N° 22 / 99 pénal.
du 10.06.1999.
Numéro 1593 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, **dix juin mil neuf cent quatre-vingt-dix-neuf,**

l'arrêt qui suit:

E n t r e :

N.), employé privé, né le (...) à (...), demeurant à L-(...)

demandeur en cassation,

comparant par Maître Dean SPIELMANN, avocat inscrit à la liste I du tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de Maître Marc ELVINGER, avocat inscrit à la liste I du tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg,

e t :

la société anonyme (SCCI.) **S.A.,** ci-avant dénommée Banque .) S.A., établie et ayant son siège social à L- (...),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Jean WELTER, avocat inscrit à la liste I du tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de Maître Patrick KINSCH, avocat inscrit à la liste I du tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg,

en présence du **Ministère public.**

LA COUR DE CASSATION :

Ouï Monsieur le président THILL en son rapport et sur les conclusions de Monsieur l'avocat général WIVENES ;

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 15 décembre 1998, sous le numéro 387/98 V, par la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi déclaré le 12 janvier 1998 au greffe de la Cour supérieure de justice par Maître Dean SPIELMANN pour et au nom de N.) et le mémoire en cassation signifié le 10 février 1999 et déposé au greffe de la Cour le 11 février 1999 ;

Vu le mémoire en réponse, signifié le 9 mars 1999 par la partie civile, société anonyme Soc.) S.A. (LA BANQUE) et déposé au greffe de la Cour le 10 mars 1999 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, N.) avait été condamné du chef de faux, usages de faux, abus de confiance et escroqueries à des peines de prison et d'amende ; par le même jugement, les juges du premier degré avaient déclaré la partie civile de la banque recevable et fondée en principe ; que sur appel du prévenu et du ministère public, la Cour a, par réformation, quant aux faits retenus par le tribunal comme constituant des abus de confiance, appliqué la qualification de vols domestiques et augmenté les peines ; pour le surplus, elle a confirmé la décision entreprise ;

Sur le premier moyen de cassation,

tiré *« de la violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, approuvée par la loi du 29 août 1953, qui dispose en son paragraphe 1er que << Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...)>>, et en son paragraphe 2 que << Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie>>, en ce que, lors de l'interrogatoire du demandeur en cassation à l'audience du 24 octobre 1997 et en rapport avec les explications fournies par lui quant au fait qu'il ne s'était pas enrichi personnellement au moyen des actes qui lui étaient reprochés, le Président de la Cour a fait remarquer au demandeur en cassation que celui-ci voulait sans doute <<le prendre sur le bras>> - fait expressément consigné dans les conclusions de la partie civile du 5 juin 1998 (page 6) auxquelles la Cour de cassation doit avoir égard, et non contredit dans l'arrêt de la Cour, ni autrement – qu'en réalité il avait transféré des avoirs de clients sur ses propres comptes, mené une vie <<luxurieuse>> en achetant des propriétés dans la mer Égée ainsi que des*

tapis coûteux – faits expressément relatés dans la presse et en particulier dans un article paru dans l'édition du Tageblatt du 25/26 octobre 1997 – et qu'en présence de telles affirmations, incompatibles avec la présomption d'innocence, faites d'entrée de jeux et avant même que, en particulier, le demandeur en cassation n'ait pu faire état de sa défense au moyen des explications et des plaidoiries de ses avocats, la Cour a tout à la fois méconnu la présomption d'innocence et nécessairement créé dans l'esprit du demandeur en cassation un doute quant à l'impartialité avec laquelle sa cause serait instruite, puis jugée, étant par ailleurs souligné que la question de savoir si les explications fournies et à fournir par le demandeur en cassation à l'appui de ses dénégations d'enrichissement personnel, consignées en particulier aux pages 12 à 15 des conclusions au pénal prises en date du 28 avril 1998 (corps de conclusions de 28 pages) par le demandeur en cassation, allaient ou non être dûment prises en considération par la Cour, étaient évidemment de nature à exercer une influence déterminante sur l'issue de la procédure d'appel non seulement au regard de la qualification de certaines des infractions libellées à l'encontre du demandeur en cassation mais également au regard de la mesure de la peine à prononcer à sa charge, alors que l'article 6 paragraphe 1er de la Convention précitée exige que le prévenu soit jugé par un tribunal impartial, entendu non seulement comme un tribunal subjectivement impartial mais encore comme un tribunal qui ne donne au prévenu aucune raison d'avoir des doutes quant au fait que sa cause sera instruite et jugée sans préjugé, et qu'à travers les affirmations ci-avant rappelées faites lors de la première audience devant la Cour d'appel, celle-ci a nécessairement donné naissance à pareil doute dans l'esprit de l'inculpé et alors que l'article 6 paragraphe 2 exige qu'un tribunal appelé à statuer sur une accusation en matière pénale ne parte pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé, de sorte qu'en agissant comme elle l'a fait, la Cour à violé les dispositions visées au moyen » ;

Mais attendu que la remarque du magistrat-président et ses considérations subséquentes étayant sa réaction, telles qu'énoncées au moyen constituent un incident isolé au niveau de l'interrogatoire du prévenu sur l'intention générale de celui-ci se trouvant à l'origine des faits dont la matérialité n'était pas contestée dans le cadre du procès dont l'ensemble du déroulement n'a pas autrement été querellé de manque d'objectivité, et ne sont pas de nature suffisamment importante pour pouvoir susciter à elles seules dans l'esprit du prévenu un doute légitime quant à l'aptitude de la juridiction collégiale à décider de manière impartiale ;

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

Sur le deuxième moyen de cassation,

tiré *« de la violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, approuvée par la loi du 29 août 1953, qui dispose en son alinéa 1er que << Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle*

(...)>>, en ce que l'arrêt attaqué, par réformation de la décision des premiers juges, a décidé, par un changement de qualification, << qu'en prélevant des montants sur différents comptes pour les transférer soit à des comptes personnels ou à ceux d'autres clients, N.) s'est (...) rendu coupable (...) d'un vol domestique>> et l'a partant déclaré << convaincu comme auteur, ayant personnellement exécuté les infractions d'avoir dans la période du 3 octobre 1988 au 20 juin 1990, suivant les dates indiquées aux annexes 1 et 2 du jugement attaqué, en sa qualité d'homme de service à gages, soustrait à autrui frauduleusement une chose qui ne lui appartenait pas, notamment d'avoir frauduleusement soustrait au préjudice de la Banque.) des effets et des deniers, notamment opérant respectivement des transferts et des prélèvements de fonds et des titres énumérés à l'annexe 1 et 2, pour partie à des fins personnelles et pour partie au profit d'autres clients à partir des comptes de clients de la Banque.) dont il était chargé de la gestion dans le cadre de la confiance générale qui lui a été faite sur base de son contrat de travail conclu avec cette banque>>, et en ce que l'arrêt attaqué a effectué ce changement de qualification sans que le demandeur en cassation n'ait eu l'occasion de prendre position quant à une éventuelle requalification des faits qui lui étaient reprochés et, par conséquent, de se défendre utilement y relativement, et en ce que par l'effet de cette requalification la Cour a pu, à l'encontre des conclusions circonstanciées prises par le demandeur en cassation dans la perspective du reproche d'un abus de confiance seulement, juger que la Banque.) elle-même, plutôt que ses clients, était devenue victime des agissements reprochés au demandeur en cassation et partant déclarer recevable et fondée la demande d'indemnisation afférente de la banque, alors que l'article 6 de la Convention précitée – et plus particulièrement le droit à un procès équitable dont les droits de la défense en matière pénale ne constituent qu'un aspect – exige que le prévenu doit avoir la possibilité de s'expliquer sur une qualification nouvelle ayant une incidence préjudiciable pour lui et que la Cour d'appel, en opérant une requalification de l'infraction d'abus de confiance en vol domestique sans inviter le demandeur en cassation à faire valoir ses arguments de fait et de droit concernant cette nouvelle qualification préjudiciable pour lui tant au pénal qu'au civil, a, par l'arrêt attaqué, violé la disposition citée au moyen » ;

Mais attendu qu'il résulte des pièces de la procédure auxquelles la Cour peut avoir égard, c'est-à-dire l'ordonnance de renvoi de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et la citation du prévenu devant ce même tribunal statuant au fond que la prévention de vol domestique se trouvait dans le débat dès l'ouverture du procès en tant que renvoyée et libellée dans un ordre subsidiaire par rapport à celle d'abus de confiance et que la Cour, saisie par l'effet dévolutif de l'appel de l'examen des mêmes préventions, n'a fait que retenir l'une des qualifications soumises à son appréciation ; que son option différente de celle des juges de première instance a été sans incidence sur le bien-fondé de la demande civile de la banque qui est fonction du préjudice établi en relation avec une infraction, quelle qu'en soit la qualification et que sous ce rapport, le moyen est dépourvu d'intérêt ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le troisième moyen de cassation,

tiré *« de la violation des articles 461, 463 et 464 du Code pénal, en ce que la Cour a jugé que le demandeur en cassation s'était rendu coupable d'un vol domestique << en prélevant des montants sur des (sic) différents comptes pour les transférer soit à des comptes personnels ou à ceux d'autres clients (au sein de la même banque)>> (arrêt, page 13) et en ce que, au civil, la Cour en a tiré la conclusion que << la victime des soustractions effectuées était en définitive la banque et non pas les clients que celle-ci a dû indemniser pour les montants qui lui ont été dérobés>> (arrêt, page 17), alors que la banque devenant propriétaire des avoirs déposés auprès d'elle et un transfert effectué du compte d'un client vers le compte d'un autre client à l'intérieur du même établissement n'entraînant aucune sortie de fonds correspondants en dehors de la banque, propriétaire de ces fonds, le demandeur en cassation n'a pas pu, en procédant à de tels transferts internes, se rendre coupable d'une soustraction frauduleuse, et partant d'un vol, au détriment de la banque, de sorte qu'en retenant la qualification de vol domestique pour l'ensemble des opérations énumérées aux annexes 1 et 2 du jugement dont appel, y compris celles correspondant à de simples transferts internes, et en reconnaissant pour le surplus à la Banque la qualité de victime au titre de telles << soustractions >>, la Cour a violé les dispositions visées au moyen » ;*

Mais attendu que la détention, purement matérielle, non accompagnée de la remise de la possession n'exclut pas l'appréhension et que tout acte de disposition fait à l'insu du propriétaire par le détenteur précaire est une soustraction au sens des articles énoncés au moyen ; que dès lors, par les motifs y visés, la Cour a jugé exactement ;

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

Sur le quatrième moyen de cassation,

tiré *« de la violation de l'article 89 de la Constitution, pour défaut de réponse à conclusions, en ce que la Cour a retenu le demandeur en cassation dans les liens de la prévention du faux en écritures pour avoir << adressé aux clients des relevés qui ne reflétaient pas le montant réel de leurs avoirs en compte>> (arrêt, page 11) au motif que << les relevés émis par un préposé de la banque, d'ailleurs assez élevé dans la hiérarchie du personnel, avaient une certaine valeur probante à l'égard de l'établissement, même si celui-ci en cas d'erreur ou d'omission pouvait encore en effectuer des redressements>> (arrêt, page 12) et que << en droit luxembourgeois, le crime de faux visé par l'article 196 du Code pénal ne présuppose pas nécessairement un écrit destiné à faire la preuve complète et absolue erga omnes (mais qu'il) suffit que cet écrit soit susceptible dans une certaine mesure de faire la preuve des faits y énoncés>>, sans pour autant se prononcer sur la contestation tirée par le demandeur en cassation, par des conclusions expresses et écrites du 13 octobre 1998, de ce que <<alors que dans les actes sous seing privé, le faux ne peut être que matériel*

(Cassation, 24 juin 1993, Pasicrisie 29, p. 220), l'établissement de relevés de compte ne reflétant pas la situation effective des avoirs des clients de la banque ne pourrait, tout au plus, être constitutif que d'un faux intellectuel>> de sorte que, il convenait de << déclarer l'infraction de faux en écritures non constituée relativement à l'établissement, par le prévenu, de tels relevés mensongers>>, alors que, face aux conclusions expresses et écrite du demandeur en cassation, la Cour ne pouvait se dispenser d'y répondre et qu'en le faisant néanmoins, elle a violé la disposition citée au moyen » ;

Mais attendu que par les motifs de l'arrêt attaqué énoncés au moyen, la Cour d'appel a répondu aux conclusions invoquées ;

Sur le cinquième moyen de cassation,

tiré *« de la violation des articles 60 et 65 du Code pénal, en ce que l'arrêt attaqué, tout en décidant que << la notion de concours idéal consacrée (par l'article 65 du Code pénal) peut être étendue à un ensemble d'infractions procédant d'une même intention délictueuse>> (arrêt, page 15), a jugé qu'il convenait << cependant d'en restreindre l'application au concept de dol qui constitue l'élément moral nécessaire à la perpétration de l'infraction et qui est donné chaque fois qu'un délinquant exerce sa volonté d'enfreindre la loi, fût-ce par une succession indivisible de faits pénaux pour arriver à un résultat spécifique voulu>> et que << l'application de l'article 65 exige donc une structure verticale de l'action criminelle dont un élément doit nécessairement s'emboîter dans l'autre pour réussir dans le dessein délictueux, comparable à une connexion en série dont l'un des éléments est la suite logique et nécessaire de l'autre>> et qu'il y avait au contraire << concours réel d'infractions si celles-ci prises individuellement ou en groupe peuvent être perpétrées indépendamment les unes des autres, quitte à ce que le mobile général – et non pas le dol – soit dicté d'un désir de s'enrichir de façon illégale>> (arrêt, page 15) et qu'il a partant approuvé les premiers juges d'avoir fait application de l'article 60 du Code pénal (concours réel) sous réserve que les faux se trouvent en concours idéal avec les soustractions frauduleuses qu'ils avaient pour objet de dissimuler » ;*

Mais attendu que la Cour a également retenu que « s'il est vrai que les agissements du prévenu étaient mus par son désir général de s'enrichir aux dépens de ses clients, toujours est-il que les diverses infractions sont séparées dans le temps et par rapport aux victimes » ; qu'en caractérisant ainsi, par une appréciation souveraine échappant au contrôle de la Cour suprême les agissements de N. comme infractions multiples, l'arrêt se trouve justifié, abstraction faite des motifs surabondants dont fait état le moyen ;

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

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation N.) aux frais de l'instance en cassation, les frais exposés par le ministère public étant liquidés à 200.- francs.

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **dix juin mil neuf cent quatre-vingt-dix-neuf,** au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, composée de :

Marc THILL, président de la Cour,
Raoul GRETSCH, conseiller à la Cour de cassation,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour d'appel,
Annette GANTREL, conseiller à la Cour d'appel,
Joséane SCHROEDER, conseiller à la Cour d'appel,
Georges WIVENES, avocat général,
Ernest BEVER, greffier à la Cour,

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

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Marc THILL, en présence de Messieurs Georges WIVENES, avocat général et Ernest BEVER, greffier à la Cour.