

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**N° 23 / 2023 pénal
du 09.03.2023
Not. 12571/07/CD
Numéro CAS-2022-00071 du registre**

La Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg a rendu en son audience publique du jeudi, **neuf mars deux mille vingt-trois,**

sur le pourvoi de

PERSONNE1.) dit PERSONNE1.), né le DATE1.) à LIEU1.) (F), demeurant à L-ADRESSE1.),

prévenu et défendeur au civil,

demandeur en cassation,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

en présence du **Ministère public**

et de

la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), établie et ayant eu son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B90265, déclarée en état de faillite par un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 décembre 2005, représentée par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, pris en sa qualité de curateur,

demanderesse au civil,

défenderesse en cassation,

l'arrêt qui suit :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 14 juin 2022 sous le numéro 162/22 V. par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, au nom de PERSONNE1.) dit PERSONNE1.), suivant déclaration du 13 juillet 2022 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 11 août 2022 par PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) à Maître AVOCAT2.), déposé le même jour au greffe de la Cour ;

Ecartant le mémoire intitulé « *conclusions en réponse aux conclusions du Parquet Général* », signifié par le demandeur en cassation le 1^{er} février 2023 et déposé le 3 février 2023 au greffe de la Cour, en ce qu'il n'est pas prévu par la procédure en cassation en matière pénale.

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint MAGISTRAT1.).

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, avait condamné par défaut le demandeur en cassation à une peine d'emprisonnement et à une amende du chef de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux ainsi qu'au paiement de dommages et intérêts à la partie civile. Statuant sur opposition, le même tribunal a reçu l'opposition au pénal et, statuant à nouveau, a diminué les peines. Il a déclaré irrecevable l'opposition au civil. La Cour d'appel a déclaré irrecevable l'appel au civil et recevables mais non fondés les appels au pénal.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Violation de la loi commise à l'encontre et au détriment du demandeur en cassation

Violation de la loi du 9 décembre 2021 portant modification du Code de procédure pénale et notamment de l'articles, 190-1 du code de procédure pénale (ci-après cpp), ensemble l'article 210 cpp, ensemble l'article 211cpp, en ce sens que la cour d'appel 5^{ième} chambre correctionnelle, a refusé leur application au profit du demandeur en cassation au cours de l'audience d'appel lors des débats au fond, alors que les lois de procédure, conférant des protections/garanties procédurales en matière répressive, s'appliquent dès leur entrée en vigueur aux affaires en cours, et que le défaut, sinon le refus, d'application, par les magistrats d'appel, de la précitée loi de procédure lors de l'audience d'appel au moment des débats au fond, cause torts et griefs au requérant en cassation, alors que ce dernier peut revendiquer un

droit individuel, personnel et directement invocable devant les juridictions nationales au stricte respect de la procédure pénale d'ordre public protecteur.

L'article 190-1 du code de procédure pénale précité, tel qu'issu de la loi du 9 décembre 2021 dispose que :

<< Art. 190-1.

(1)

Après que le prévenu a été cité à comparaître devant le tribunal, le dossier de la procédure et les pièces à conviction sont déposés au greffe de la juridiction saisie.

(2)

À l'audience, le président du tribunal constate l'identité du prévenu et donne connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal. Il l'informe de son droit de se taire et de son droit de ne pas s'incriminer soi-même. Il constate aussi, s'il y a lieu, la présence ou l'absence de la partie civile, des témoins, des experts et des interprètes (...).

(3)

Ensuite, les témoins pour ou contre sont entendus, s'il y a lieu, et les reproches proposés et jugés ; les pièces pouvant servir à conviction ou à décharge sont représentées aux témoins et aux parties ; le prévenu est interrogé.

(4)

L'instruction à l'audience terminée, la partie civile est entendue en sa demande, s'il y a lieu, le ministère public prend ses conclusions et le prévenu et, s'il y a lieu, la personne civilement responsable, présentent leur défense. La partie civile et le ministère public peuvent répliquer. Le prévenu ou son conseil ont toujours la parole en dernier (...) >>

L'article 210 du code de procédure pénale quant à lui dispose que :

<< Art. 210.

Avant que les juges émettent leur opinion, la partie ayant relevé appel principal expose sommairement les motifs de son appel, ensuite les autres parties ont la parole dans la forme et dans l'ordre prescrits par l'article 190-1.

Art. 211.

Les dispositions des articles précédents sur la solennité de l'instruction, la nature des preuves, la forme, l'authenticité et la signature du jugement définitif de première instance, la condamnation aux frais, ainsi que les peines que ces articles prononcent seront communes aux jugements rendus sur l'appel. >>

Les articles 190-1, ensemble 210, ensemble 211, du Code de procédure pénale constituent des dispositions d'ordre public procédural protectrices de droits personnels, individuels et directement invocables par la personne mise en jugement, aussi bien devant le juge du fond de première instance (les dispositions querellées y sont respectées à la lettre) que devant le juge du fond en instance d'appel, (le respect des dispositions précitées n'y est point garanti), de sorte que leur violation entraîne

nécessairement un préjudice d'une ampleur telle qu'il ne peut en résulter que la nullité de l'arrêt prononcé en contravention des précitées dispositions procédurales, consacrant des droits procéduraux fondamentaux et inhérents au procès équitable même, (droits procéduraux individuels, personnels et propres au mis en procédure, partant directement invocables par ce dernier, nous soulignons) tel qu'il doit avoir cours dans une société démocratique.

En effet, la nouvelle loi de procédure instaure une procédure en appel différente, sinon novatrice, sinon telle que suivie en matière répressive dans des pays membres du conseil de l'Europe, de celle suivie, jadis, au Luxembourg, du moins jusqu'en date du 8 décembre 2021, procédure obligeant jusque-là le mandataire du prévenu à présenter sa défense, sans connaître le réquisitoire du représentant du ministère public, en audience publique, aussi bien en première instance qu'en instance d'appel, étant noté que le représentant du ministère public relève en général, sinon dans la majorité des cas appel incident en cas d'appel du prévenu.

Or, la nouvelle procédure instaurée par la loi du précité 9 décembre 2021, d'avantage conforme à l'exigence du principe d'un véritable double degré de juridiction pleinement contradictoire, ainsi qu'aux exigences d'un procès, équitable et transparent, opère un changement radical quant à cette maladresse, sinon inconvenance, ayant eu cours sous la législation antérieure à la précitée loi du 9 décembre 2021 et qui, nonobstant l'introduction de la loi nouvelle, a perduré lors de la présente affaire en instance d'appel au fond.

En effet, elle change l'ordre du déroulement du procès pénal, en obligeant le représentant du ministère public à présenter, en audience publique, son réquisitoire, partant à faire la démonstration de la culpabilité à l'exclusion de tout doute à l'encontre de celui/celle à l'égard duquel/de laquelle il demande la condamnation ainsi que le prononcé d'une peine, réquisitoire qui est donc connu avant tout acte de défense, partant avant que la parole ne soit offerte, par la/le président(e) de la composition, en application de sa prérogative de police d'audience, au mandataire exerçant la défense.

Et que cet ordre du déroulement de l'audience au fond, qui s'impose à tous, est désormais clairement ancré dans la loi de procédure pénale.

Quant à cet ordre du déroulement d'audience de jugement en instance d'appel, l'article 210 du code de procédure pénale disposant que : << (...) la partie ayant relevé appel principal expose sommairement les motifs de son appel, (...) >> le précité article faisant, pour la suite du déroulement audienciel, application de l'article 190-1 du code de procédure pénale, disposant que suite à l'exposition sommaire des moyens d'appel par la/le prévenu(e), les témoins pour ou contre sont entendus, s'il y a lieu, ce qui devient une obligation, sinon une règle générale, quant à l'audition des témoins de l'accusation, suite à l'article 211 cpp précité, ensemble la récente jurisprudence strasbourgeoise, pour dans la suite interroger la/le prévenu(e) à la barre. (cf infra arrêt KESKIN)

L'instruction à la barre terminée, le précité article 190-1, impose la tenue du réquisitoire, suivi de l'acte de défense, suivant les termes du précités article à lire : << le ministère public prend ses conclusions et le prévenu (...) présente sa défense.

Le ministère public peut répliquer. Le prévenu ou son conseil ont toujours la parole en dernier. >>

Voici donc le nouvel ordre public procédural de protection quant au déroulement de l'instance au fond en appel, (de même qu'en première instance).

Or, cette procédure ne fut point respectée lors de l'instance d'appel de la cause devant la cour, instance qui s'est déroulée devant la cinquième chambre de la cour en date du 24 mai 2022, lors de laquelle la loi procédurale du 9 décembre 2021 devait par ailleurs s'appliquer, lois de procédure obligent !

Or, il résulte de l'arrêt du 14 juin 2022, à l'exclusion de tout doute, que la défense a dû plaider sans même connaître le réquisitoire, ni par rapport aux infractions pour lesquelles l'avocat général demandait suite à l'acte de défense la condamnation, ni par rapport à la peine requise (incertaine au regard du jugement dont appel – six mois d'emprisonnement au regard de la motivation et six mois d'emprisonnement au regard du dispositif -).

Que de surcroît, aucun témoin, de l'accusation, ni de la défense, pourtant déjà cités et refusé en première instance, ne fut auditionné en instance d'appel.

Et pour s'en rendre compte à l'évidence du non-respect de la procédure imposée, il y a lieu de se reporter à la page 21 et suivantes /29 du précité arrêt où il est noté comme suit :

<< A l'audience publique de la Cour d'appel du 24 mai 2022, PERSONNE1.) a conclu, par réformation du jugement, à son acquittement.

Il expose qu'il a constitué la société pour exploiter un bar-restaurant sous l'enseigne commerciale "PSEUDONYME1.)" avec PERSONNE2.) et PERSONNE3.), que PERSONNE2.) et lui ont été nommés gérants techniques et que PERSONNE3.) a été nommé gérant administratif. Ensuite, PERSONNE2.) ne s'entendant pas avec PERSONNE3.), celui-ci aurait décidé de vendre ses parts à PERSONNE4.) et PERSONNE5.). Finalement, il aurait acquis les parts sociales de PERSONNE5.), de sorte qu'il serait devenu associé majoritaire de la société.

Il affirme avoir fait l'objet d'une poursuite pénale uniquement parce qu'il a signé ensemble avec PERSONNE3.) les documents relatifs aux prélèvements et chèques litigieux. Selon lui, il n'aurait ni causé les dettes de la société ni détourné les sommes d'argent au détriment de la société. Au contraire, ce serait lui qui serait à l'origine de la découverte des irrégularités et des problèmes financiers de la société à hauteur d'un montant de 400.000 euros. Finalement, sur conseil de son avocat à l'époque, il aurait fait l'aveu au greffe du tribunal de commerce le 13 décembre 2005 que la société a cessé ses paiements et que son crédit est ébranlé.

Pour ce qui concerne le reproche concernant l'infraction de banqueroute frauduleuse par le fait d'avoir détourné et dissimulé une partie de l'actif de la société pour les montants respectifs de 3.400 euros, 5.070 euros, 5.000 euros, 3.500 euros, 3.000 euros, 2.800 euros, 5.500 euros, 1.700 euros, 1.880 euros, 5.425 euros, 5.000 euros, 4.000 euros, 4.000 euros, 3.600 euros et 7.400 euros, PERSONNE1.), qui ne

conteste pas avoir prélevé les sommes litigieuses, a affirmé à l'audience de la Cour d'appel avoir prélevé ces montants pour payer les fournisseurs de la société, ceux-ci ayant refusé d'être réglés autrement qu'en espèces.

Concernant le reproche relatif à l'infraction d'avoir commis un abus de biens appartenant à la société par le fait d'avoir tiré deux chèques sur le compte de la société pour un montant de 520 euros, respectivement de 8.000 euros, il maintient ses explications fournies en première instance à savoir qu'il pensait être en droit de tirer les chèques au motif d'avoir investi un montant important dans la société mais n'a jamais reçu de salaire, mais il conteste avoir acheté une montre pour le prix de 8.000 euros auprès de la bijouterie SOCIETE2.) et avoir payé le prix de 520 euros pour des vêtements personnels.

S'il reconnaît par ailleurs de ne pas avoir donné suite à la demande de renseignements du curateur, respectivement de ne pas avoir eu d'entrevue avec lui, ou encore de ne pas s'être présenté à la première audience du tribunal, il explique cela par la circonstance qu'il est gravement malade étant atteint d'un cancer.

A cette même audience, le mandataire de PERSONNE1.) a conclu en ordre principal à l'annulation du jugement entrepris pour contradiction des motifs par rapport au dispositif, sinon à l'irrecevabilité des poursuites pour dépassement du délai raisonnable, dépassement qui aurait comme conséquence qu'un procès équitable ne pourrait plus être garanti en l'espèce, alors que son mandant n'aurait pas pu se défendre convenablement dans la mesure où les témoins convoqués par lui ne se sont pas présentés pour être entendus et que d'autres personnes, qui se seraient rendues coupables des infractions qui sont reprochées à son mandant, n'ont pas fait l'objet d'une poursuite pénale. Il insiste sur le fait qu'en l'espèce la demande en annulation est fondée et que la procédure de jugement doit recommencer depuis le début au motif qu'il y a des témoins à entendre.

Quant au fond, concernant le volet pénal, d'après le mandataire de PERSONNE1.), si celui-ci reconnaît la matérialité des prélèvements listés dans le libellé du parquet et des deux paiements par chèque, il conteste toutefois que son mandant ait commis ces faits dans son intérêt personnel. Dans ce contexte et à l'appui de ces contestations, il renvoie à un rapport du juge d'instruction du 13 novembre 2013, selon lequel celui-ci retient que les prélèvements litigieux ont été majoritairement effectués dans l'intérêt de la société. Quant à l'infraction d'abus de biens sociaux plus particulièrement, selon lui il n'y aurait aucune preuve que les montants de 520 euros, respectivement de 8.000 euros auraient été dépensés par son mandant pour acheter des vêtements personnels, respectivement pour acheter une montre Rolex.

Pour ce qui concerne le volet civil, soutenant que son appel interjeté au civil est recevable même si l'opposition relevée n'a pas été notifiée à la partie civile, il conclut à la réformation du jugement entrepris au civil.

Le curateur de la société en état de faillite expose qu'il a convoqué PERSONNE3.), PERSONNE4.) et PERSONNE1.), ce dernier n'ayant pas donné suite à cette convocation.

Lors de l'entrevue avec PERSONNE3.) ce dernier lui aurait fait part de détournements d'actifs effectués au préjudice de la société. Il aurait ensuite analysé le dossier et il aurait fait un rapport qu'il aurait continué au parquet. Il ajoute que le fonds de commerce de la société ayant une valeur de 400.000 euros aurait été cédé pour le montant ridicule de 35.000 euros, de sorte qu'il aurait été obligé de faire un signalement.

Finalement, selon lui, il y aurait lieu de confirmer le jugement entrepris.

Le représentant du ministère public souligne n'y a pas lieu de sanctionner "l'omission matérielle" qui s'est glissée dans le dispositif du jugement par l'annulation du jugement eu égard aux dispositions de l'article 215 du Code de procédure pénale, mais il y aurait lieu de procéder à une simple rectification.

Pour ce qui concerne la décision du tribunal de déclarer l'opposition relevée par PERSONNE1.) irrecevable au civil, celle-ci serait à confirmer par adoption des motifs du tribunal. Par conséquent, le jugement par défaut ayant autorité de chose jugée en ce qui concerne le volet civil, il n'y aurait plus rien à statuer, au civil, en instance d'appel.

Quant au fond, il relève que PERSONNE1.) a été le gérant depuis la constitution de la société, celui-ci ayant été gérant technique, sinon gérant de fait sinon encore gérant administratif.

Le tribunal aurait correctement appliqué les principes régissant la banqueroute et le jugement serait à confirmer sur ce point. Ainsi aurait-il correctement fixé la date de cessation des paiements au 14 juin 2005 et retenu que le prévenu, en sa qualité de gérant de la société, peut être déclaré banqueroutier.

PERSONNE1.) aurait fait l'aveu de la cessation des paiements le 13 décembre 2005.

Par ailleurs, il serait un fait, au vu des éléments du dossier, que PERSONNE1.) a tiré deux chèques sur les comptes bancaires de la société et a acheté des vêtements personnels, respectivement a fait un achat auprès de la bijouterie SOCIETE2.). Les déclarations de PERSONNE1.) auraient varié à cet égard et ne seraient donc pas crédibles.

Le représentant du ministère public insiste sur le fait que la charge de la preuve que ces sommes ont été utilisées dans l'intérêt de l'objet social appartient à PERSONNE1.). Or, celui-ci n'aurait pas établi avoir dépensé ces sommes dans l'intérêt de la société.

En effet, concernant le détournement et la dissimulation des actifs de la société, il serait un fait que PERSONNE1.) a effectué quinze prélèvements d'argent du compte de la société, ouvert auprès de la banque BANQUE1.), et qu'il ne serait pas prouvé qu'il a utilisé cet argent pour des besoins de la société. Il ajoute que les fournisseurs de la société, entendus dans le cadre de l'enquête, n'ont pas confirmé les explications données par PERSONNE1.) au sujet des paiements en espèces des livraisons pour le restaurant.

Ce serait donc à bon droit que le prévenu a été déclaré convaincu de banqueroute frauduleuse par détournements d'actifs de la société et d'abus de biens sociaux par le fait d'avoir tiré deux chèques sur le compte de la société.

Enfin, l'acquittement de PERSONNE1.) pour banqueroute simple par défaut de collaboration avec le curateur serait à confirmer.

Quant aux peines prononcées à l'égard de PERSONNE1.) celles-ci seraient légales et adéquates et seraient à confirmer sous réserve de rectifier le dispositif au vu de l'omission matérielle concernant le sursis dont PERSONNE1.) a bénéficié en première instance.

Pour ce qui concerne l'appel au civil interjeté par PERSONNE1.) contre le jugement du 11 janvier 2018, il conclut à l'irrecevabilité de cet appel.>>

Il résulte à l'exclusion de tout doute qu'à l'audience de la cour d'appel du 24 mai 2022, PERSONNE1.) a dû plaider en premier, partant avant le réquisitoire du ministère public et à fortiori sans connaître le réquisitoire aussi bien quant à la constitution des infractions que quant à la peine requise, le tout de surcroît sans avoir le loisir de pouvoir en audience publique d'appel confronter les témoins de l'accusation, voire de la défense, l'arrêt étant explicite également quant à cette absence d'audition de témoins en instance d'appel, non facultative aux yeux de la requérante, (cf infra arrêt Cedh, KESKIN c. Pays-Bas) nonobstant la formulation de la loi, à lire : << ensuite, les témoins pour ou contre sont entendus, s'il y a lieu >>.

Et ce non-respect de la loi procédurale du 9 décembre 2021, partant des droits de la défense de l'actuel demandeur en cassation, se reflète également dans le dispositif du précité arrêt du 14 juin 2022, alors qu'il y est écrit comme suit :

<< la cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu et défendeur au civil PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) et son mandataire entendus en leurs explications et moyens, Maître AVOCAT2.), avocat à la cour demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.a.r.l., demandeur au civil entendu en ses conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire, >>

Il résulte, à l'exclusion de tout doute, de ce qui précède qu'il y a eu, itérative, violation des dispositions de l'article 190-1 du Code de procédure pénale, ensemble les articles 210 et 211 du même code, violation de dispositions procédurales d'ordre public protectrices, dont la conséquence, sinon la sanction pour non-respect des précitées dispositions procédurales d'ordre public protectrices, consiste en la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 162/22 V, du 14 juin 2022, de la 5^{ème} chambre correctionnelle de la cour d'appel, avec renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée, alors que non seulement le mandataire de l'actuel demandeur en cassation a dû plaider avant la connaissance du réquisitoire, mais que la partie civile a été dotée de la même faveur, partant qu'il y a eu double violation des articles 190-1 ensemble 210, ensemble 211, du Code de procédure pénale, d'avec laquelle le demandeur en cassation se dit en désaccord profond.

Partant, le demandeur en cassation, PERSONNE1.) dit PERSONNE1.), loin de vouloir remettre en cause à travers le présent pourvoi en cassation l'appréciation souveraine des juges du fond, mais n'exigeant que le respect minimum des règles procédurales gouvernant un procès en appel digne de ce nom, demande à votre cour de cassation de prononcer, pour violation de la loi, notamment des articles 190-1, 210 et 211 du Code de procédure pénal, dispositions d'ordre public procédural protectrices :

- *la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 162/22 V, du 14 juin 2022, de la 5^{ème} chambre correctionnelle de la cour d'appel,*
- *le renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée, afin de statuer sur le mérite des différents moyens qui pourront y être invoqués, notamment sur le fond de l'affaire.».*

Réponse de la Cour

L'article 210 du Code de procédure pénale tel que modifié par la loi du 9 décembre 2021 portant modification du Code de procédure pénale dispose que la partie ayant relevé appel expose sommairement les motifs de son appel et qu'ensuite les autres parties ont la parole dans la forme et dans l'ordre prescrits par l'article 190-1 du même code. Cet article prévoit que le ministère public prend d'abord ses conclusions et que le prévenu présente sa défense. Le prévenu ou son conseil ont toujours la parole en dernier.

Il résulte de l'arrêt attaqué que le demandeur en cassation et son mandataire ont été entendus en leurs explications et moyens de défense. Le représentant du ministère public a ensuite été entendu en ses conclusions. Le demandeur en cassation a eu la parole en dernier.

Compte tenu du fait qu'il a eu la parole en dernier, le demandeur en cassation n'établit pas en quoi ses droits auraient été violés par l'inversion de l'ordre de parole entre le ministère public et la défense et dans quelle mesure cette inversion aurait eu une incidence sur l'issue du procès.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Violation conventionnelle commise à l'encontre et au détriment de la demanderesse en cassation

Suivant l'article 48 de la charte européenne des droits fondamentaux, Présomption d'innocence et droits de la défense, << 1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. 2. Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé. >>

Suivant l'article 3, présomption d'innocence, de la directive (UE) 2016/343 du parlement européen et du conseil, du 9 mars 2016, portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, << Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies soient présumés innocents jusqu'à ce que leur culpabilité ait été légalement établie >>.

Suivant l'article 6 § 2 de la convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, << Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie >>

Or en l'occurrence, ces dispositions n'ont pas été respectées par la juridiction d'appel, alors que le demandeur en cassation a dû se défendre devant ses juges d'appel en audience publique avant qu'un réquisitoire, par rapport aux infractions et par rapport à la peine, n'a été pris à son encontre, en audience publique, de sorte qu'il a été considéré << comme coupable à un point tel de devoir se défendre sans connaître la position de la partie poursuivante, quant aux infractions et à la peine, demandée à son égard >>, partant le principe de jurisprudence conventionnelle strasbourgeoise << Justice must not only be done, but must also be seen to be done >>, a été malmené.

En d'autres termes le demandeur en cassation apparaissait en audience publique, comme étant d'ores et déjà coupable, d'avoir commis les infractions, alors qu'on l'obligeait à se défendre en méconnaissance de la position soutenue par la partie accusatrice, à lire le réquisitoire, à comprendre la démonstration sur sa culpabilité à l'exclusion de tout doute raisonnable, de même que le réquisitoire sur la peine.

Tiré de la violation du droit matériel européen, de l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne disposant que : << Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie et que le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé. >>, ensemble l'article 3, de la directive (UE) 2016/343 du parlement européen et du conseil, du 9 mars 2016, disposant que << Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies soient présumés innocents jusqu'à ce que leur culpabilité ait été légalement établie >> ainsi que de la violation du droit conventionnel européen de l'article 6 paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales stipulant que << Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, alors que le demandeur en cassation n'a pu profiter des garanties de ces dispositions quant à sa présomption d'innocence en raison de l'inversement de l'ordre des plaidoiries et du réquisitoire, partant du chamboulement de l'ordre procédural qui garantissait pleinement cette présomption d'innocence, alors qu'imposant la tenue du réquisitoire avant toute acte de défense >>.

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé la présomption d'innocence du demandeur en cassation lors du déroulement de l'audience d'appel au fond

Aux motifs que la présidente de la cour d'appel a donné la parole à la défense afin que soit présentée la défense du requérant en audience publique, sans que les témoins, à charge et à décharge (le curateur, témoin de l'accusation et les témoins

cités par le requérant non entendus en première instance), ne soient entendus en instance d'appel et avant toute présentation du réquisitoire, quant aux infractions et à la peine, ne soit effectuée, en audience publique, par le représentant du ministère public.

Alors qu'en procédant de la sorte, en contradiction avec les exigences de la loi de procédure en cours, instaurant l'ordre du déroulement de l'audience pénale en instance d'appel, à lire : l'audition des témoins en audience publique, suivie de l'interrogation, à la barre du prévenu, pour suite à la clôture de l'instruction en audience publique donner la parole, s'il y a lieu, à la partie civile pour faire valoir ses droits, ensuite à l'accusation pour requérir ce que de droit quant aux infractions et quant à la peine, et pour finalement, offrir la parole à la défense, donnant ainsi à cette dernière l'occasion de présenter à la juridiction ses moyens de défense en connaissance de cause des revendications de la partie civile, du réquisitoire quant aux infraction et à la peine, la partie civile pouvant à l'instar du représentant du ministère public répliquer, alors que le prévenue ou son mandataire ont le dernier mot.

Or, en faisant fi des exigences contenues dans le droit processuel d'ordre public protecteur, tel qu'instauré par la loi du 9 décembre 2021 et actuellement ancré dans le code de procédure pénal aux articles 190-1, ensemble 210, ensemble 211, applicables à la cause, les magistrats de la cour d'appel dans leur arrêt précité du 14 juin 2022 ont violé, non seulement les dispositions de procédure pénale nationales, mais encore les précités articles 48 par. 1 de la CDF, l'article 3, de la directive (UE) 2016/343 et 6 par. 2 de la CEDH en ce sens qu'ils ont considéré, implicitement mais nécessairement, le demandeur en cassation, comme coupable des faits à un point tel, qu'ils ont demandé au prévenu ainsi qu'à son mandataire, de présenter la défense en totale ignorance du contenu du réquisitoire à intervenir, partant de la démonstration de la culpabilité du requérant à l'exclusion de tout doute, ensemble de la peine requise, lui déniait de la sorte et en conséquence de ce non-respect de l'ordre public procédural audienciel, son droit légitime à la présomption d'innocence, droit à caractère civil, fondamental dans une société démocratique, étant souligné que la présomption d'innocence du demandeur en cassation n'a point été ébranlée, jusqu'au jour du prononcé de son arrêt, par un quelconque jugement définitif, en d'autres termes qu'il n'a pas été déclaré coupable de faits répressifs pouvant lui ôter sa présomption d'innocence et ce conformément à la loi et par un tribunal, indépendant et impartial, à l'issue d'un procès public et équitable, de sorte que le demandeur en cassation, certes mis en cause dans le cadre de la procédure pénale dont question, reste pleinement présumé innocent au moment même du déroulement de son procès en instance d'appel.

Et afin de souligner l'importance et la valeur de la présomption d'innocence il y a lieu ici de reprendre les Déclarations des Présidents du Conseil européen, du Parlement européen et de la Commission sur la Charte des droits fondamentaux et notamment :

M. Jacques Chirac, Président du Conseil européen

<< A Nice, nous avons proclamé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce texte a une très grande valeur politique. On en mesurera

dans l'avenir toute la portée et je rends hommage à votre Assemblée qui a largement contribué à son élaboration >>.

(Strasbourg, le 12 décembre 2000)

Mme Nicole Fontaine, Présidente du Parlement européen

<<Signer, c'est s'engager (...) - Que tous les citoyennes et citoyens de l'Union sachent que, dès à présent (...) la Charte sera la loi de l'Assemblée (...). Elle sera dorénavant notre référence pour tous les actes du Parlement européen qui auront un lien direct ou indirect avec les citoyens de toute l'Union >>.

(Nice le 7 décembre 2000)

M. Romano Prodi, Président de la Commission

<<Pour la Commission, la proclamation marque l'engagement des institutions à respecter la Charte dans toutes les actions et politiques de l'Union (...). Les citoyens et citoyennes peuvent compter sur la Commission pour la faire respecter (...) >>.

(Nice, le 7 décembre 2000)

Et qu'encre que l'article 48 alinéa premier de la charte des droits fondamentaux (CDF), l'article 3, de la directive (UE) 2016/343, ainsi que l'article 6 paragraphe 2 de la CEDH visent expressément et exclusivement la présomption d'innocence et ce assurément pour lui donner d'avantage de valeur et d'importance notamment en ce sens qu'elle a la valeur d'un droit fondamental, d'où il s'ensuit que la règle de la présomption d'innocence est une règle essentielle.

Et par ailleurs que la présomption d'innocence est non seulement une règle de preuve en ce sens que la charge de la preuve incombe à l'accusation et que le doute profite à l'accusé, mais que la présomption d'innocence est encore une règle de fond en ce sens qu'elle est l'expression d'un véritable droit subjectif pour toute personne, droit effectif et concret et non pas théorique et illusoire, raison pour laquelle il existe un étroit lien entre la présomption d'innocence et le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de garder le silence dont le non-respect emporte violation de l'article 6 paragraphe 2 CEDH et 48 CDF et 3 de la directive précitée, ce qui est implicitement mais nécessairement la cas si une personne doit se défendre en audience publique sans avoir eu la faculté de connaître, en matière pénale, le réquisitoire du représentant du ministère public, quant aux infractions dans les débats, ainsi que sur la peine requise par ce dernier.

Et surtout que la présomption d'innocence profite à toute personne non condamnée par un jugement définitif contre toute constatation formelle ou apparente de sa culpabilité et ce sous quelque forme que ce soit.

Et en conséquence que la présomption d'innocence s'impose avant tout et en tout état de cause aux juges et conseillers d'appel dans le cadre d'un procès pénal, mais non exclusivement dans le cadre d'un procès pénal, de sorte que ceux-ci ne doivent pas, a priori, avoir la conviction que la personne en cause est coupable, ce

qui est implicitement mais nécessairement le cas si une personne doit se défendre, en audience publique, en méconnaissance du réquisitoire à intervenir sur les infractions et sur la peine lors du déroulement d'un procès pénal.

*Et que d'avantage que la Cour européenne a explicité le sens du paragraphe 2 de l'article 6 dans le sens que ce dernier exige que les membres d'un tribunal, en remplissant leurs fonctions, ne partent point de l'idée préconçue que le prévenu a commis les actes incriminés, en d'autres termes, qu'une motivation ne doit pas donner l'impression de la culpabilité de la personne en cause sous peine de violation de l'article 6, et qu'il suffit même qu'une motivation donne à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable suffise pour caractériser une violation de l'article 6 et ce au regard du principe conventionnel du << Justice must not only be done, Justice but must also be seen to be done >> de la sorte que la Cour EDH a rappelé dans son arrêt *Affaire LIZASO AZCONOBETA C Espagne* (Req n° 28834/08) que : 17 << si le principe de la présomption d'innocence consacré par le paragraphe 2 de l'article 6 figure parmi les éléments du procès pénal équitable exigé par le paragraphe 1 de la même disposition (*Kamasinski c. Autriche*, 19 décembre 1989, § 62, série A n° 168) il ne se limite pas à une simple garantie procédurale en matière pénale. Sa portée est plus étendue et exige qu'aucun représentant de l'État ou d'une autorité publique ne déclare qu'une personne est coupable d'une infraction avant que sa culpabilité n'ait été établie par un tribunal (*Allenet de Ribemont c. France*, 10 février 1995, §§ 35-36, série A n° 308 ; *Viorel Burzo c. Roumanie*, n°s 75109/01 et 12639/02, § 156, 30 juin 2009 ; *Moulet c. France* (déc.), n° 27521/04, 13 septembre 2007). 2. En outre, la Cour précise qu'une atteinte à la présomption d'innocence peut émaner non seulement d'un juge ou d'un tribunal mais aussi d'autres agents de l'État (*Allenet de Ribemont c. France*, arrêt du 10 février 1995, § 36, série A n° 308; *Daktaras c. Lituanie*, n° 42095/98, §§ 41-42, CEDH 2000-X) et des personnalités publiques ("public officials" ; *Butkevičius c. Lituanie*, n° 48297/99, § 53, CEDH 2002-II (extraits) >>) et a conclu à une violation de l'article 6 par.2 CEDH.*

Et que finalement, il résulte du précédent paragraphe que si << le principe de la présomption d'innocence consacré par le paragraphe 2 de l'article 6 >> ne se limite pas à une simple garantie procédurale en matière pénale, il n'en demeure pas moins qu'il s'applique également aux garanties procédurales en matière pénale, de sorte que le non-respect de garanties procédurales essentielles, sinon inhérentes au procès pénal même, telle l'ordre du déroulement entre réquisitoire et plaidoiries peut constituer << per se >> une violation de la présomption d'innocence du prévenu tout particulièrement si ce dernier doit se défendre en l'absence de connaissance des reproches lui adressés par le représentant du ministère public, donc du réquisitoire pris en audience publique, alors qu'exiger de lui un acte de défense, sans connaissance précise de l'accusation dressée en audience publique ainsi que de la peine subséquente, revient à le considérer comme coupable, sinon du moins, lui attribuer un fort air de culpabilité, alors que toujours et encore présumé innocent à ce moment précis du procès pénal.

*Et qu'en effet selon la jurisprudence de la Cour, << le "tribunal" se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel: trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (voir notamment l'arrêt *Sramek* du 22 octobre 1984, série A n° 84, p. 17,*

§ 36) et COUR (PLÉNIÈRE), AFFAIRE H. c. Belgique, (Requête n° 8950/80), 30 novembre 1987, § 50, >> de sorte qu'en condamnant le demandeur en cassation à une peine d'emprisonnement, assortie du sursis à l'exécution, en méconnaissance de la procédure résultant de la combinaison des articles 190-1, 210 et 211 du Code de procédure pénale, la cinquième chambre de la cour d'appel a violé les précités articles 48 CDF, l'article 3, de la directive (UE) 2016/343 et 6 par. 2 CEDH, en ne respectant point la présomption d'innocence du demandeur en cassation, raison pour laquelle la cassation de l'arrêt est encourue et que le demandeur est fondé à demander que l'arrêt n° 162/22 V rendu par la cinquième chambre correctionnelle de la cour d'appel en date du 14 juin 2022, soit cassé et annulé ainsi que l'affaire, renvoyée devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel autrement composée, afin de statuer sur le mérite des différents moyens qui pourront y être invoqués, notamment sur le fond de l'affaire.

Partant, le demandeur en cassation, PERSONNE1.) dit PERSONNE1.), loin de vouloir remettre en cause à travers le présent pourvoi en cassation l'appréciation souveraine des juges du fond, mais n'exigeant que le respect minimum des règles relatives à sa présomption d'innocence, demande à votre cour de cassation de prononcer, pour violation des articles 48 de la charte des droits fondamentaux ensemble la violation de l'article 6 § 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales, partant en raison de la violation de sa présomption d'innocence, lors de l'audience de jugement en appel,

- la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 162/22 V, du 14 juin 2022, de la 5^{ème} chambre correctionnelle de la cour d'appel,
- le renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée, afin de statuer sur le mérite des différents moyens qui pourront y être invoqués.».

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation fait grief à la Cour d'appel d'avoir violé la présomption d'innocence consacrée par les textes visés au moyen, en ce qu'elle a donné la parole à la défense avant d'entendre le ministère public en son réquisitoire.

Le demandeur en cassation n'établit pas en quoi le fait pour la Cour d'appel d'avoir inversé l'ordre de parole entre le ministère public et le prévenu en lui donnant la parole avant d'entendre le réquisitoire du ministère public, alors qu'il est constant qu'à l'audience de la Cour d'appel le prévenu a eu la parole en dernier, aurait porté atteinte à la présomption d'innocence.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation du droit conventionnel de l'article 6 § 1 (toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement) ensemble 6 § 3 d) (toute

personne a droit d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge) de la convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, alors que faute de convocation à l'audience d'appel du témoin de l'accusation le requérant ne fut pas en mesure de confronter ledit témoin, pas plus que les témoins de la défense dont la convocation lui fut refusée aussi bien en première instance qu'en appel de sorte que son procès dans son intégralité n'a pas rejoint les caractères du procès équitable ».

La présomption d'innocence, règle de preuve et de fond

La présomption d'innocence est non seulement une règle de preuve en ce sens que la charge de la preuve incombe à l'accusation et que le doute profite à l'accusé, mais que la présomption d'innocence est encore une règle de fond en ce sens qu'elle est l'expression d'un véritable droit subjectif, être présumé innocent, pour toute personne concernée par une instance pénale dirigée à son encontre.

Le demandeur en cassation au soutien de son moyen invoque ici devant votre cour de cassation l'arrêt KESKIN c Royaume des Pays-Bas, de la quatrième chambre de la Cour, prononcée en date du 19 janvier 2021, requête n° 2205/16, arrêt devenu définitif en date du 19 avril 2021.

Le demandeur en cassation soulève la violation de l'article 6 § 1, ensemble 6 § 3 d) de la convention européenne, arguant que son procès n'a pas été équitable, alors qu'il lui fut refusé, sinon qu'il lui fut impossible, lors de l'instruction à la barre devant la chambre correctionnelle d'appel de pouvoir interroger, sinon confronter, les témoins de l'accusation, ce à quoi une personne présumée innocente doit avoir droit.

Il fut partant privé d'un droit essentiel du procès pénal, qui aux yeux du demandeur en cassation ne rejoint plus les exigences du procès équitable, alors que le curateur, témoin de l'accusation en raison de son rapport de suspicion de commission d'infractions ne fut pas entendu en audience publique autrement qu'en sa qualité de partie civile, mais non en sa qualité de témoin de l'accusation alors que non cité par le représentant du ministère public.

En effet, le représentant du ministère public en appel n'avait pas convoqué de témoins à l'audience, alors que les juges de première instance ont pu assoir leur conviction pour entrer en voie de condamnation, sur les attestations et déclarations du précité témoin de l'accusation, à comprendre le curateur en charge de la faillite de SOCIETE1.) S.a.r.l et ayant déposé devant les premiers juges.

De la sorte, cette absence de convocation, en instance d'appel, du témoin ayant déposé à charge devant les premiers juges, a eu pour conséquence, que le demandeur en cassation fut privé de la faculté de confronter, en audience publique au fond en instance d'appel, les déclarations dudit témoin en charge de la faillite, ce qui a causé torts et griefs au requérant, d'autant plus que le précité témoignage fût utilisé contre lui et a fondé, du moins partiellement, la condamnation du requérant en cassation.

Le demandeur en cassation estime qu'il y a eu violation des dispositions 6 § 1, ensemble 6 § 3 d) de la convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, alors que la non-comparution dudit témoin de l'accusation à l'audience d'appel, n'a pas été motivée par aucun motif justifiant la non-comparution de ce témoin au procès, la partie poursuivante n'invoquant point de motifs de non-comparution, tel le décès du témoin, son état de santé, sa peur de déposer, voire l'impossibilité pour le représentant du ministère public d'entrer en contact avec le témoin, curateur de la faillite en question, ou mêmes des caractéristiques spécifiques de la procédure en matière pénale.

Le fait que le demandeur en cassation n'ait pas demandé la convocation dudit témoin de l'accusation à l'audience, ne saurait avoir la moindre conséquence quant à cette violation de ses droits conventionnels, alors qu'en ce qui concerne le témoins, mentionnés à l'article 190-1 cpp, sont bien ceux de l'accusation, et non ceux de la défense.

Et les témoins de l'accusation doivent être présents à l'audience de jugement, de première instance ou d'appel, au moment de l'instruction à la barre, d'autant plus que le requérant n'est pas tenu de démontrer l'importance d'un témoin de l'accusation, et que dès lors que << l'accusation a estimé qu'une personne donnée constituait une source pertinente d'information et s'est fondée sur son témoignage pendant le procès >>, tels les déclarations du curateur en l'occurrence, qui de surcroît furent utilisés au soutien d'un verdict de culpabilité, tel en l'espèce, il est de principe ou du moins de jurisprudence supranationale conventionnelle, que la comparution et l'audition de tels témoins de l'accusation sont présumées nécessaires (voir Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie (no 2)).

Telle est en effet également la position la plus récente de la Cour strasbourgeoise dans l'affaire précitée, Keskin c Royaume des Pays-Bas, jugée par la quatrième chambre, en date du 19 janvier 2021, (requête 2205/17), la version anglaise faisant foi, la Cour jugeant que :

<< 1. The Court's assessment

(a) Relevant principles

38. The Court's primary concern under Article 6 § 1 of the Convention is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings (see, among many other authorities, Taxquet v. Belgium [GC], no. 926/05, § 84, ECHR 2010, and Schatschaschwili v. Germany [GC], no. 9154/10, § 101, ECHR 2015). Compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident. In evaluating the overall fairness of the proceedings, the Court will take into account, if appropriate, the minimum rights listed in Article 6 § 3, which exemplify the requirements of a fair trial in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases. They can be viewed, therefore, as specific aspects of the concept of a fair trial in criminal proceedings in Article 6 § 1 (see, for example, Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 50541/08 and 3 others, § 251, 13 September 2016; Gäfgen v.

Germany [GC], no. 22978/05, § 169, ECHR 2010; Schatschaschwili, cited above, § 100; and Boshkoski v. North Macedonia, no. 71034/13, § 37, 4 June 2020).

39. *The Court reiterates that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law, and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them. As regards statements made by witnesses, the Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether those statements were properly admitted as evidence, but rather – as already set out in paragraph 38 above – to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair (see, among many other authorities, Van Mechelen and Others v. the Netherlands, 23 April 1997, § 50, Reports of Judgments and Decisions 1997 III, and Perna, cited above, § 29).*

40. *As is apparent from the text of Article 6 § 3 (d) (see paragraph 25 above), this provision sets out a right relating to the examination of witnesses against the accused. The Court has defined such witnesses, to whom it also frequently refers as "prosecution witnesses", as persons whose deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction and which thus constitutes evidence for the prosecution (see Lucà v. Italy, no. 33354/96, § 41, ECHR 2001 II). Paragraph 3 (d) also contains a right to obtain the attendance and examination of witnesses on behalf of the accused, or "defence witnesses", that is to say witnesses whose statements are in favour of the defendant (see, for instance, Pello v. Estonia, no. 11423/03, § 31, 12 April 2007).*

41. *The case-law of the Court reflects the fact that paragraph 3 (d) of Article 6 comprises those two distinct rights. The Court has developed general principles which relate exclusively to the right to examine, or have examined, prosecution witnesses, as well as general principles specifically concerning the right to obtain the attendance and examination of defence witnesses.*

(i) *The right to obtain the attendance and examination of defence witnesses*

42. *When it comes to defence witnesses, it is the Court's established case-law that Article 6 § 3 (d) does not require the attendance and examination of every witness on the accused's behalf, the essential aim of that provision, as indicated by the words "under the same conditions", being to ensure a full "equality of arms" in the matter (see, amongst many authorities, Murtazaliyeva v. Russia [GC], no. 36658/05, § 139, 18 December 2018, in which judgment the Court reaffirmed and further clarified the general principles concerning the right to obtain attendance and examination of defence witnesses). The concept of "equality of arms" does not, however, exhaust the content of paragraph 3 (d) of Article 6, nor that of paragraph 1, of which this phrase represents one application among many others (see, among other authorities, Vidal v. Belgium, 22 April 1992, § 33, Series A no. 235 B).*

43. *As a general rule, it is for the domestic courts to assess the relevance of the evidence which defendants seek to adduce, and Article 6 § 3 (d) leaves it to them, again as a general rule, to assess whether it is appropriate to call a particular witness (see Perna, cited above, § 29). It is not sufficient for a defendant to complain that he or she has not been allowed to question certain witnesses; he or she must, in*

addition, support the request by explaining why it is important for the witnesses concerned to be heard, and their evidence must be capable of influencing the outcome of a trial or must reasonably be expected to strengthen the position of the defence (see Perna, cited above, § 29, and Murtazaliyeva, cited above, §§ 140 and 160). Whether the defendant has advanced "sufficient reasons" for his or her request to call a witness will depend on the role of the testimony of that witness in the circumstances of any given case (ibid., § 161). The Court has formulated the following three-pronged test where a request for the examination of a defence witness on behalf of the accused has been made in accordance with domestic law (ibid., § 158):

- (i) Whether the request to examine a witness was sufficiently reasoned and relevant to the subject matter of the accusation?*
- (ii) Whether the domestic courts considered the relevance of that testimony and provided sufficient reasons for their decision not to examine a witness at trial?*
- (iii) Whether the domestic courts' decision not to examine a witness undermined the overall fairness of the proceedings. >>*

Il est évident que l'article 190-1 (3) en disposant que : << Ensuite, les témoins pour ou contre sont entendus, s'il y a lieu, (...),>> lu en combinaison avec les articles 210 et 211 du même code concerne dès lors, uniquement mais nécessairement, les seuls témoins de la défense.

Or, la citation à témoin de Monsieur PERSONNE3.), remise par acte d'huissier HUISSIER DE JUSTICE1.) en date du 26 mai 2021, ensemble la citation à témoins de Monsieur PERSONNE4.), remise par acte d'huissier HUISSIER DE JUSTICE2.) en date du 27 mai 2021, pour les entendre dans une affaire correctionnelle, n'ont pas été satisfaites, alors que ni les premiers juges, ni les juges d'appel n'ont motivé leurs refus, en précisant concrètement en quoi ces précitées citations à témoins ne seraient pas pertinentes.

En effet, même sans que les questions à poser aux témoins n'étaient pas caractérisées de manière suffisantes, ce que les juges de première instance, de même que d'appel auraient alors dû relever dans leur jugement et arrêt, quod non, il n'empêche que l'actuel demandeur en cassation était fondé à les citer pour avoir des éclaircissements quant à leur rôle dans la gestion de la société SOCIETE1.) S.a.r.l., ne serait-ce qu'au regard des conclusions émises par le juge d'instruction dans son rapport relatif à l'instruction diligentée par ses soins, rapport dont la conclusion est sans appel, sans omettre que les juges d'appel se sont prononcés de manière négative pour le demandeur en cassation par rapport audit rapport et qui se lit comme suit tel qu'il est retenu dans l'arrêt du 14 juin 2022 page 27 :

<< Finalement, pour ce qui concerne le moyen de la défense de PERSONNE1.) ayant trait au contenu du rapport du juge d'instruction du 13 novembre 2013, rapport qui a été lu à l'audience par le mandataire de ce dernier et selon lequel le juge d'instruction écrit qu'il est d'avis que : "les dettes importantes de la société ayant amené jusqu'à sa faillite aient bien été engendrées par la direction ORGANISATION1.)" et que : "la majorité des prélèvements effectués pendant la période suspecte ont effectivement dû servir au maintien en vie de la société, même si c'était déjà trop tard.", n'a pas d'incidence au vu des

développements qui précèdent et notamment au vu de la constatation que PERSONNE1.) a été le gérant de la société depuis sa constitution jusqu'à la date de sa déclaration en état de faillite. >>

Que ce seul rapport du juge d'instruction, au vu de sa clarté, dispensait le demandeur en cassation de fournir d'autres indications afin de justifier en quoi l'audition des précités témoins de la défense, aussi bien en première instance qu'en instance d'appel, serait opportune sinon nécessaire afin de contribuer à la manifestation de la vérité.

Or, il n'en fut rien, ni devant les premiers juges, ni devant les juges d'appel, partant le demandeur en cassation est fondé à soulever la violation de son droit de confronter les témoins de la défense, aux fins d'obtenir des éclaircissements relatifs à des preuves matérielles déterminantes, partant il soulève la violation de son droit contenu dans l'article conventionnel 6 § 3 d) dans son aspect, témoins de la défense, estimant qu'il y avait lieu de les confronter aux audiences de fond.

Mais encore, le précité article 190-1 (3) ensemble les articles 210 et 211 en tout état de cause ne concernent point les témoins de l'accusation, qui doivent être entendus lors de l'instruction à la barre et pour lesquels la nuance « s'il y a lieu » contenue dans l'article 190-1 n'a pas lieu de s'appliquer, alors que les principes gouvernant la récolte des déclarations de témoins de l'accusation sont différents, tel qu'il résulte toujours et encore de l'arrêt KESKIN précité que :

<< (ii) The right to cross-examine prosecution witnesses

*44. As regards the right to the examination of prosecution witnesses, the Court has held that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument. Exceptions to this principle are possible but must not infringe the rights of the defence, which, as a rule, require that the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings (see *Lucà v. Italy*, cited above, § 39, and *Al Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], nos. 26766/05 and 22228/06, § 118, ECHR 2011).*

*45. Contrary to the situation with defence witnesses, the accused is not required to demonstrate the importance of a prosecution witness. In principle, if the prosecution decides that a particular person is a relevant source of information and relies on his or her testimony at the trial, and if the testimony of that witness is used by the court to support a guilty verdict, it must be presumed that his or her personal appearance and questioning are necessary (see *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, nos. 11082/06 and 13772/05, § 712, 25 July 2013, and *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia* (no. 2), nos. 51111/07 and 42757/05, § 484, 14 January 2020).*

(iii) Principles on the admission of untested evidence of prosecution witnesses absent from trial

(Rappelons que le curateur de la société SOCIETE1.) S.a.r.l. dont les déclarations furent utilisées non seulement aux fins de diligenter les poursuites à

l'encontre du demandeur en cassation, mais également aux fins de sa condamnation, par les premiers juges, suite à son audition en première instance, et que ledit curateur ne fut, ni convoqué par le représentant du parquet pour l'instance d'appel, ni auditionné par les conseiller d'appel qui pourtant ont également utilisé ses déclarations faites en première instance aux fins d'assoir leur décision de condamnation)

46. In Al-Khawaja and Tahery (cited above, §§ 119) the Grand Chamber of the Court summarised and refined the principles to be applied in cases where a prosecution witness did not attend the trial and statements previously made by him or her were admitted as evidence. The compatibility of such proceedings with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention must be examined in three steps:

(i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness's untested statement as evidence (ibid., §§ 119-125);

L'actuel demandeur en cassation estime que ces "bonnes raisons pour ne pas convoquer" ledit témoin, en sa fonction de curateur de la précitée société SOCIETE1.) S.a.r.l. font défaut.

(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (ibid., §§ 119 and 126-147);

Le demandeur en cassation estime que les déclarations du curateur ne constituaient pas la seule ou décisive évidence matérielle aux fins de condamnation du requérant, mais qu'elles furent prépondérantes, toute autre évidence matérielle comptable, dans les mains du curateur n'a pas pu être utilisée par le requérant au soutien de ses plaidoiries en première instance et en appel et ceci en raison de leur non disposition probablement en raison de l'écoulement de quelque 15 à 18 années, entre la prétendue commission des faits et la parution de l'affaire devant les tribunaux, de sorte que le requérant subissait le délai déraisonnable ayant abouti à un manifeste dépérissement des preuves, ce qui constitue là aussi une violation du délai raisonnable tel que prévu dans l'article conventionnel 6 § 1.

(iii) whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps faced by the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair (ibid., § 147).

Le demandeur en cassation estime qu'il n'existe point de facteur de contrebalance qui auraient pu rendre plus aisée sa défense, en effet il était privé de convoquer ses témoins, d'obtenir l'ensemble de la comptabilité en raison de sa non disponibilité probablement pour les raisons précitées, de même que l'impossibilité de fournir les extraits bancaires quant au retrait réel et effectif des montants dont on lui impute l'encaissement, à lire ceux de 520 et de 8000 euro, preuve qui ne se trouve pas dans le dossier répressif.

47. In its Grand Chamber judgment Schatschaschwili (cited above, §§ 111-31) the Court reaffirmed and further clarified those principles. The Court noted that,

as a rule, it will be pertinent to examine the three steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test in the order defined in that judgment; it acknowledged, however, that in a given case, it may be more appropriate to examine the steps in a different order, in particular if one of the steps proves to be particularly conclusive as to either the fairness or the unfairness of the proceedings (*ibid.*, § 118). In this latter context the Court made reference, *inter alia*, to a case in which the statement of the untested witnesses was neither "sole" nor "decisive" (*Mitkus v. Latvia*, no. 7259/03, §§ 102 and 106, 2 October 2012).

48. The Court further explained that "good reason for the absence of a witness" must exist from the trial court's perspective, that is, the court must have had good factual or legal grounds not to secure the witness's attendance at the trial. If there was a good reason for the witness's non-attendance in that sense, it followed that there was a good reason, or justification, for the trial court to admit the untested statements of the absent witness as evidence (see *Schatschaschwili*, cited above, § 119). While the absence of a good reason for the non-attendance of the witness could not of itself be conclusive of the unfairness of the applicant's trial, it was a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which might tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention (*ibid.*, § 113).

49. As regards the question whether the evidence of the absent witness whose statements were admitted in evidence was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (second step of the *Al-Khawaja and Tahery* test), the Court reiterated that "sole" evidence is to be understood as the only evidence against the accused and that "decisive" should be narrowly interpreted as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supporting evidence; the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive (*ibid.*, § 123).

50. It further held that it is not for the Court to act as a court of fourth instance, its starting-point for deciding whether an applicant's conviction was based solely or to a decisive extent on the depositions of an absent witness being the judgments of the domestic courts. The Court must review the domestic courts' evaluation in the light of the meaning it has given to "sole" and "decisive" evidence and ascertain for itself whether the domestic courts' evaluation of the weight of the evidence was unacceptable or arbitrary. It must further make its own assessment of the weight of the evidence given by an absent witness if the domestic courts did not indicate their position on that issue or if their position is not clear (*ibid.*, § 124).

51. Furthermore, given that its concern is to ascertain whether the proceedings as a whole were fair, the Court should not only review the existence of sufficient counterbalancing factors in cases where the evidence of the absent witness was the sole or the decisive basis for the applicant's conviction, but also in cases where it found it unclear whether the evidence in question was sole or decisive but nevertheless was satisfied that it carried significant weight and its admission might have handicapped the defence. The extent of the counterbalancing factors necessary in order for a trial to be considered fair would depend on the weight of the evidence

of the absent witness. The more important that evidence, the more weight the counterbalancing factors would have to carry in order for the proceedings as a whole to be considered fair (ibid., § 116). >>

En l'occurrence le demandeur en cassation fait valoir que lors de l'audience d'appel au fond, aucune bonne et valable raison ne fut avancée par les conseiller d'appel aux fins de dénier au demandeur en cassation le bénéfice de confronter les témoins de l'accusation, nonobstant le fait que sa condamnation fut fondée sur les déclarations que le témoin, curateur de faillite, avait faites devant les premiers juges, ce qui démontre le poids que les déclarations dudit témoin de l'accusation, qui a déposé à l'audience de première instance tel qu'il résulte du plumitif d'audience, ont pu jouer dans la condamnation du demandeur en cassation.

Par ailleurs, il critique que le refus de convocation dudit témoin par le représentant du ministère public ne fut nullement conditionné par un des critères prévus par la jurisprudence strasbourgeoise, tels la mort, la peur, des problèmes de santé, dans le chef des témoins de l'accusation, voire l'impossibilité de les joindre, étant rappelé que ce témoin fut bien le curateur de la faillite SOCIETE1.) S.a.r.l. dont le rapport avait pourtant initié les poursuites à l'égard du demandeur en cassation et qui de surcroît se constituait partie civile à l'audience, voire tout autre critère spécifique et propre à des procédures pénales.

La seule raison de cette absence dudit témoin accusateur à l'audience du fond en appel, consiste en la décision unilatérale du représentant du ministère public de ne pas l'appeler, combiné avec le fait que cette pratique de ne << presque jamais >> convoquer les témoins accusateurs ayant déposé en première instance et dont les témoignages ont servi aux fins de condamnation, constitue une pratique générale et généralement appliquée au pays lors des procès en appel au fond, pratique générale et généralement appliquée qui se limite à interroger les seuls prévenu(e)s en audience publique et dans la suite, à donner la parole aux mandataires de la défense, et ce avant le réquisitoire du représentant du ministère public, tel en l'espèce, étant remarqué qu'en cas de demandes d'auditions de témoins, une pratique générale et généralement appliquée veut que de telles demandes soient dans la quasi-majorité des cas jointes au fond, ce qui revient à priver le demandeur en cassation, de facto, de la possibilité, réelle et effective, de confronter les témoins de l'accusation (voire de la défense) lors des débats au fond dont l'importance de leurs déclarations devant les premiers juges n'est plus à remettre en cause.

Qu'une telle pratique ne saurait rejoindre les exigences de procès équitables telles que requises par l'article 6 § 1, pas plus que la pratique ne saurait être conforme aux exigences de l'article conventionnel 6 § 3 d), il s'évince qu'il y a lieu de constater que la procédure telle que suivie en instance d'appel au fond, ensemble l'impossibilité de contredire les témoins de l'accusation, pas plus que de confronter ceux de la défense pour les raison précitées, ont eu pour effet la violation des articles conventionnels précités 6 § 1 et 6 § 3 d), ce que demande l'actuel requérant en cassation, la Cour strasbourgeoise jugeant par ailleurs dans la précitée affaire KESKIN que :

<< 56. As to any requirement for the defence to substantiate a request to examine prosecution witnesses, the Court reiterates, as already set out in paragraph

44 above, that the underlying principle of the right contained in Article 6 § 3 (d) of the Convention in relation to the examination of prosecution witnesses is that the defendant in a criminal trial should have an effective opportunity to challenge the evidence against him or her. This principle requires that a defendant be able to test the truthfulness and reliability of evidence provided by witnesses which incriminates him or her, by having them orally examined in his or her presence, either at the time the witness was making the statement or at some later stage of the proceedings (see paragraph 46 above). Therefore, in a situation where the prosecution relies on such a witness statement and the trial court may use that statement to support a guilty verdict, the interest of the defence in being able to have the witness concerned examined in his or her presence must be presumed and, as such, constitutes all the reason required to accede to a request by the defence to summon that witness (see paragraph 45 above).

60. The Court observes that in the cases which led to the Perna and Poropat judgments, the accused applicants had sought the attendance and examination of witnesses whose testimony they believed could arguably have strengthened the position of their defence, or even led to their acquittal (see Perna, cited above, §§ 17 and 31, and Poropat, cited above, §§ 13 and 46); accordingly, their requests concerned witnesses on their behalf. This is consequently not the same situation as the one which pertains where an accused is confronted with witness testimony which incriminates him or her (see paragraph 45 above).

61. Moreover, the Perna judgment - to which reference is made in paragraph 42 of the Poropat judgment - pre-dates the Al-Khawaja and Tahery judgment (cited above), in which the Grand Chamber consolidated and clarified its case-law as regards the examination of witnesses for the prosecution under Article 6 § 3 (d). (This also applies to the four other Court rulings to which the Government refer in their submissions of 4 September 2017 (see paragraph 37 above) and which were issued between 2005 and 2010. Accordingly, in so far as those four rulings are not in line with the principles enunciated in Al-Khawaja and Tahery, they were superseded by that Grand Chamber judgment, which was rendered in 2011 and thus before the present case was decided in the domestic courts (see paragraphs 5, 11 and 17 above). In addition, it is to be noted that none of the four cases referred to by the Government concerned a situation like that in the present case, where a request to call prosecution witnesses was rejected at the domestic level for the reason that it lacked substantiation.) The Court takes this opportunity to reaffirm the general principles relating to the right of an accused to examine or have examined witnesses against him or her, as set out in paragraphs 44, 45 above, from which it follows that the interest of the defence in being able to have those witnesses examined in its presence must in principle be presumed (see also paragraph 60 above).

62. The above considerations lead the Court to the conclusion in the present case that it cannot be said that the Court of Appeal established good factual or legal grounds for not securing the attendance of prosecution witnesses A to G.

63. The absence of a good reason for the non-attendance of the witnesses is not of itself conclusive of the unfairness of the applicant's trial. However, it constitutes a very important factor to be weighed in the overall balance together with the other relevant considerations, notably whether the evidence of the witnesses was

the sole or decisive basis for the conviction and whether there were sufficient counterbalancing factors (see Schatschaschwili, cited above, § 113). >>

A cela s'ajoute que devant les premiers juges les témoignages du curateur en charge de la faillite SOCIETE1.) S.a.r.l., témoin de l'accusation en cette qualité et non convoqué par la partie poursuivante, furent d'une importance telle qu'ils ont fortement pesé sur la décision des précités juges de première instance, partant sur l'issue de l'affaire menant à une lourde condamnation du demandeur en cassation en première instance, condamnation partiellement maintenue en instance d'appel (six mois d'emprisonnement avec sursis et 8000 euro d'amende 15 ans après la prétendue commission des faits), sans qu'il n'eût la possibilité de confronter, en audience publique, le témoin de l'accusation, qui lors de la première instance n'a fait que détailler et expliciter le contenu de son rapport au parquet, partant exposer l'évidence matérielle contenue dans le dossier répressif, et ce dans le cadre d'une procédure d'appel dont le déroulement fut manifestement contraire à la loi procédurale, et sans que n'existaient à ce moment de << counterbalancing factors >>, la Cour décidant dans le précité arrêt KESKIN que :

<< 65. The Court reiterates that there must be counterbalancing factors which permit a fair and proper assessment of the reliability of the untested witness evidence. It has found the following elements of relevance in the assessment of the adequacy of counterbalancing factors: the trial court's approach to the untested evidence, the availability and strength of corroborative evidence supporting the untested witness statements, and the procedural measures taken to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial (see Schatschaschwili, cited above, §§ 125 31 and 151).

*68. As regards procedural measures which may have been capable of compensating for the defence's lack of opportunity to cross examine the witnesses, the Court notes that the applicant was able, in the course of the domestic proceedings, to give his own version of the events in question, which he did at the hearing held before the Court of Appeal on 16 September 2014 (see paragraph 9 above). It further appears from the reasoning employed by the Court of Appeal for its refusals to allow the applicant to cross examine witnesses that it had been open to him to challenge the accuracy of the statements which those witnesses had made to the police (see paragraphs 8 and 12 above). In this context the Court observes that, at the abovementioned hearing, the applicant disputed that witness D could have recognised him from a particular photograph and that he had had contact with a number of the witnesses who had claimed that they had had contact with him (see paragraph 9 above). The Court considers that an opportunity to challenge and rebut absent witnesses' statements is of limited use in a situation where a defendant has been denied the possibility to cross examine the witnesses, and moreover it has repeatedly held that such an opportunity cannot, of itself, be regarded as a sufficient counterbalancing factor to compensate for the handicap for the defence created by the witnesses' absence (see, mutatis mutandis, *Trampevski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 4570/07, § 49, 10 July 2012, and *Riahi v. Belgium*, no. 65400/10, § 41, 14 June 2016). This is also the case here.*

69. *Having regard to the above, the Court finds that it cannot be said that there were sufficient counterbalancing factors to compensate for the handicaps under which the defence laboured.*

(iv) *Conclusion*

70. *The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the applicant's inability to cross examine the prosecution witnesses rendered the trial as a whole unfair. There has, accordingly, been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention. >>*

Que la requérante en cassation fait sienne la précitée analyse alors que l'absence de convocation du témoin de l'accusation, fondée sur la seule et unique décision du représentant du ministère public, ensemble la pratique générale et généralement appliquée par les juridictions répressives d'appel de n'entendre que le prévenu, et leur mandataire principalement en leurs raisons d'appel et quant au fond, ensemble la pratique générale et généralement appliquée consistant dans le renvoi au fond quasi-systématique de toute demande d'audition de témoins, ensemble le non-respect des loi procédurales quant au déroulement de l'audience ont eu pour effet que les articles conventionnels 6 § 1, ensemble 6 § 3, ont été violés, ce qui a eu pour conséquence que le procès au fond en audience d'appel n'a pas satisfaits aux exigences du procès équitable, partant l'arrêt est à casser, et annuler avec renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée, demande soutenue par le demandeur en cassation, argumentaire d'autant plus fortement soutenu qu'ils n'existaient pas de << counterbalancing factors >> quant à l'admission des déclarations du témoin accusateur ayant déposé en première instance et parfaitement absent en appel, tel qu'il résulte à suffisance de l'arrêt, la cour d'appel, à la page 25 de son arrêt, décidant quant à ce point comme suit : << Quant au fond : Le tribunal a fourni une description extrêmement détaillée et complète des faits en litige et il y a lieu de s'y référer >>.

Or si débats il y a eu en appel, ils se sont limités à la seule audition du prévenu, ensemble les plaidoiries de son mandataire, il n'empêche qu'aucun témoin de l'accusation ne fut entendu, de sorte que sur ce point l'arrêt pêche, et que le simple renvoi à l'appréciation des faits par les juges de première instance, ne saurait à lui tout seul constituer un facteur de contrebalance suffisant sans que ne soient prises des << procedural measures to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial >> tel qu'exigé par la Cour dans le précité arrêt KESKIN.

Partant, le demandeur en cassation, PERSONNE1.) dit PERSONNE1.), loin de vouloir remettre en cause à travers le présent pourvoi en cassation l'appréciation souveraine des juges du fond, mais n'exigeant que le respect minimum des règles relatives à sa présomption d'innocence, demande à votre cour de cassation de prononcer, pour violation de l'article 6 § 1, ensemble 6 § 3 d) de la convention européenne de Sauvegardes des droits et des libertés fondamentales, partant en raison de la violation du droit à un procès équitable, ensemble son droit d'interroger et de faire interroger les témoins à charge (témoins de l'accusation) et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge (témoins de la défense) dans

les mêmes conditions que les témoins à charge, lors de l'audience de jugement en appel,

- *la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 162/22 V, du 14 juin 2022, de la 5^{ème} chambre correctionnelle de la cour d'appel,*
- *le renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée, afin de statuer sur le mérite des différents moyens qui pourront y être invoqués. ».*

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation fait grief à la Cour d'appel d'avoir violé l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au procès équitable, ensemble l'article 6, paragraphe 3, point d), de la Convention, en ce que la possibilité d'interroger, sinon de confronter les témoins, lui aurait été refusée.

Le droit à faire interroger des témoins n'est pas un droit absolu. Il appartient au juge d'apprécier la nécessité d'entendre ou de réentendre un témoin, au regard des circonstances de l'affaire et des raisons avancées par la défense.

Les juges d'appel n'étaient partant pas obligés 1) d'entendre les témoins cités en première instance mais qui ne s'y étaient pas présentés et à l'audition desquels le prévenu avait renoncé et dont il n'a plus demandé l'audition en instance d'appel et 2) de réentendre d'office les témoins entendus en première instance, de sorte que la Cour d'appel n'a pas violé les dispositions visées au moyen.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation du droit conventionnel de l'article 6 § 1 (toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable) de la convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, alors qu'une durée de 15 ans pour une affaire qualifiée par le juge d'instruction, comme étant prioritaire, ne constitue pas un délai raisonnable, et que les juges de première instance et d'appel n'ont pas, dans leur jugement et arrêt, indiqué les conséquences réelles et effectives sur la peine prononcée dudit dépassement du délai raisonnable, de sorte que de ce point leurs décisions ne sont point compréhensibles dans le chef du justiciable condamné, partant non accessibles, partant il y a lieu à cassation et annulation de l'arrêt n° 162/22 V du 14 juin 2022 prononcé par la chambre correctionnelle de la cour d'appel avec renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour autrement composée afin de statuer sur le mérite des différents moyens qui pourront y être invoqués.

En effet le déroulement de la procédure est explicité à la page 17 du jugement du 30 juin 2021 et se lit comme suit :

<< Le 3 juillet 2007, le juge d'instruction a chargé la police d'une enquête et par courrier du 21 février 2008, le juge d'instruction s'est enquis de l'avancement de l'enquête, tout en précisant que l'affaire figurait sur la liste des affaires prioritaires. Des rappels ont été adressés aux enquêteurs en date des 12 février et 20 juillet 2009 par le juge d'instruction.

PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) fut convoqué pour une audition par les enquêteurs par courrier du 15 avril 2010. Cependant, celui-ci ne se présenta pas au poste de police. Son audition put finalement avoir lieu le 30 septembre 2010.

Un premier rapport a été déposé le 31 mars 2011 par les enquêteurs et un second le 30 novembre 2011.

Le 13 novembre 2013, PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) a comparu devant le juge d'instruction et a été inculpé du chef de banqueroute frauduleuse par détournement d'actifs, d'abus de biens sociaux et de banqueroute simple.

Le 27 novembre 2013, PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) a comparu une seconde fois devant le juge d'instruction.

L'instruction a été clôturée par ordonnance du juge d'instruction du 26 septembre 2014.

Par réquisitoire du 29 septembre 2014, le procureur d'Etat a demandé le renvoi de PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) devant une chambre correctionnelle et par ordonnance du 19 novembre 2014, la chambre du conseil a renvoyé le dossier au procureur d'Etat afin de compléter le dossier en adressant au juge d'instruction une réquisition en vue de permettre de se prononcer par un acte juridictionnel sur la demande formulée par PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) dans son courrier du 15 janvier 2014.

Un troisième rapport a été déposé le 9 juin 2015 par les enquêteurs.

Par ordonnance du 19 juin 2015, le juge d'instruction a prononcé la clôture de l'instruction.

Par réquisitoire du 25 juin 2015, le procureur d'Etat a demandé le renvoi de PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) devant une chambre correctionnelle et par ordonnance du 28 octobre 2015 la chambre du conseil a prononcé le renvoi de PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) devant une chambre correctionnelle.

Par citation du 9 novembre 2016, PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) a été cité à comparaître à l'audience du 28 novembre 2016. L'affaire fut remise à plusieurs reprises à la demande de PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) pour finalement paraître à l'audience du 11 décembre 2017 lors de laquelle PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) ne comparut pas.

Suite au jugement du 11 janvier 2018 prononcé par la chambre correctionnelle du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) a formé opposition le 23 janvier 2018.

Par citation du 16 décembre 2019, PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) a été cité à comparaître à l'audience du 29 janvier 2020. L'affaire fut remise à plusieurs reprises à la demande de PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) pour finalement paraître à l'audience du 9 juin 2021.

Dès lors, le Tribunal constate qu'il y a effectivement eu :

- une période d'inaction se situant entre le 3 juillet 2007 et le 15 avril 2010, cette période s'étalant sur 33 mois,*
- une période d'inaction entre le 30 novembre 2011 et le 13 novembre 2013, cette période s'étalant sur presque deux ans,*
- une période d'inaction entre le 27 novembre 2013 et le 26 septembre 2014, cette période d'inaction s'étalant sur 10 mois,*
- une période d'inaction entre le 28 octobre 2015 et le 9 novembre 2016, cette période d'inaction s'étalant sur presque 13 mois, et*
- une période d'inaction entre le 23 janvier 2018 et le 16 décembre 2019, cette période d'inaction s'étalant sur 23 mois.*

Ni l'article 6.1 précité, ni aucune autre disposition de la Convention respectivement du droit interne ne précisent cependant les conséquences que le juge du fond, qui constate le dépassement du délai raisonnable, doit en déduire.

Au vu de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, il appartient aux juridictions nationales d'appliquer, en cas de constatation du dépassement du délai raisonnable, une sanction conformément à leur système juridique. Il faut qu'il s'agisse clairement d'une sanction apportée au dépassement du délai raisonnable.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a admis, comme sanctions possibles du dépassement du délai raisonnable, l'acquittement, la réduction de la peine, l'irrecevabilité des poursuites et l'abandon des poursuites par le Parquet.

La jurisprudence luxembourgeoise suit en règle générale la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, selon laquelle "lorsque le juge du fond constate régulièrement que le délai raisonnable a été dépassé, il ne peut déclarer l'action publique irrecevable ou éteinte par ce motif ; le cas échéant il peut réduire la peine au minimum légal, voire se borner à déclarer le prévenu coupable" (arrêt du 9 décembre 1997, J.T. 1998, page 792 ; voir encore arrêt du 10 décembre 2002 : le dépassement du délai raisonnable n'entraîne pas l'extinction de l'action publique).

Il convient d'ajouter que le législateur belge a introduit au titre préliminaire du code d'instruction criminelle belge un article 21ter qui dispose que "si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, le juge peut prononcer la condamnation par simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi".

Il ressort des développements qui précèdent que le délai raisonnable a été dépassé en l'espèce, de sorte qu'il convient d'alléger la peine à prononcer contre le prévenu alors qu'il a dû accepter l'incertitude quant au sort de l'action publique pendant une période prolongée.

Le Tribunal retient qu'il y a lieu de considérer ce dépassement dans la détermination de la peine à prononcer à l'encontre du prévenu PERSONNE1.) dit PERSONNE1.).

- *Quant à la détermination de la peine :*

Plusieurs faits de banqueroute constituent des infractions distinctes qui sont en concours réel entre elles (CSJ, 7 juillet 2009, n° 353/09 ; CSJ, 1^{er} juillet 2009, n° 345/09). Il en est de même pour les deux abus de biens sociaux. Les détournements et prélèvements sont en effet séparés dans le temps et ont nécessité chacun une nouvelle résolution criminelle. En application de l'article 60 du Code pénal, la peine la plus forte sera dès lors seule prononcée ; cette peine pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

° L'infraction de banqueroute frauduleuse est punie de la peine de réclusion de cinq à dix ans selon l'article 489 du Code pénal. En vertu de la décriminalisation opérée par la chambre du conseil et en application de l'article 74 du Code pénal, cette peine est commuée en peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans.

° L'infraction d'abus de biens sociaux est punie, en application de l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 euros à 25.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

La peine la plus forte, donc celle à encourir par le prévenu, est celle comminée pour l'infraction d'abus de biens sociaux.

Dans l'appréciation de la peine, le Tribunal prend en l'espèce en considération le montant élevé des détournements, l'absence de collaboration du prévenu, respectivement de prise de conscience et son attitude lors de l'enquête, de l'instruction et de l'audience.

En considération des renseignements à disposition du Tribunal quant à la situation financière du prévenu, ensemble la gravité des infractions retenues, tout en tenant compte du dépassement du délai raisonnable, et en application de l'article 78 du Code pénal, il y a lieu de condamner PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) à une peine d'emprisonnement de 6 mois et à une amende correctionnelle de 8.000 euros. >>.

Or, il résulte de ce qui précède que, ni le tribunal de première instance, ni la cour d'appel n'ont précisément indiqué la conséquence sur la peine du dépassement du délais raisonnable et que l'actuel demandeur en cassation ne saurait apprécier réellement et effectivement les conséquences sur sa peine dudit dépassement du délai

raisonnable, étant entendu que la procédure a duré, pour une simple affaire correctionnelle, qualifiée de surcroît prioritaire par le juge d'instruction, quelque 15 années.

Or, il aurait appartenu aux juridictions de fixer la peine sans prise en considération du dépassement du délai raisonnable pour ensuite réapprécier la peine à prononcer en considération du dépassement dudit délai, afin que le demandeur en cassation puisse apprécier l'influence réelle et effective de la diminution de sa peine fondée sur le dépassement du délai raisonnable.

Cependant, le jugement et l'arrêt, pèchent quant à ce point, non seulement au regard de la peine prononcée, mais encore au regard des conséquences sur le volet civil causées par cet oubli, étant entendu qu'en fixant le cours des intérêts au jour du décaissement, les décisions judiciaires font peser sur le seul demandeur en cassation les conséquences du dépassement du délai raisonnable, ce qui ne saurait se concevoir, de sorte que pour tenir réellement et effectivement compte du dépassement du délais raisonnable, il aurait appartenu aux précitées juridiction de fixer le cours des intérêts, non au jour du décaissement des sommes, mais bien au jour du prononcé du jugement sinon de l'arrêt.

Partant, l'arrêt est à casser annuler et l'affaire à renvoyer devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel autrement composée afin de statuer sur le mérite des différents moyens susceptibles d'y être invoqués.

Partant, le demandeur en cassation, PERSONNE1.) dit PERSONNE1.), loin de vouloir remettre en cause à travers le présent pourvoi en cassation l'appréciation souveraine des juges du fond, mais n'exigeant que le respect minimum des règles relatives au délai raisonnable, demande à votre cour de cassation de prononcer, pour violation de l'article 6 § 1, de la convention européenne de Sauvegardes des droits et des libertés fondamentales, partant en raison de la violation du droit à un procès équitable dans un délai raisonnable,

- la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 162/22 V, du 14 juin 2022, de la 5^{ième} chambre correctionnelle de la cour d'appel,*
- le renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée, afin de statuer sur le mérite des différents moyens qui pourront y être invoqués. ».*

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation fait valoir que la motivation de la décision de la Cour d'appel ne lui permet pas de vérifier si, en l'espèce, le dépassement du délai raisonnable, bien que dûment constaté, a été pris en compte de manière réelle et effective lors de la fixation du quantum de sa peine.

Sous le couvert du grief tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, des conséquences à tirer du dépassement du délai raisonnable sur la peine à prononcer,

appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il s'ensuit que le moyen ne saurait être accueilli.

Il résulte de l'arrêt attaqué que l'appel au civil du demandeur en cassation a été déclaré irrecevable. Il s'ensuit que la Cour d'appel n'avait pas à se prononcer sur les conséquences éventuelles du dépassement du délai raisonnable sur l'action civile, de sorte que le moyen manque en fait.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 7,75 euros.

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

MAGISTRAT2.), conseiller à la Cour de cassation, président,
MAGISTRAT3.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT4.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT5.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT6.), conseiller à la Cour d'appel,

qui, à l'exception du conseiller MAGISTRAT2.), qui se trouvait dans l'impossibilité de signer, ont signé le présent arrêt avec le greffier à la Cour GREFFIER1.).

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le conseiller MAGISTRAT3.) en présence du procureur général d'Etat adjoint MAGISTRAT1.) et du greffier GREFFIER1.).

Conclusions du Parquet Général dans le cadre du pourvoi en cassation

de PERSONNE1.) dit PERSONNE1.),

en présence de la partie civile Maître AVOCAT2.), pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.),

en présence du Ministère public

(Affaire numéro CAS-2022-00071 du registre)

Par déclaration faite le 13 juillet 2022 au greffe de la Cour Supérieure de Justice, Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, forma au nom et pour le compte de PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) un pourvoi en cassation au pénal et au civil contre l'arrêt n° 162/22 V de la Cour d'appel, du 14 juin 2022.

Cette déclaration de recours a été suivie en date du 11 août 2022 du dépôt d'un mémoire en cassation, signé par Maître AVOCAT1.), signifié antérieurement à son dépôt à la partie civile Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.).

Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt définitif rendu en matière correctionnelle, de sorte qu'il est susceptible de faire l'objet d'un pourvoi au regard des articles 216, 407 et 416 du Code de procédure pénale.

Il respecte les conditions de recevabilité définies par les articles 41 et 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation¹.

Il en suit qu'il est recevable.

¹ Le délai du pourvoi, d'un mois, prévu par l'article 41 de la loi précitée de 1885 a été respecté, la déclaration du pourvoi, le 13 juillet 2022, contre un arrêt contradictoire prononcé le 14 juin 2022, ayant eu lieu moins d'un mois après la date du prononcé de l'arrêt attaqué. Le délai du dépôt du mémoire, d'un mois, prévu par l'article 43, alinéa 1, de la même loi a de même été respecté, le mémoire ayant été déposé le 11 août 2022, donc moins d'un mois après la date de la déclaration de pourvoi (du 13 juillet 2022). Le mémoire de la partie condamnée et défenderesse au civil a été, conformément à l'article 43, alinéa 2, de la loi précitée, signifié à la partie civile antérieurement à son dépôt. Le mémoire a été, conformément à l'article 43, alinéa 1, précité, signé par un avocat à la Cour, il précise les dispositions attaquées et contient les moyens de cassation.

Sur les faits

Il résulte de l'arrêt attaqué que PERSONNE1.) dit PERSONNE1.) avait été condamné par défaut par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour banqueroute frauduleuse par détournement d'actif et abus de biens sociaux à une peine d'emprisonnement de douze mois et à une amende et au paiement d'un montant à la partie civile, Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.). Sur opposition du prévenu, une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait retenu ces mêmes infractions et condamné le prévenu à une peine d'emprisonnement de six mois et à une amende ainsi qu'au paiement d'un montant à la partie civile. Sur appel au pénal et au civil du prévenu et appel incident du Ministère public, la Cour d'appel confirma le jugement entrepris.

Sur le premier moyen de cassation

Le premier moyen est tiré de la violation des articles 190-1 et 210 du Code de procédure pénale, en ce que la Cour d'appel a d'abord entendu le prévenu et ensuite seulement le Ministère public et qu'elle a omis de procéder à l'interrogatoire de témoins, alors que, première branche, les articles visés l'obligeaient d'entendre d'abord le Ministère public et ensuite seulement le prévenu et que, seconde branche, ils l'obligeaient à interroger des témoins.

L'article 210 du Code de procédure pénale, tel qu'il a été modifié par l'article 15 de la loi du 9 décembre 2021 portant modification du Code de procédure pénale², applicable à l'occasion de la tenue de l'audience de la Cour d'appel, qui a eu lieu postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi³, à savoir le 24 mai 2022⁴, dispose que :

« Art. 210. Avant que les juges émettent leur opinion, la partie ayant relevé appel principal expose sommairement les motifs de son appel, ensuite les autres parties ont la parole dans la forme et dans l'ordre prescrits par l'article 190-1 ».

L'ordre de la parole des parties auquel il est ainsi renvoyé est celui prévu par l'article 190-1, paragraphe 4, du Code de procédure pénale, qui a également été adopté sous cette forme modifiée par la loi précitée du 9 décembre 2021 :

« Art. 190-1. [...]

(4) L'instruction à l'audience terminée, la partie est entendue en sa demande, s'il y a lieu, le ministère public prend ses conclusions et le prévenu et, s'il y a lieu, la personne civilement responsable, présentent leur défense. La partie civile et le ministère public peuvent répliquer. Le prévenu ou son conseil ont toujours la parole en dernier.

² Mémorial, A, 2021, n° 861 du 10 décembre 2021.

³ La loi nouvelle, qui n'a pas fixé un autre délai d'entrée en vigueur, est entrée en vigueur conformément à l'article 4 de la loi du 23 décembre 2016 concernant le Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg (Mémorial, A, 2016, n° 309 du 28 décembre 2016, page 6460), le quatrième jour qui suivait celui de sa publication au Mémorial, intervenue le 10 décembre 2021, de sorte que la loi est entrée en vigueur le 14 décembre 2021.

⁴ Voir l'arrêt attaqué, page 20, troisième et quatrième alinéa. Les lois de procédure pénale ont, en règle, un effet immédiat, donc s'appliquent immédiatement aux procédures en cours (Franklin KUTY, Principes généraux du droit pénal belge, Tome I, La loi pénale, 3^e édition, Bruxelles, Larcier, 2018, n° 498, page 353).

[...] ».

Le demandeur en cassation regroupe dans son moyen deux reproches différents. Il soutient, d'une part, que la Cour d'appel a méconnu l'ordre des plaidoiries défini par les articles précités en obligeant le prévenu à présenter sa défense avant le réquisitoire du Ministère public. Il critique, d'autre part, que les articles précités auraient obligé la Cour d'appel à procéder à une instruction à l'audience impliquant l'audition de témoins. Ces deux critiques constituent en fait, même si le moyen est présenté d'une façon décousue, deux branches qui sont à distinguer et qui sont dès lors, pour des motifs de clarté du propos, analysées successivement.

Sur la première branche du moyen

Le demandeur en cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir inversé l'ordre des plaidoiries imposé par les articles précités en l'ayant obligé à plaider avant le Ministère public.

Cette critique procède d'une mauvaise lecture des dispositions citées. En effet, si la réforme de la loi du 9 décembre 2021 a inversé l'ordre des plaidoiries en première instance, en disposant dans l'article 190-1, paragraphe 4, nouveau, du Code de procédure pénale, que « *le ministère public prend ses conclusions et le prévenu [...] présente[...] [sa] défense* », elle prévoit que, en instance d'appel, la parole est d'abord à « *la partie ayant relevé appel principal [qui] expose sommairement les motifs de son appel* ». Ce n'est qu'ensuite que « *les autres parties ont la parole* », et ce « *dans la forme et dans l'ordre prescrits par l'article 190-1* ».

Il en suit que si, comme en l'espèce⁵, c'est le prévenu qui forme appel au principal, il appartient au prévenu de prendre la parole en premier pour exposer les motifs de son appel.

La Cour d'appel, en donnant d'abord la parole au prévenu, appelant principal, loin de méconnaître la loi, s'est donc strictement limitée à appliquer celle-ci.

Cet ordre de parole, prévu par la loi, s'impose pour permettre un déroulement utile des débats en instance d'appel. Ces débats ont pour objet de discuter des moyens d'appel de l'appelant, ce qui suppose nécessairement que les autres parties puissent connaître ces moyens. Il ne ferait donc aucun sens d'obliger ces autres parties à prendre la parole en premier aux fins de répondre par anticipation à des moyens ignorés par elles. L'instance d'appel se distingue de ce point de vue de la première instance, dont l'objet est de discuter du bien-fondé de la poursuite pénale, dont la charge de la preuve incombe au Ministère public, ce qui peut justifier d'obliger ce dernier à prendre la parole en premier lieu.

Outre d'avoir respecté scrupuleusement la loi en obligeant le prévenu, appelant principal, à prendre la parole en premier aux fins d'exposer ses moyens d'appel, la Cour d'appel a pris soin, ainsi que le constate son arrêt, à donner au prévenu la parole en dernier⁶.

Il en suit que la première branche du moyen n'est pas fondée.

⁵ Arrêt attaqué, même page, premier alinéa.

⁶ Idem, même page, huitième alinéa.

Sur la seconde branche du moyen

Le demandeur en cassation critique encore que la Cour d'appel a omis de procéder à l'audition de témoins, ce qui méconnaîtrait l'article 190-1 du Code de procédure pénale, auquel renvoie l'article 210 de ce Code.

Cette critique procède, à nouveau, d'une mauvaise lecture de la loi.

L'article 210 ne renvoie, en effet, à l'article 190-1 que pour déterminer la forme et l'ordre de la prise de parole des parties autres que l'appelant principal, donc, selon les cas, le prévenu, le Ministère public ou la partie civile : « *ensuite les autres parties ont la parole dans la forme et dans l'ordre prescrits par l'article 190-1* ». Cet ordre de parole est défini par le paragraphe 4 de l'article 190-1. L'audition des témoins, qui ne sont pas des parties, prévue par le paragraphe 3 de l'article précité, est étrangère à ce renvoi. La procédure devant la Cour d'appel ne comporte donc pas l'audition de témoins. Celle-ci peut certes être demandée par les parties et ordonnée par la Cour d'appel. Elle n'a cependant, contrairement à la procédure suivie en première instance, pas lieu d'office. Vous avez confirmé cette analyse dans votre arrêt n° 145/2022 pénal, numéro CAS-2022-00027 du registre, du 1^{er} décembre 2012, précisant, en réponse à un moyen similaire relatif à une procédure d'appel sous l'empire de la loi du 9 décembre 2021, qu'aucune prescription légale n'oblige la Cour d'appel à réentendre les témoins entendus en première instance⁷.

Il en suit que la seconde branche du moyen n'est pas fondée.

Le premier moyen n'est, partant, pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation

Le deuxième moyen est tiré de la violation de l'article 3 de la directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales⁸, de l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 6, paragraphe 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que la Cour d'appel a donné la parole en premier au prévenu, sans que des témoins n'aient été entendus et avant le réquisitoire du Ministère public, alors que cette manière de procéder, qui est contraire à la loi, méconnaît la présomption d'innocence parce qu'elle empêche le prévenu de présenter ses moyens de défense en connaissance de cause.

Le deuxième moyen reprend la critique exposée par le premier moyen, en soutenant que la décision de la Cour d'appel de donner d'abord la parole au prévenu et ensuite seulement au Ministère public et à la partie civile violerait, outre la loi, également la présomption d'innocence.

Il a été vu ci-avant, dans le cadre de la discussion du premier moyen, que l'ordre de parole appliqué en l'espèce par la Cour d'appel a scrupuleusement respecté la loi, à savoir les articles 210 et 190, paragraphe 4, du Code de procédure pénale.

⁷ Réponse au troisième moyen. Le premier moyen auquel vous avez répondu dans votre arrêt, en le rejetant, est similaire au premier moyen du présent pourvoi.

⁸ Journal officiel de l'Union européenne L 65 du 11.3.2016, page 1.

Pour soutenir que cet ordre méconnaîtrait la présomption d'innocence, le demandeur en cassation fait soutenir que l'obligation de prendre la parole en premier lieu l'aurait empêché à présenter ses moyens de défense en connaissance de cause⁹.

Sans préjudice du point de savoir si l'ordre de parole à l'audience de la juridiction pénale de fond est susceptible de mettre en cause la présomption d'innocence dans le cadre d'une procédure qui a, comme en l'espèce, donné lieu à une instruction préparatoire, à une procédure de règlement devant les juridictions d'instruction et à une ordonnance de renvoi informant le prévenu avec précision des faits qui lui sont reprochés, le prévenu se voyant en outre garanti par la loi le droit d'avoir la parole en dernier, le reproche méconnaît l'objet de l'instance d'appel. Celle-ci permet au prévenu lorsqu'il forme, comme en l'espèce, appel principal, de critiquer le jugement de première instance qui l'a condamné. Elle a pour objet d'apprécier le bien-fondé de ces critiques. Le prévenu a dans l'instance d'appel dans le cadre de laquelle il a formé appel principal contre le jugement qui l'a condamné, la qualité de demandeur, à qui il incombe d'exposer ses moyens d'appel. L'appelant n'étant pas tenu de motiver son appel au moment où il l'introduit, ni d'informer les autres parties de ses moyens d'appel antérieurement à l'audience, celles-ci ignorent au moment de cette audience la nature et l'objet des critiques que l'appelant s'appropriera à soutenir. Elles ne sont donc forcément pas en mesure de prendre position par rapport à celles-ci avant que l'appelant ne les ait exposées. Un débat utile en instance d'appel suppose donc nécessairement que l'appelant principal commence par exposer ses moyens d'appel.

Par ailleurs, l'objet de l'instance d'appel étant de statuer sur les critiques dirigées par les appelants contre le jugement entrepris, la mission de la Cour d'appel se limite à statuer sur ces critiques, le jugement entrepris étant, sous réserve des moyens d'appel et d'éventuelles illégalités à soulever d'office, acquis. La question d'une instruction complémentaire, notamment par audition de témoins, ne se pose donc que si celle-ci est jugée pertinente par la Cour d'appel pour décider du bien-fondé des moyens d'appel. Il s'ensuit qu'une telle instruction n'est pas effectuée d'office, conformément aux articles 210 et 190-1, paragraphe 4, du Code de procédure pénale.

Le grief du demandeur en cassation, d'avoir vu sa présomption d'innocence violée en ayant été, en sa qualité d'appelant principal, invité à prendre la parole en premier, ce qui l'aurait empêché de s'exprimer en connaissance de cause, procède donc d'une mauvaise compréhension de la procédure d'appel, partant, manque en fait.

Dans votre arrêt précité n° 145/2022 pénal, numéro CAS-2022-00027 du 1^{er} décembre 2022, vous avez déclaré un moyen similaire non fondé au motif que « [l]a demanderesse en cassation n'établit pas en quoi le fait pour la Cour d'appel d'avoir inversé l'ordre de parole entre le ministère public et la prévenue en lui donnant la parole avant d'entendre le réquisitoire du ministère public, alors qu'il est constant que la prévenue a eu la parole en dernier, aurait porté atteinte à la présomption d'innocence »¹⁰.

Il en suit que le moyen manque en fait, sinon n'est pas fondé.

⁹ Mémoire en cassation, page 9, dernier alinéa.

¹⁰ Réponse au deuxième moyen.

Sur le troisième moyen de cassation

Le troisième moyen est tiré de la violation de l'article 6, paragraphes 1, et 3, d), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que la Cour d'appel a refusé d'ordonner l'audition des témoins à charge ainsi que celle des témoins à décharge, PERSONNE3.) et PERSONNE4.), ces derniers n'ayant pas non plus été entendus en première instance, ce refus n'ayant été motivé ni en première instance ni en instance d'appel, alors que l'article 190-1, paragraphe 3, du Code de procédure pénale oblige d'entendre les témoins à charge et à décharge, que cette disposition est applicable en instance d'appel sur base des articles 210 et 211 du même Code et qu'à défaut d'avoir eu l'occasion de confronter les témoins à charge et de faire entendre les témoins à décharge, le demandeur en cassation s'est vu priver d'un procès équitable.

Dans son troisième moyen, le demandeur en cassation critique la Cour d'appel de ne pas avoir entendu les témoins à charge et à décharge et de ne pas avoir motivé ce refus. Cette audition serait, selon lui, imposée par l'article 190-1, paragraphe 3, du Code de procédure pénale, qui serait applicable par l'effet des articles 210 et 211 du même Code.

Il a été vu ci-avant que si l'article 210 renvoie à l'article 190-1 du Code précité, ce renvoi est à comprendre comme visant le paragraphe 4 de ce dernier article, relatif à l'ordre de la prise de parole des parties à l'audience, mais non le paragraphe 3, relatif à l'audition des témoins. L'article 211 du même Code, qui dispose que « [l]es dispositions des articles précédents sur la solennité de l'instruction, la nature des preuves, la forme, l'authenticité et la signature du jugement définitif de première instance, la condamnation aux frais, ainsi que les peines que ces articles prononcent seront communes aux jugements rendus sur l'appel », n'opère pas non plus de renvoi à cette disposition. Vous avez confirmé cette analyse dans votre arrêt précité n° 145/2022 pénal, numéro CAS-2022-00027 du registre, du 1^{er} décembre 2012, en y précisant qu'aucune prescription légale n'oblige Cour d'appel à réentendre les témoins entendus en première instance¹¹.

Suivant l'arrêt attaqué, le demandeur en cassation n'a pas demandé en instance d'appel l'audition de témoins, que ce soit à charge ou à décharge. S'agissant du défaut d'audition en première instance de témoins à décharge cités par le demandeur en cassation, il résulte par ailleurs du jugement sur opposition n° 1442/2021 rendu en cause en date du 30 juin 2021 par la dix-neuvième chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, qui est le jugement entrepris ayant donné lieu à l'arrêt attaqué, que « Maître AVOCATI.) renonça à l'audition des témoins PERSONNE4.) et PERSONNE3.) qu'il a cités à l'audience [du 9 juin 2021] et qui ne se sont pas présentés »¹². Or, à défaut par le demandeur en cassation d'avoir demandé en instance d'appel l'audition des témoins entendus en première instance ou y cités, mais n'y ayant pas été entendus, la Cour d'appel n'a pas violé les dispositions visées au moyen¹³. Il ne saurait non plus être reproché à la Cour d'appel d'avoir omis de sanctionner les juges de première instance de ne pas avoir entendu les témoins à décharge cités par le demandeur en cassation, mais n'ayant pas comparu, le demandeur en cassation ayant renoncé à les faire entendre. Il ne saurait encore être reproché à la Cour d'appel d'avoir omis de sanctionner un refus de motivation du défaut d'audition de ces témoins, le jugement de première instance ayant, par les motifs précités, précisé pourquoi cette audition

¹¹ Réponse au troisième moyen.

¹² Jugement précité, figurant au dossier répressif, page 3, avant-dernier alinéa.

¹³ Voir votre arrêt précité n° 145/2022 pénal, numéro CAS-2022-00027 du registre, du 1^{er} décembre 2012 (réponse au troisième moyen).

n'avait pas eu lieu. Il ne saurait enfin être reproché à la Cour d'appel d'avoir omis de motiver pourquoi ces témoins n'ont pas été entendus en instance d'appel, une telle audition supposant une demande du prévenu (d'entendre en l'occurrence des témoins à l'audition desquels il renonça en première instance), qui n'a pas été présentée.

Il en suit que le troisième moyen n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation

Le quatrième moyen est tiré de la violation de l'article 6, paragraphes 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que la Cour d'appel, tout en constatant un dépassement du délai raisonnable, n'a pas précisé les conséquences qu'elle en tire au regard de la peine et a omis d'en tirer des conséquences au regard de l'action civile, alors que, première branche, elle aurait dû préciser les conséquences de ce dépassement au regard de la peine et, seconde branche, elle aurait dû en tirer des conséquences au regard de l'action civile, en faisant courir les intérêts, non du jour du décaissement des sommes, mais de celui du jugement.

Le demandeur en cassation présente dans le quatrième moyen une double critique, reprochant à la Cour d'appel d'avoir omis de préciser les conséquences du dépassement du délai raisonnable en ce qui concerne la peine et de ne pas en avoir tiré des conséquences en ce qui concerne l'action civile.

Sur la première branche

En l'espèce, la Cour d'appel confirma le jugement entrepris en ce que ce dernier avait retenu un dépassement du délai raisonnable de procédure¹⁴. S'agissant de la peine, elle retint que :

« La peine d'emprisonnement de six mois, assortie quant à son exécution d'un sursis intégral, tel qu'il ressort de la motivation du jugement, et de la peine d'amende de 8.000 euros sont légales. Celles-ci sont également adéquates compte tenu, d'un côté, de la gravité des faits et, de l'autre côté, des aveux du prévenu, de l'absence d'antécédents judiciaires dans son chef ainsi que du dépassement du délai raisonnable en l'espèce »¹⁵.

Elle a donc, par l'application d'une peine de loin inférieure au maximum légal, qui était, ainsi qu'il avait été précisé par les juges de première instance, un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 euros à 25.000 euros¹⁶, précisé les conséquences du dépassement du délai raisonnable en se limitant à prononcer, en présence de faits dont elle souligne pourtant la gravité, une peine d'emprisonnement de six mois seulement, de surcroît assortie du sursis intégral, et une amende de 8.000 euros.

¹⁴ Arrêt attaqué, page 25, cinquième alinéa : « En l'espèce, il faut constater à l'instar des juges de première instance, qu'il y a dépassement du délai raisonnable dans la mesure où il y a eu cinq périodes d'inaction qui sont excessives de sorte qu'il y a dépassement du délai raisonnable en l'espèce ».

¹⁵ Idem, page 28, quatrième alinéa (c'est nous qui soulignons).

¹⁶ Idem, page 18, sous « Quant à la détermination de la peine », premier et deuxième alinéa, la peine applicable étant celle du délit d'abus de biens sociaux.

Il en suit que le moyen manque en fait.

Sur la seconde branche

Le demandeur en cassation reproche encore à la Cour d'appel d'avoir omis de tirer des conséquences du dépassement du délai raisonnable en ce qui concerne l'action civile.

Il avait formé appel, outre au pénal, également au civil¹⁷. Or, cet appel avait été déclaré irrecevable par la Cour d'appel :

« La recevabilité des appels :

Les appels au pénal de PERSONNE1.) et du ministère public sont recevables pour avoir été interjetés dans les formes et délai de la loi.

En revanche, PERSONNE1.) n'a pas intérêt à interjeter appel au civil contre un jugement qui a uniquement statué sur la question de la recevabilité de l'opposition relevée le 23 janvier 2018 par lui et qui a déclaré à juste titre irrecevable au niveau civil l'opposition relevée par celui-ci contre le jugement par défaut le 11 janvier 2018.

En effet, aux termes de l'article 187 du Code de procédure pénale l'opposition, pour produire l'effet légal y disposé, doit être notifiée par le prévenu au ministère public et à la partie civile dans les quinze jours suivant la signification ou la notification, au prévenu, du jugement rendu par défaut à son égard.

En l'occurrence, il faut constater à l'instar du tribunal, qu'il est constant en cause que l'opposition relevée par PERSONNE1.) le 23 janvier 2018 contre le jugement rendu par défaut le 11 janvier 2018 n'a pas été notifiée à la partie civile, Maître AVOCAT2.).

Dès lors, l'opposition a été à bon droit déclarée irrecevable par le tribunal et il convient de confirmer le jugement sur ce point.

Par conséquent, son appel au civil est irrecevable. »¹⁸.

N'ayant pas été saisie d'un appel au civil recevable, elle était dépourvue de compétence pour se prononcer sur la question des conséquences éventuelles du dépassement du délai raisonnable sur l'action civile.

Le moyen est donc étranger à l'arrêt attaqué, de sorte qu'il est irrecevable.

Conclusion :

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

¹⁷ Idem, page 20, premier alinéa.

¹⁸ Idem, page 23, antépénultième alinéa, à page 24, troisième alinéa.

Pour le Procureur général d'Etat
Le Procureur général d'Etat adjoint

MAGISTRAT1.)