égard de **A.)** se trouvent remplies, <u>alors que</u> l'acceptation du fait justificatif tiré des droits de la défense, tel qu'appliqué par la jurisprudence, est soumise à la double condition que (i) le comportement de **A.)** entraînant la violation du secret professionnel était strictement nécessaire pour assurer sa défense et que (ii) les documents obtenus de manière illicite par un employé soient strictement nécessaires à assurer sa défense obtenus de manière illicite par un employé soient strictement nécessaire à assurer sa défense dans une procédure prud'homale imminente, ce qui implique nécessairement que le salarié licencié ne doit pas disposer d'un autre moyen pour préserver ou faire reconnaître ses droits de la défense, de sorte qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle aurait dû, si le comportement de **A.)** entraînant la violation du secret professionnel était strictement nécessaire pour assurer sa défense et si les documents dont il s'agit étaient effectivement strictement nécessaires pour assurer sa défense et constituaient le seul moyen à la disposition de **A.)** de faire valoir ses droits de la défense dans le litige l'opposant à son ancien employeur, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Le moyen, qui concerne une partie de la décision rendue sur l'action publique qui sert de base à la décision sur l'action civile[98], est recevable.

Il critique les motifs suivants de l'arrêt :

> « *<u>Quant à la violation du secret professionnel</u>*
>
> *Les juges de première instance ont retenu que **A.)** a commis l'infraction de violation du secret professionnel bancaire en relation avec les documents repris au point 2) du réquisitoire du parquet, sauf en ce qui concerne les pièces portant les numéros 34 et 38, documents pour lesquels il n'est pas établi à l'exclusion de tout doute que **A.)** se soit rendu coupable du délit de violation de secret professionnel dès lors qu'il a déclaré qu'il a téléchargé les documents en question à partir du site internet **SITE.)** et que l'instruction n'a pas permis d'établir à l'exclusion de tout doute que tel n'était pas le cas.*
>
> *Selon le tribunal correctionnel **A.)** ayant exercé la fonction de head risk manager au sein de l'ancienne **BQUE.1'.)** BANK Luxembourg, est assujetti à l'article 41 (1) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, disposition qui est de la teneur suivante : « Les personnes physiques et morales soumises à la surveillance prudentielle de la CSFF en vertu de la présente loi, ainsi que les administrateurs, les membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service de ces personnes physiques ou morales ou de personnes physiques et morales ayant été agréées en vertu de la présente loi et étant en liquidation, ainsi que toutes les personnes qui sont nommées, employées ou mandatées à un titre quelconque dans le cadre d'une procédure de liquidation de telles personnes, sont obligées de*

[98] Cour de cassation, 18 juin 1981, n° 10/81 pén., n° 438 du registre, P. 25,87.

garder secrets les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle ou dans l'exercice de leur mandat. La révélation de tels renseignements est punie des peines prévues à l'article 458 du code pénal » ; que si l'article 41 (2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier dispose que l'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un secret est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, tel n'est cependant pas le cas en l'espèce, aucune disposition législative n'autorisant le prévenu ou lui permettant de violer le secret professionnel à l'égard de son employeur avec le finalité d'utiliser des pièces soumises au secret professionnel en justice.

*Les premiers juges ont cependant dit que le texte de l'article 41 (2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier qui dispose que l'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un secret est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, n'exclut pas la prise en compte d'un fait justificatif, même d'origine jurisprudentielle dans le chef de **A.)**, et que le geste d'appréhension des documents litigieux et celui de la communication à titre de pièces desdits documents, soumis au secret professionnel, ont été dictés par le seul souci du prévenu d'assurer sa défense dans un litige futur l'opposant à son employeur.*

*Selon la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** S.A. le caractère d'ordre public du secret bancaire en droit luxembourgeois exclut l'admission du fait justificatif des droits de la défense; qu'à supposer que la jurisprudence française qui admet l'exercice des droits de la défense comme fait justificatif des infractions soit retenue par la Cour, il n'en resterait pas moins que **A.)** devrait rapporter la triple preuve que le contenu des documents s'avérait strictement nécessaire à la défense devant le tribunal du travail, que ces documents ont une finalité probatoire devant le tribunal du travail et que le prévenu a eu connaissance de ces documents à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, preuve qui ne se trouverait pas rapportée en l'espèce.*

***A.)** estime que l'existence d'une procédure en droit du travail ou d'une manière générale d'une procédure judiciaire est une des exceptions au secret bancaire; que de toute façon en vertu des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme toute personne a droit à un procès équitable, procès équitable qui ne serait plus garanti si l'employé ne pouvait même pas se ménager des moyens de preuve.*

*Les juges de première instance ont dit à bon droit que le texte de l'article 41 (2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier qui dispose que l'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un secret est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, n'exclut pas la prise en compte d'un fait justificatif, même d'origine jurisprudentielle, dans le chef de **A.)**, le fait justificatif développé en matière de vol domestique de façon prétorienne par la jurisprudence française sur base de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devant, comme le fait observer à juste titre le représentant du ministère public, s'étendre en raison de la supériorité de cette norme de droit international par rapport aux lois internes contraires, mutatis mutandis au délit de violation du secret bancaire.*

Ils encore à bon droit, par une motivation exhaustive que la Cour fait sienne, dit que les conditions pour que le fait justificatif résultant de la violation de ses droits de la défense en relation avec l'infraction de violation de secret professionnel puisse être retenu à l'égard de ***A.)*** *se trouvent remplies en l'espèce.*

Le jugement entrepris est partant également à confirmer en ce qu'il a acquitté ***A.)*** *de l'infraction de violation du secret professionnel.* »[99]

L'arrêt se réfère ainsi aux motifs suivants des juges de première instance :

« *Les faits justificatifs sont des causes d'irresponsabilité objectives qui ont pour effet de retirer au fait dommageable son caractère fautif en tenant compte des circonstances qui l'ont entouré. La plupart sont issus de la loi. Il s'agit de l'ordre ou de la permission de la loi, du commandement de l'autorité légitime, de la légitime défense et de l'état de nécessité.*

Un acte dommageable et à priori illicite, peut être accompli dans des circonstances que le droit prend en compte pour lui retirer tout caractère délictueux. L'acte dommageable se trouve alors justifié à posteriori. Les criminalistes ont spécialement étudié les circonstances susceptibles d'avoir une telle incidence sous la rubrique des « faits justificatifs ».

L'absence de responsabilité de l'agent résulte de ce que, lorsqu'existe un fait justificatif, l'élément légal de l'infraction se trouve « neutralisé » et même « supprimé », de sorte que celle-ci n'est plus juridiquement constituée. D'une façon plus générale, le fait justificatif efface l'illicéité de l'acte et supprime tout caractère fautif au comportement de l'agent. (cf. Lexinexis – Jurisclasseur civil code, art. 1382 à 1386, fasc. 121-20, faits justificatifs)

La Cour de Cassation française, chambre sociale, a décidé, dans un arrêt du 2 décembre 1998, que « le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans un procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ».

La possibilité pour le salarié de produire en justice des documents, même confidentiels, appartenant à son employeur n'est reconnue par un arrêt de la Cour de Cassation française, chambre criminelle du 11 mai 2004, que dans la mesure où « cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense dans le litige l'opposant à son employeur ». Le salarié ne peut donc faire n'importe quel usage dans n'importe quel procès. Il doit défendre ses propres intérêts et ce dans une instance l'opposant à son employeur.

Un arrêt de la Cour de Cassation française, chambre criminelle du 16 juin 2011, a décidé qu'est justifié le non-lieu, prononcé du chef de vol et d'abus de confiance, profitant au salarié qui, avisé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail, a appréhendé des documents dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et dont la production était strictement nécessaire à

[99] Arrêt attaqué, page 21, quatrième alinéa, à page 23, premier alinéa.

l'exercice de sa défense dans la procédure prud'homale qu'il a engagée peu après. Dans cette espèce, le directeur général d'une société avait transféré sur la messagerie personnelle de son ordinateur, des documents qu'il détenait au titre de ses fonctions.

Cette dernière décision confirme le principe désormais solide selon lequel les nécessités de l'exercice des droits de la défense peuvent justifier l'appréhension de documents de l'entreprise par un salarié.

La production en justice de ces pièces n'est cependant permise qu'à trois conditions : que le salarié ait eu normalement accès à ces documents dans le cadre de ses fonctions, que ces documents lui soient effectivement utiles pour assurer sa défense et qu'une procédure prud-homale soit imminente.

La production desdits documents doit donc représenter le seul moyen pour le salarié de pouvoir faire reconnaître ses droits ou de les préserver. Cette question relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Il est à souligner que si l'employeur souhaite voir la qualification pénale retenue, il devra démontrer que cette appropriation a eu une finalité autre que le soutien de la défense du salarié.

Les droits de la défense permettent donc au salarié de photocopier, scanner, imprimer ou dupliquer des documents de travail, papier ou informatiques, voire de s'emparer des originaux, mais pas de fouiller les bureaux de ses collègues ou supérieurs à la recherche de documents salvateurs.

Dès lors que l'exigence de nécessité ne peut être vérifiée par anticipation, le fait justificatif semble reposer tout entier sur la motivation du salarié au jour des faits, selon qu'il agit effectivement pour sa défense ou pour un autre mobile. Le fait justificatif est limité au seul litige prud'homal et ne semble pas être prévu dans le cadre de litiges pouvant survenir entre le salarié et l'employeur devant une autre juridiction. Il n'est pas nécessaire que le litige prud'homal existe au moment de cette appropriation, la procédure doit avoir été engagée « peu après » la date des faits. Ce point semble d'autant plus logique que le salarié n'aura plus accès aux informations dont il pourrait avoir besoin une fois que son contrat de travail aura été rompu.

Il s'ensuit que les droits de la défense du salarié doivent primer le droit au respect de la propriété de l'employeur. Dans le silence de la loi et en raison de leur nature supra législative, les droits de la défense sont susceptibles de justifier plusieurs infractions, telles que violation du secret professionnel, vol, abus de confiance.

Bien que les éléments constitutifs du vol soient réunis, le salarié ne peut en être déclaré pénalement responsable par application du fait justificatif des droits de la défense. cf. « Le salarié peut-il se constituer une preuve avec des documents appartenant à son employeur ? » – Commentaire par Sophie BOURETZ, docteur en droit, avocat à la Cour ; La Semaine Juridique, Edition Générale n° 39, 29 septembre 1999, II 10166, cf. « Droit du Travail » Etude par not. Françoise BOUSEZ, n° 23 page 9 - La Semaine Juridique, Edition Générale n° 11, 16 mars 2005, I 122, cf. « Vol justifié de documents par un salarié » – Note sous arrêt par Stéphane DETRAZ, maître de conférences ; La Semaine Juridique, Edition

Générale n° 39, 26 septembre 2011, 1020 cf. « Droits de la Défense du salarié et courriers électroniques, commentaire par Eric A. CAPRIOLI ; Communication et Commerce électronique n° 1, janvier 2012, comm.10 in Lexisnexis)

S'agissant de l'infraction de violation du secret professionnel, il est de jurisprudence constante que toute révélation d'une information de nature confidentielle n'est pas constitutive du délit de violation du secret professionnel du banquier, engageant d'office la responsabilité pénale de l'auteur des révélations : seule la révélation illicite donnera lieu à la caractérisation de l'élément matériel du délit.

Qu'il s'agisse d'un procès répressif ou d'un procès civil, il est permis aux professionnels sur qui pèse l'obligation au secret, de révéler des faits couverts par le secret professionnel dans la mesure où les besoins de la défense le nécessitent. La jurisprudence érige les droits de la défense en fait justificatif « extra legem ». (cf. Lexisnexis – Jurisclasseur sociétés, violation du secret professionnel, faits justificatifs, numéros 160 et 161)

Le professionnel peut-il divulguer le secret lorsqu'il s'agit pour lui du seul moyen d'éviter une condamnation ? L'examen de la jurisprudence incline à une réponse positive. Sa position est entièrement contenue dans un motif de la Cour d'appel de Douai, toujours d'actualité : « On ne saurait reprocher à qui ce soit le droit de se défendre, et cette liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel » (CA Douai, 26 oct. 1951 : Gaz. Pal. 1951, 2, p. 425). En revanche, la jurisprudence a pris soin d'entourer la révélation de garde-fous. Ainsi, le professionnel doit limiter sa divulgation aux faits strictement nécessaires à la défense de ses intérêts (TGI Paris, 26 juin 1998, préc. n° 25 évoquant les « strictes exigences de sa défense »). Il appartient aux juges du fond de rechercher si la violation du secret a bien été rendue nécessaire par l'exercice des ***droits de la défense*** *(Cass. crim., 16 mai 2000 : Juris-Data n° 2000-002479 ; Bull. crim. 2000, n° 192 ; Dr. pén. 2000, comm. 127). Ensuite, la révélation doit s'effectuer avec le minimum de publicité possible. (cf. Lexinexis – Jurisclasseur pénal code, fasc. 30, n° 25 et n° 26 : révélation d'une information à caractère secret, justification de la révélation, nécessités de la défense)*

Le texte de l'article 41 (2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier, qui dispose que l'obligation au secret cesse lorsque la révélation d'un secret est autorisée ou imposée par ou en vertu d'une disposition législative, n'exclut pas la prise en compte d'un fait justificatif, même d'origine jurisprudentielle, dans le chef de ***A.)****.*

Bien que ***A.)*** *n'ait pas encore été en litige avec son employeur au moment où il s'est emparé des documents en question, le geste d'appréhension des documents litigieux et celui de la communication à titre de pièces desdits documents, soumis au secret professionnel ont été dictés par le seul souci du prévenu d'assurer sa défense dans un litige futur l'opposant à son employeur.*

Les pièces litigieuses sont en effet susceptibles d'étayer les reproches formulés par ***A.)*** *à l'égard de l'ancienne* ***BQUE.1'.)*** *BANK Luxembourg aux termes de sa lettre de démission du 9 octobre 2008 et repris dans sa requête déposée en date du 23*

décembre 2008 au tribunal du travail. Lesdits reproches portent notamment sur la prise de risques inconsidérés par la banque en relation avec des clients nommés dans les différents documents communiqués à titre de pièces, contre lesquels le prévenu avait mis en garde son employeur, qui n'avait cependant pas suivi ses conseils à de maintes reprises.

*Il y a lieu de noter que **A.)** n'a fait usage des documents litigieux dans aucun autre contexte que celui du litige en cours devant la juridiction du travail.*

*Il s'ensuit qu'il y a lieu de retenir à l'égard de **A.)** le fait justificatif résultant de ses droits de la défense en relation avec l'infraction de vol domestique pour les pièces portant les numéros 1 à 6 au réquisitoire du parquet et avec l'infraction de violation de secret professionnel pour les pièces portant les numéros 3, 6, 7, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 26 et 27.* »[100]

La Cour d'appel constate que le défendeur en cassation a violé son secret professionnel en communiquant des documents couverts par ce secret à la juridiction de travail dans le cadre d'un litige de droit du travail l'opposant à la demanderesse en cassation, mais que cette violation est justifiée sur base de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par son droit d'assurer sa défense dans ce litige.

Elle retient, par adoption des motifs des juges de première instance[101], que la mise en œuvre de ce fait justificatif suppose que l'agent :

- se limite à la divulgation des faits strictement nécessaires à la défense de ses intérêts

- et que cette divulgation s'effectue avec le minimum de publicité possible[102].

Elle conclut, par adoption des motifs des juges de première instance[103], que ces conditions sont respectées en l'espèce, à savoir :

- que la communication des documents a été, en l'espèce, dictée par le seul souci du défendeur en cassation d'assurer sa défense, les documents étant susceptibles d'étayer les reproches de ce dernier à l'égard de l'ancienne **BQUE.1'.)** BANK, portant notamment sur les risques inconsidérés pris par cette banque contre lesquels le défendeur en cassation, en sa qualité de « *head risk manager* » employé auprès de celle-ci, l'avait en vain mis en garde, et

- que le défendeur en cassation n'a fait usage des documents que dans le seul cadre du litige en cours devant la juridiction du travail[104].

Par son moyen, la demanderesse en cassation ne met en cause ni le principe de ce fait justificatif ni les conditions abstraites qui régissent sa mise en œuvre. Elle se limite à contester la correcte appréciation par les juges du fond de ces conditions dans le cas d'espèce.

---

[100] Arrêt attaqué, page 7, quatrième alinéa, à page 9, premier alinéa.
[101] Arrêt attaqué, page 22, dernier alinéa.
[102] Arrêt attaqué, page 8, septième alinéa.
[103] Arrêt attaqué, page 22, dernier alinéa.
[104] Arrêt attaqué, page 8, avant-dernier et dernier alinéas.

Elle reproche, en effet, à ces derniers de s'être abstenus de rechercher si la violation du secret professionnel était, dans les circonstances de l'espèce, réellement nécessaire et constituait le seul moyen à la disposition du défendeur en cassation de faire valoir ses droits de la défense dans le litige pendant entre les parties. Elle reproche ainsi aux juges du fond d'avoir mal apprécié les conditions de mise en œuvre du fait justificatif.

Elle vous invite, d'une part, dans la discussion du moyen, à vérifier si le défendeur en cassation avait, en l'espèce, la possibilité de provoquer la révélation légale des documents communiqués en invitant le juge du travail d'enjoindre la demanderesse en cassation de les produire, au besoin à peine d'astreinte, sur base de l'article 60 du Nouveau Code de procédure civile. Le défendeur en cassation fait valoir dans son mémoire en réponse un certain nombre d'arguments de fait aux fins de souligner le caractère illusoire d'une telle démarche dans les circonstances de l'espèce.

Vous êtes ainsi invités, non de vérifier si les déductions effectuées par les juges du fond à partir de leurs constatations souveraines des faits sont correctes, mais de procéder à une nouvelle appréciation des faits prenant de surcroît en considération des faits non constatés par les juges du fond. Ce grief se heurte ainsi manifestement au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et ne saurait, partant, être accueilli.

La demanderesse en cassation vous invite, en outre, dans la discussion du moyen, à constater que le défendeur en cassation s'est de sa propre faute mis dans la situation dans laquelle il a dû invoquer le fait justificatif. Elle expose à l'appui de ce grief le fait constaté par les juges du fond que le défendeur en cassation n'est pas défendeur, mais demandeur, dans le litige de droit du travail qui l'oppose à elle, alors que c'est lui qui a notifié une lettre de démission pour faute grave et que ce n'est pas elle qui l'a licencié[105].

Ce grief est nouveau. Comme il se fonde cependant sur des éléments de fait constatés par les juges du fond et tend à leur reprocher de ne pas en avoir tenu compte dans l'application de la loi, il ne se heurte pas à l'écueil d'être mélangé de fait et de droit.

Les juges de première instance constatent, dans des motifs adoptés par la Cour d'appel, que le geste de s'emparer des documents litigieux soumis au secret professionnel et leur communication ont été dictés par le seul souci de l'intéressé d'assurer sa défense dans un litige futur l'opposant à son employeur, et ce même si ce litige n'était pas encore né au moment de l'appréhension des documents[106]. Cette démarche était, selon les juges du fond, nécessaire, alors que les documents étaient de nature à étayer les reproches formulés par le défendeur en cassation à l'égard de son employeur dans sa lettre de démission, portant notamment sur la prise de risques inconsidérés par la banque en relation avec certains clients contre lesquels le défendeur en cassation avait mis en garde son employeur, sans que ses conseil n'aient été suivis[107]. Il résulte par ailleurs de l'arrêt attaqué que le défendeur en cassation avait précisément pour objet la gestion du risque de la banque[108], qui a périclité peu de temps après l'appréhension des documents[109], qu'il s'attendait à être licencié d'un jour à l'autre et à se voir imputer en tant que bouc émissaire les fautes graves commises à son insu par son employeur et qu'il voulait, à

[105] Arrêt attaqué, page 2, sous I. Les faits.
[106] Arrêt attaqué, page 8, antépénultième alinéa.
[107] Arrêt attaqué, page 8, avant-dernier alinéa.
[108] Arrêt attaqué, page 21, dernier alinéa.
[109] Arrêt attaqué, page 4, dernier alinéa, et page 2, sous I. Les faits, deuxième alinéa.

cette fin, être en mesure de prouver qu'il n'était, nonobstant ses fonctions, pour rien dans les agissements de la **BQUE.1'.)** BANK[110].

En l'état de ces énonciations, dont il résulte que le défendeur en cassation ne s'est manifestement pas trouvé par sa faute ou par sa volonté dans la situation de devoir se défendre, la Cour d'appel a justifié sa décision.

Il est ajouté que la chambre criminelle de la Cour de cassation française admet que la cause de justification fondée sur les droits de la défense du salarié ne suppose pas un litige existant de droit du travail[111].

Enfin, de façon superfétatoire, comme le fait justificatif a été mis en œuvre en l'espèce non pas au sujet d'infractions commises dans le cadre de l'appréhension des documents (les infractions de vol et de fraude informatique ayant été écartées pour d'autres motifs), mais seulement au sujet de la violation du secret professionnel, commis par la communication des documents litigieux à la juridiction de travail (l'infraction ne se concevant pas, même si elle a été libellée, en ce qui concerne la communication de ces documents à la banque, qui partage avec le défendeur en cassation le même secret), cette infraction a été commise à un moment où le litige de droit du travail entre parties était né.

Il s'ensuit que le moyen est à rejeter.

Sur le cinquième moyen de cassation

Le troisième moyen de cassation est tiré « *de la violation, sinon de la fausse application de l'article 194 du Code d'instruction criminelle, en ce que la Cour d'appel a accueilli la demande du prévenu tendant à l'obtention d'une indemnité de procédure et condamné la partie demanderesse au civil à lui payer la somme de EUR 5.000.-, alors que, première branche, le troisième alinéa de l'article 194 du Code d'instruction criminelle, introduit par la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales, n'est applicable qu'aux faits qui se sont produits après son entrée en vigueur, le 1er janvier 2010, de sorte qu'en condamnant la partie demanderesse en cassation à une indemnité de procédure dans une procédure se rapportant à des faits se situant pour l'infraction de vol entre le 11 juillet 2001 et le 9 octobre 2008 et pour l'infraction de violation du secret bancaire entre le 9 octobre 2008 et le 22 septembre 2009, donc antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 6 octobre 2009 introduisant un troisième alinéa à l'article 194 du Code d'instruction criminelle, la Cour d'appel a violé sinon fait une mauvaise application de l'article 194 du Code d'instruction criminelle, alors que, deuxième branche, l'article 194 du Code d'instruction criminelle n'est pas applicable aux jugements d'acquittement, de sorte qu'en condamnant la partie demanderesse au civil à payer une indemnité de procédure dans un arrêt confirmant l'acquittement du prévenu, la Cour d'appel a violé, sinon fait une mauvaise application de l'article 194 du Code d'instruction criminelle, et alors que, troisième branche, l'article 194 du Code d'instruction criminelle, introduit par la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales, s'applique uniquement aux indemnités de procédure à allouer*

[110] Arrêt attaqué, page 4, dernier alinéa.
[111] Cour de cassation française, chambre criminelle, 16 juin 2011, Bull. crim., n° 134.

aux parties civiles, de sorte qu'en condamnant la partie demanderesse au civil à payer au prévenu acquitté une indemnité de procédure, la Cour d'appel a violé, sinon fait une mauvaise application de l'article 194 du Code d'instruction criminelle ».

La demanderesse en cassation a été condamnée par la Cour d'appel à payer au défendeur en cassation une indemnité de procédure de cinq mille euros. Elle a attaqué le dispositif y relatif, qui lui fait grief. Le moyen qui attaque ce point du dispositif et le motif qui en constitue le soutien est recevable.

La condamnation est fondée sur l'article 194, troisième alinéa, du Code d'instruction criminelle, qui dispose que « *lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le tribunal peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine* ».

Cette disposition a été introduite par la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénale[112].

La demanderesse en cassation subdivise son moyen en trois branches.

Sur la première branche du moyen

Dans la première branche, elle fait valoir que la loi précitée du 6 octobre 2009 ne s'applique qu'aux faits commis après le 1er janvier 2010, de sorte que, les faits reprochés en l'espèce étant antérieurs à cette date, la loi, et, partant, la disposition en question, ne pourraient pas trouver légalement application.

L'article 194, troisième alinéa, du Code d'instruction criminelle a été introduit par l'article 21 de la loi du 6 octobre 2009.

L'article 34 de cette loi disposait, dans sa version initiale, que « *les dispositions de la présente loi ne sont applicables qu'aux faits qui se sont produits après son entrée en vigueur, à l'exception de celles des articles 3, 14, 16, 19, 27, 31 et 33* », tout en précisant que « *la présente loi entre en vigueur le 1er janvier 2010* ».

Suivant cette disposition, l'article 194, troisième alinéa, du Code d'instruction criminelle n'était donc pas applicable aux faits antérieurs au 1er janvier 2010.

La loi du 6 octobre 2009 a cependant été modifiée par celle du 24 février 2012 relative à la récidive internationale[113]. Cette modification a plus précisément porté sur l'article 34, qui prévoit depuis lors que « *les dispositions de la présente loi* [donc la loi du 6 octobre 2009] *sont immédiatement applicables à la répression des infractions commises avant son entrée en vigueur pour autant que la prescription de ces infractions ne soit pas acquise* ».

L'article 34 nouveau de la loi du 6 octobre 2009 s'applique à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2012, qui l'a introduit. C'est donc à partir de cette date que les dispositions de la loi du 6 octobre 2009, dont l'article 194, troisième alinéa, du Code d'instruction criminelle,

[112] Mémorial A, 2009, n° 206, page 3538, voir l'article 21 de la loi.
[113] Mémorial A, 2012, n° 38, page 402, voir l'article 4 de cette loi.

sont immédiatement applicables à la répression des infractions commises avant cette date pour autant que la prescription de ces infractions ne soit pas acquise[114].

Les infractions reprochées ne sont pas prescrites[115], donc ne l'étaient à plus forte raison pas au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2012.

Il s'ensuit que l'article 194, troisième alinéa, du Code d'instruction criminelle est applicable aux faits de l'espèce.

La première branche du moyen est dès lors à rejeter.

Sur la deuxième branche du moyen

La demanderesse en cassation soutient, dans la deuxième branche du moyen, que l'article 194, troisième alinéa, du Code d'instruction criminelle n'est pas applicable aux jugements d'acquittement.

Cette conclusion est déduite d'une lecture d'ensemble de l'article 194, de laquelle résulte que le premier alinéa de cette disposition se réfère aux jugements de condamnation.

Le premier alinéa de l'article 194 dispose que « *tout jugement de condamnation rendu contre le prévenu et contre les personnes civilement responsables, ou contre la partie civile, les condamnera aux frais, même envers la partie publique* ». Le texte envisage donc le cas de jugements de condamnation rendus, outre contre le prévenu ou les personnes civilement responsables, également contre la partie civile. Ce dernier cas de figure est celui, également envisagé par l'article 412 du Code d'instruction criminelle, d'une décision d'acquittement qui a prononcé contre la partie civile des condamnations civiles.

Le « *jugement de condamnation* » visé par le premier alinéa de l'article 194 peut donc être un jugement d'acquittement au pénal.

Il ne saurait donc en être déduit que l'article 194 dans son ensemble et, par voie de conséquence, son troisième alinéa concerne exclusivement des jugements de condamnation au pénal.

Il s'ajoute, comme il sera exposé ci-après dans la discussion de la troisième branche du moyen, que le troisième alinéa de l'article 194 vise, tant au regard de son libellé que de l'intention qui a guidé ses auteurs, la partie civile en cas de décision d'acquittement au pénal du prévenu.

Sur la troisième branche du moyen

---

[114] Cour d'appel, chambre du conseil, 12 décembre 2012, n° 814/12 Ch.c.C.

[115] Les faits ont été posés, pour l'essentiel, en 2008 et en 2010. Suivant les déclarations du défendeur en cassation, les prétendus vols de documents ont été commis en 2008 (Arrêt attaqué, page 4, dernier alinéa), de sorte qu'il n'y a pas lieu de tenir compte pour l'appréciation de la prescription de l'action publique du libellé du réquisitoire, qui indique comme date des faits une période débutant le 11 juillet 2001. Les faits de prétendue violation du secret professionnel par communication de documents à la juridiction de travail n'ont en tout état de cause été commis que le 12 mars 2010, donc même postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 6 octobre 2009. Il s'ajoute que la prescription de l'action publique a été interrompue par les actes d'instruction et de poursuite consécutifs au dépôt de la plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction en date du 12 mars 2010.

Dans la troisième branche du moyen, la demanderesse en cassation soutient que l'article 194, troisième alinéa, ne peut entraîner la condamnation de la partie civile, alors qu'il a été introduit par une loi dont l'objet était de renforcer les droits des victimes.

Elle relève à juste titre que le but des auteurs du projet de loi initial était de créer une disposition, qui devait devenir l'article 195-1 du Code d'instruction criminelle, dont l'objet était de permettre à la partie civile de faire condamner le prévenu ou la partie civilement responsable à lui rembourser tout ou partie des honoraires d'avocat exposés par elle.

Ce dessein ne se réalisa cependant pas sous cette forme.

En effet, au cours des travaux préparatoires le juge de paix directeur de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette recommanda d'adopter en lieu et place du texte initialement proposé un nouveau texte reprenant le libellé de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et de l'article 33 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. Cette proposition était motivée, outre par des considérations tirées d'assurer la cohérence de textes ayant un objet similaire, du souci « *de garder un équilibre entre les parties en cause des situations se présentant où il paraît inique de laisser à la charge du prévenu acquitté la totalité des sommes exposées par lui et non comprises dans les dépens* »[116].

Le texte gouvernemental ne trouva, pour des motifs similaires, pas non plus grâce auprès du Procureur général d'Etat[117] et du Conseil d'Etat[118], qui proposa de transposer à la matière pénale des dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. La Chambre des Députés se conforma à ces suggestions et adopta le texte actuel[119].

L'intention des auteurs du texte finalement adopté était donc de permettre non seulement à la partie civile de faire supporter ses honoraires d'avocat par le prévenu condamné, mais de permettre également à l'inverse de faire supporter par la partie civile les honoraires d'avocat du prévenu acquitté.

Cette lecture ne résulte pas seulement de l'intention des auteurs du texte, mais également du libellé de ce dernier, qui emploie le terme neutre de « *partie* ».

Il s'ensuit que le cinquième moyen est à rejeter.

Conclusion :

Votre Cour est, conformément à l'article 6, deuxième alinéa, sous c), de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, dispensée, au regard de l'arrêt n° 67/11 de la Cour constitutionnelle du 20 mai 2011, de saisir celle-ci de la question soulevée devant vous par la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** de la conformité de l'article 412 du Code d'instruction criminelle à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution.

[116] Avis de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette du 15 décembre 2003, Doc. Parl. n° 5156-3, page 3.
[117] Avis du Parquet général du 26 juin 2006, Doc. Parl. n° 5156-2, pages 20-21.
[118] Avis du Conseil d'Etat du 25 novembre 2008, Doc. Parl. n° 5156-4/4839-1, page 24.
[119] Rapport de la Commission juridique du 29 avril 2008, Doc. Parl. n° 5156A-5/4839-4, page 29.

Il y a lieu de constater que l'article 412 du Code d'instruction criminelle est contraire à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution en ce qu'il fait dépendre la recevabilité de la voie de recours extraordinaire de la cassation de la qualité de la partie à l'instance.

Le pourvoi est irrecevable pour autant qu'il vise des dispositions statuant sur l'action publique, à savoir

- la décision des juges de première instance, confirmée par l'arrêt attaqué:
    - d'acquitter **A.)** de toutes les infractions libellées à sa charge et de le renvoyer des fins de sa poursuite pénale sans peine ni dépens ;
    - de laisser les frais de la poursuite pénale à charge de l'Etat ;
    - d'ordonner la restitution à **A.)** des documents saisis suivant rapport n° SPJ/CRR/DOYV/JDA/13424.5 du 28 avril 2011 établi par la Police grand-ducale, Service de Police Judiciaire, Unité CRR, ainsi que
- la décision de la Cour d'appel de laisser les frais de la poursuite pénale à charge de l'Etat.

Le pourvoi est recevable pour autant qu'il vise des dispositions statuant sur l'action civile, à savoir :

- la décision des juges de première instance, confirmée par l'arrêt attaqué :
    - de donner acte à la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** S.A. de sa constitution de partie civile ;
    - de se déclarer incompétente pour en connaître ;
- la décision de la Cour d'appel de laisser les frais de demande civile à charge de la société BANQUE **BQUE.1.)** S.A.

Le pourvoi est recevable pour autant qu'il vise la décision de la Cour d'appel de condamner la société anonyme BANQUE **BQUE.1.)** S.A. à payer à **A.)** une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Le pourvoi n'est pas fondé. Il est, partant, à rejeter.

Pour le Procureur général d'Etat
Le premier avocat général

John PETRY