

**Arrêt N° 57/08 V.
du 29 janvier 2008**

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du vingt-neuf janvier deux mille huit l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

X, serveur, né le (...) à (...) (F), demeurant à L-(...)

prévenu, **appelant**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 13^e chambre correctionnelle, le 23 janvier 2007, sous le numéro 300/07, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu l'ordonnance n° 1819/05 du 11 octobre 2005 rendue par la Chambre du Conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, renvoyant les prévenus **Y** et **X** moyennant application de circonstances atténuantes devant une chambre correctionnelle de ce même tribunal.

Vu la citation à prévenu du 20 septembre 2006, régulièrement notifiée aux prévenus.

Vu l'instruction diligentée par le juge d'instruction.

Vu les procès-verbaux n° 1/9728/03 du 17 novembre 2003, 1/9739/03 du 21 novembre 2003, 1/9732/03 du 21 novembre 2003, 1/9735/03 du 21 novembre 2003, 1/9733/03 du 21 novembre 2003, 1/9734/2003 du 21 novembre 2003, 1/9737/03 du 21 novembre 2003, 1/9738/03 du 21 novembre 2003, 1/9748/03 du 26 novembre 2003, 1/9035/04 du 12 janvier 2004 et 1/9727/03 du 14 novembre 2003 dressés par le Service de Police Judiciaire.

Vu les rapports n° SDV 142/2003 et SDV 144/2003 du 21 novembre 2003 dressés par le Service de Contrôle à l'Aéroport.

Vu les rapports n° 1/9771/03 du 3 décembre 2003, 1/9764/03 du 2 décembre 2003, 1/9730/03 du 19 novembre 2003, 1/9842/03 du 19 décembre 2003, 1/9029/04 du 9 janvier 2004, 23/102/04 du 8 mars 2004, 23/007/04 du 26 janvier 2004, 2003/68420/2004/641 du 13 avril 2004 et 1/9007/03 du 5 janvier 2004 dressés par le Service de Police Judiciaire.

Les faits :

Le Service de Police Judiciaire a été contacté le 17 novembre 2003 de la part du Service Card Risk Management de la société Centre de Transferts Electroniques S.C (ci-dessous Cetrel), en relation avec une plainte introduite le 22 octobre 2003 relative à des fraudes moyennant des cartes de paiement. Les données électroniques des cartes ont été copiées au restaurant **RESTO.1** à (...), par un membre du personnel, le 9 et 11 octobre 2003. Ensuite des contrefaçons de ces cartes ont été utilisées comme moyen de paiement dans la région parisienne, au sein de divers commerces. Concernant ces faits, le procès-verbal n°1/9727/03 a été dressé le 14 novembre 2003 par le Service de Police Spéciale contre inconnu. Le dénommé **Z**, membre du personnel au restaurant **RESTO.1** est soupçonné d'avoir participé à ces infractions. Ledit procès-verbal a été envoyé au Parquet de Diekirch pour raison de compétence.

Le Service Card Risk Management Cetrel a constaté que des cartes de paiement Visa contrefaites, portant des données émises au Luxembourg, ont été utilisées dans divers commerces en région parisienne. Plusieurs établissements fréquentés par les fraudeurs sont également apparus dans le cadre de l'enquête mentionnée en relation avec le restaurant **RESTO.1**. Les recherches effectuées par les enquêteurs ont permis d'établir que le point de compromission se situait cette fois-ci au restaurant **RESTO.2** à L-(...) et que les cartes Visa portant les numéros (...), (...), (...) et (...) ont été copiées dans ce restaurant moyennant un appareil spécial, dit « skimmer », utilisé pour ce genre de fraude.

Les données électroniques ainsi obtenues ont été utilisées par la suite pour la reproduction de cartes falsifiées.

Les membres du personnel du restaurant **RESTO.2**, **TÉM.1**, **X** et **Y**, étaient soupçonnés d'avoir participé à cette sorte de fraude, de sorte qu'une perquisition à leur domicile a été effectuée le 21 novembre 2003 sur ordonnance du juge d'instruction.

La perquisition au domicile d'**TÉM.1** a permis de saisir un téléphone portable.

Lors de la perquisition au domicile de **X** divers bouts de papier portant quelques notices ont été saisis. Aucune carte de paiement et aucun objet destiné à frauder ou à copier des cartes n'a pu être trouvé.

Dans l'appartement habité par **Y** ont été saisis un « skimmer », une carte d'identité française établi au nom de **TÉM.2**, un récépissé de demande de carte de séjour français au nom de **Y**, une carte d'identité française au nom de **TÉM.3**, un passeport algérien au nom d'**TÉM.4**, un passeport algérien au nom de **TÉM.5** et un permis de conduire algérien établi au nom de **TÉM.5**.

I) Quant aux préventions reprochées au prévenu Y

Le Ministère Public reproche à Y sous le point I) sub 1), sub 2) et sub 4) de l'ordonnance de renvoi d'avoir à Luxembourg signé une demande d'entrée en relation de compte avec la **BANQUE.1** à Luxembourg S.A par une fausse signature, d'avoir fait usage d'une carte d'identité française fabriquée, contrefaite, falsifiée ou altérée, et d'avoir publiquement pris un nom qui ne lui appartient pas.

Le Ministère Public reproche à Y sous le point I) sub 3), d'avoir, en septembre 2002, à Paris, acheté de manière illicite une carte d'identité française pour le prix de 120 euros

L'article 5-1 du Code d'Instruction Criminelle prévoit que l'étranger, trouvé au Grand-Duché de Luxembourg, qui aura commis à l'étranger une des infractions prévues aux articles 198 et 199bis du Code pénal, pourra être poursuivi et jugé au Grand-Duché, bien que le fait ne soit pas puni par la législation du pays où il a été commis et que l'autorité luxembourgeoise n'ait pas reçu soit une plainte de la partie offensée, soit une dénonciation de l'autorité du pays où l'infraction a été commise.

Il en résulte que le tribunal est compétent pour statuer sur la prévention libellée sub I) 3) dans l'ordonnance de renvoi.

Y est en aveu d'avoir commis les infractions lui reprochées par le Ministère Public.

Le prévenu est partant convaincu au vu des éléments du dossier répressif, ensemble les déclarations claires, précises et non-équivoques du témoin **TÉM.7** et ses aveux complets à l'audience :

« I. comme auteur, ayant lui-même commis les infractions,

*1) en date du 28 mars 2003 à la **BANQUE.1** à Luxembourg s.a., Agence (...), sise à (...),*

dans une intention frauduleuse et à dessin de nuire, avoir commis un faux en écritures authentiques ou publiques, en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées, soit par fausses signatures, soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures, soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges ou par leurs insertions après coup dans les actes, soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes ont pour objet de recevoir ou de constater,

*en l'espèce, d'avoir signé la demande d'entrée en relation de compte avec la **BANQUE.1** à Luxembourg s.a. par une fausse signature;*

*2) depuis un temps non prescrit et notamment le 28 mars 2003, ainsi que le 21 novembre 2003, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment à la **BANQUE.1** à Luxembourg s.a., Agence (...), sise à (...), ainsi qu'à son domicile sis à L-(...),*

d'avoir contrefait, falsifié ou altéré un passeport, une demande de passeport, un certificat de nationalité, une carte d'identité, un livret ou tout autre papier de légitimation, un permis de chasse ou de pêche, un permis de conduire, un port d'arme, une autorisation de commerce, d'embauche ou tout autre permis, autorisation ou agrégation relevant de la compétence d'une autorité publique luxembourgeoise ou étrangère, ou d'avoir fait usage d'une de ces pièces fabriquées, contrefaites, falsifiées ou altérées,

*en l'espèce, d'avoir fait usage d'une carte d'identité française fabriquée, contrefaite, falsifiée ou altérée, à savoir de la carte d'identité française no (...) au nom d'**TÉM.2**, né le 4 mai 1975 à Paris;*

3) en septembre 2002, à Paris,

d'avoir acheté, vendu, acquis ou cédé même gratuitement un passeport, une demande de passeport, un certificat de nationalité, une carte d'identité ou tout autre papier de légitimation, un permis de chasse ou de pêche, un permis de conduire, un port d'arme, une autorisation de commerce, d'embauche ou tout autre permis, autorisation ou agrégation relevant de la compétence d'une autorité luxembourgeoise ou étrangère, peu importe que la pièce en question soit authentique ou fausse,

*en l'espèce, d'avoir acheté de manière illicite la carte d'identité française no (...) au nom d'**TÉM.2**, né le 4 mai 1975 à Paris, pour le prix de 120 euros;*

4) depuis un temps non prescrit et notamment le 28 mars 2003, ainsi que le 21 novembre 2003 dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment à la **BANQUE.1 à Luxembourg s.a., Agence (...), sise à Luxembourg, (...), ainsi qu'à son domicile sis à L(...), d'avoir publiquement pris un nom qui ne lui appartient pas, en l'espèce, d'avoir publiquement pris le nom d'**TÉM.2**, partant un nom qui ne lui appartient pas ».**

II) Quant aux préventions reprochées aux prévenus Y et X sous le point sub II) A) de l'ordonnance de renvoi

Le Ministère Public reproche sous le point sub II) A) 2) de l'ordonnance de renvoi à Y et à X d'avoir, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, soustrait frauduleusement les cartes de paiement électroniques n° (...), (...), (...) et (...) avec la circonstance que ces vols ont été commis dans la maison du maître et qu'au moment des faits les prévenus se trouvaient au service de celui-ci. A titre subsidiaire, le Ministère Public reproche à Y et à X d'avoir, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, soustrait frauduleusement les données électroniques enregistrées sur les cartes de paiement électroniques n° (...), (...), (...) et (...) avec la circonstance que ces vols ont été commis dans la maison du maître et qu'au moment des faits les prévenus se trouvaient au service de celui-ci.

A titre plus subsidiaire, le Ministère Public reproche aux prévenus d'avoir, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, recelé les copies des cartes de paiement électroniques n° (...), (...), (...) et (...) choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un vol.

Le Ministère Public reproche aux prévenus à titre plus subsidiaire encore d'avoir, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, recelé les données électroniques enregistrées sur les cartes de paiement électroniques n° (...), (...), (...) et (...), choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un vol.

Les prévenus contestent énergiquement l'ensemble des infractions leur reprochées par le Ministère Public.

Y explique qu'il était engagé comme buffetier depuis juin 2003 au restaurant **RESTO.2** et que dans le cadre de ses fonctions, il n'était jamais en contact avec des cartes de paiement, de sorte que matériellement il n'avait pas la possibilité de commettre les fraudes.

Il précise qu'au moment de sa libération de la détention préventive, son ami Z l'aurait appelé et informé que X avait obtenu de sa part un « skimmer » pour copier les données électroniques des cartes de paiement. Les données copiées auraient ensuite été transmises à Z et X aurait touché une commission de 50 euros par carte copiée.

X conteste en bloc les déclarations de Y. Il explique avoir commencé à travailler au restaurant **RESTO.2** le 1^{er} novembre 2003 en tant que serveur et d'avoir été en relation avec les cartes de paiement eu égard à sa fonction de serveur. Il fait en outre valoir ne rien avoir avec les copiages des données électroniques, au cours du mois d'octobre 2003, soit à une époque où il n'aurait pas encore été aux services du restaurant **RESTO.2**.

X admet toutefois connaître Z, tout en précisant ne pas avoir su que ce dernier était soupçonné d'avoir commis des fraudes moyennant des cartes de paiement dans un restaurant à (...). Il conteste précise en outre avoir entretenu une relation amicale avec Y et s'être entretenu avec le chef-cuisinier **TÉM.6**. En effet ce dernier n'aurait maîtrisé que l'italien, partant une langue lui totalement étrangère, de sorte que toute communication entre eux se serait avérée impossible.

Le tribunal tient à relever qu'en matière pénale et en cas de contestations émises par le prévenu, il incombe au Ministère Public de rapporter la matérialité de l'infraction lui reprochée, tant en fait qu'en droit.

Dans ce contexte, le tribunal relève que le code d'instruction criminelle adopte le système de la libre preuve par le juge qui forme son intime conviction librement sans être tenu par telle preuve plutôt que par telle autre. Il interroge sa conscience et décide en fonction de son intime conviction (Franchimont, Manuel de procédure pénale, page 764).

Le juge répressif apprécie souverainement, en fait, la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde son intime conviction (Cass. Belge, 31 décembre 1985, Pas.Bel. 1986, I, 549).

Cependant si le juge pénal peut fonder sa décision sur l'intime conviction, il faut que cette conviction résulte de moyens de preuve légalement admis et administrés en la forme. En d'autres termes, sa conviction doit être l'effet d'une conclusion d'un travail préliminaire de réflexion et de raisonnement, ne laissant plus de doute dans l'esprit d'une personne raisonnable.

A) quant au prévenu X

X nie catégoriquement être impliqué dans une affaire de fraude avec des cartes de paiement.

Le tribunal tient à relever ce qui suit :

Lors de la perquisition du 21 novembre 2003 au domicile de X la porte d'entrée de son studio a dû être enfoncée par les policiers, étant donné que X, présent, a dans un premier temps refusé d'obtempérer, malgré les injonctions des policiers. X fait valoir à l'audience avoir été dans l'impossibilité d'ouvrir la porte, étant donné qu'il était nu au moment des injonctions des policiers. Le témoin TÉM.7 déclare qu'à aucun moment lors des injonctions, X aurait fait une telle déclaration, mais que cette explication ne fut avancée que lors de son interrogatoire par les policiers.

Lors de son audition par les autorités policières du 21 novembre 2003, le portable de X a été exploité de manière superficielle. Les numéros d'appel (...), (...) et (...) ont été notés. Interrogé sur le nom des abonnés desdits numéros, X a déclaré ne pas savoir à qui ces numéros appartiennent.

Le numéro (...) a été retrouvé dans le répertoire du portable de X lors d'une exploitation plus approfondie de son portable. Le numéro figurait sous le nom de Z.

Dans le cadre d'une commission rogatoire internationale (procès-verbal n° 2003/68867/2005/461 du 1^{er} mars 2005), il est apparu que le numéro (...) appartient à une personne dénommée TÉM.8, qui n'a toutefois pas pu être entendu par les autorités françaises, étant donné que ce nom est inexistant dans les fichiers français.

L'enquête démontre que le numéro (...) a été contacté par Y, X et le dénommé Z.

L'exploitation des appels entrant et sortant du portable (rapport n° 1/9035/04 du 12 janvier 2004) de X avec le numéro d'appel (...) montre que X a appelé ce numéro et a été contacté à trois reprises le 11 octobre 2003, à deux reprises le 30 octobre 2003 et à une reprise le 31 octobre 2003.

X est dès lors mal venu de prétendre ignorer à qui ce numéro est attribué.

Le même numéro a d'ailleurs été contacté par Y le 11 novembre 2003.

X déclare tant à l'audience publique que dans ses interrogatoires devant les agents verbalisants et devant le juge d'instruction ne pas avoir eu de relation amicale avec Y.

Il convient cependant de constater que TÉM.9, qui était à l'époque des faits la copine de Y, déclare dans son audition policière du 1^{er} décembre 2003 que X se trouvait à plusieurs reprises au domicile de Y et qu'ils entretenaient une relation amicale.

Le tribunal tient en outre à relever que X admet avoir vendu un portable à Y, ce qui corrobore la déclaration de TÉM.9.

TEM.9 déclare encore devant le juge d'instruction le 16 décembre 2003, soit après l'incarcération de Y, qu'un dénommé TÉM.10 l'a contacté par téléphone pour lui demander où se trouvait TÉM.2, étant donné qu'il ne réussissait plus à le joindre par téléphone. Lors du même entretien, TÉM.10 lui a expliqué que le boîtier noir appartenait à X.

Dans cette même déposition, **TÉM.9** déclare en outre que **X** lui a avoué qu'il était également impliqué dans l'affaire de cartes bancaires mais qu'il a été libéré tout de suite parce qu'on n'a rien pu lui prouver.

Le chef-cuisinier du restaurant **RESTO.2**, **TÉM.6**, déclare le 26 novembre 2003 dans son audition policière avoir observé **X** s'arrêter devant la cuisine en portant une facture accompagnée de la carte de crédit en destination de la caisse. **X** a pris la carte, l'a dirigée vers l'intérieur de sa poche de son tablier et a fait un mouvement horizontal avec la carte à travers un petit bloc noir.

Interrogé par le chef-cuisinier sur ces manipulations anormales, **X** a admis cloner des cartes de crédit et lui a expliqué que l'appareil pour copier les cartes appartenait à **TÉM.2**.

TÉM.6 déclare par ailleurs dans sa déposition du 26 novembre 2003 avoir fréquenté le casino à (...) ensemble avec **X** le 17 novembre 2003.

Il y a lieu à ce sujet de rappeler que le petit boîtier noir destiné à copier des données des cartes de paiement, a été trouvé au domicile de **Y** lors de la perquisition.

Le tribunal n'a aucune raison pour mettre en doute ni les déclarations de **TÉM.9**, ni celles de **TÉM.6**, entre temps décédé.

X déclare à l'audience publique ne pas avoir pu être à l'origine du clonage des cartes de paiement au restaurant **RESTO.2**, étant donné que les données auraient été copiées le 28 octobre 2003, date à laquelle il n'aurait pas encore travaillé au restaurant **RESTO.2**.

Le patron du restaurant **RESTO.2** **TÉM.11** a déclaré dans son audition policière que **X** a été embauché le 1^{er} novembre 2003, mais que sa période d'essai a débuté début octobre 2003.

Dans son audition policière du 21 novembre 2003 **X** a déclaré travailler comme serveur au restaurant **RESTO.2** depuis début octobre 2003.

Il résulte par ailleurs, des annexes du procès-verbal n° 1/9728/03 du 17 novembre 2003 que le premier refus de la carte n°(...) date du 27 octobre 2003, celui de la carte n° (...) du 24 octobre 2003, celui de la carte n°(...) du 24 octobre 2003 et celui de la carte n° (...) du 6 novembre 2003.

Force est de constater que **X** était, contrairement à ses dires à l'audience publique, aux services du restaurant **RESTO.2** lors du clonage des données des cartes de crédit en question, vu qu'il commença à travailler au restaurant au début du mois d'octobre 2003.

Le tribunal tient en outre à relever qu'**TÉM.11** déclare à l'audience publique que **X** et **TÉM.6** se sont parfois entretenus. **TÉM.11** précise que **TÉM.6** ne maîtrisait pas très bien la langue française il arrivait néanmoins à se débrouiller et communiquer en langue française.

Là encore, il y a lieu de se demander pourquoi **X** nie s'être entretenu avec le chef-cuisinier, s'il n'a rien à se reprocher.

Au vu de tout ce qui précède, le tribunal a acquis l'intime conviction que le prévenu **X** a copié les données électroniques des cartes de crédit libellées par le Ministère Public à l'aide d'un « skimmer ».

B) quant au prévenu Y

Y nie énergiquement avoir commis les infractions lui reprochées par le Ministère Public.

Lors de la perquisition au domicile de **Y**, un lecteur pour cartes de paiement a été trouvé à l'intérieur d'une veste appartenant à **Y**. De tels lecteurs pour cartes de paiement sont utilisés pour copier des données électroniques, enregistrées sur les bandes magnétiques des cartes de crédit.

Interrogé sur la provenance du lecteur pour cartes, **Y** a avancé trois versions différentes. Lors de la perquisition domiciliaire il a déclaré avoir trouvé le lecteur pour cartes sur la voie publique.

Lors de son audition devant les agents verbalisants, il a exposé qu'il l'aurait trouvé dans la cave du restaurant **RESTO.2**, le 21 novembre 2003 à 2 heures, lorsqu'il est rentré.

Quelques minutes plus tard, **Y** est revenu sur cette deuxième version pour affirmer avoir trouvé le « skimmer » dans une poussette déposée à l'entrée principale menant aux logements situés aux trois étages.

Le témoin **TÉM.7** précise que **Y** n'a pas pu trouver le « skimmer » dans la cave du restaurant à 2 heures, étant donné qu'il ne disposait pas d'une clef du restaurant et ne pouvait donc accéder au restaurant après la fermeture.

Il y a dès lors lieu de relever que les explications farfelues et contradictoires sur la provenance du « skimmer » ne sont pas crédibles.

Trois photos d'identité ont été saisies lors de la perquisition au domicile de **Y** et ont été montrées à **TÉM.11**, exploitante du restaurant **RESTO.1**, sis à (...). **TÉM.11** a identifié la personne sur les cartes d'identité comme étant **Z**.

TÉM.9 a déclaré dans son interrogatoire devant le juge d'instruction qu'elle vivait avec **Y** dans son studio ensemble avec deux personnes dénommées **TÉM.8** et **TÉM.10**. Une troisième personne dénommée **TÉM.13** leur rendait régulièrement visite. **TÉM.13** se faisait appeler **Z**.

Y a avoué lors de son interrogatoire du 18 mars 2004 devant le juge d'instruction connaître le dénommé **Z** dont le vrai nom est **TÉM.13**. Il précise qu'**TÉM.13** s'est régulièrement rendu à Paris.

Lors de l'enquête préliminaire relative aux fraudes avec des cartes de paiement au restaurant **RESTO.1** à (...), dont **Z** est soupçonné être l'auteur, l'officier de police **TÉM.7** a été informé par la Cetrel qu'en date du 20 octobre 2003 une opération frauduleuse a été exécutée moyennant la carte n°(...) au sein de l'établissement hôtelier **HOTEL.1** à (...) pour un montant de 59 euros. La facture a été émise au nom de **TÉM.14**.

Auditionné le 21 novembre 2003 par les agents verbalisants, **Y** a déclaré que **TÉM.14** est son neveu qui habite au 18^{ème} arrondissement à Paris.

Dans son interrogatoire du 18 mars 2004 devant le juge d'instruction, **Y** revient sur cette version des faits en déclarant cette fois-ci que son neveu **TÉM.14** serait âgé de trois ans et demi et domicilié en Algérie.

TÉM.9 déclare dans son audition devant le juge d'instruction du 16 décembre 2003 qu'un dénommé **TÉM.10** lui a expliqué que le boîtier noir appartenait à **X**.

Au vu des développements qui précèdent, le tribunal retient que **Y** a participé à commettre les fraudes de cartes de paiement en mettant à disposition le lecteur de cartes à **X** qui a copié les données des cartes de crédit.

C) La qualification juridique des infractions

Le Ministère Public reproche en premier lieu à titre principal à **Y** et à **X** d'avoir, le 2 septembre 2003 et le 8 novembre 2003, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au Restaurant **RESTO.2**, soustrait frauduleusement les cartes de paiement électroniques n° (...), (...), (...) et (...), avec la circonstance que ces vols ont été commis dans la maison du maître et qu'au moment des faits les prévenus se trouvaient au service de celui-ci.

Les cartes de paiement ont été remises par les clients au serveur du restaurant **RESTO.2**. Le serveur **X** a copié les données électroniques des cartes en question à l'aide d'un « skimmer » qui lui a été mis à disposition par **Y**.

Le tribunal tient à relever que le vol domestique exige, pour être donné, la réunion cumulative des éléments constitutifs suivants:

1. la soustraction frauduleuse d'une chose,
2. une chose mobilière,
3. une soustraction frauduleuse,
4. une chose soustraite qui n'appartienne pas à celui qui la soustrait, et
5. l'auteur du fait doit se trouver dans un cas de figure prévu à l'article 464 du code pénal.

En l'espèce la première condition constitutive du vol domestique fait défaut, de sorte que les prévenus sont à acquitter de l'infraction non établie à leur charge.

Le Ministère Public reproche à titre subsidiaire aux prévenus d'avoir, dans les mêmes circonstances de temps et de lieux, soustrait frauduleusement les données électroniques enregistrées sur les cartes de paiement électroniques n° (...), (...), (...) et (...), avec la circonstance que ces vols ont été commis dans la maison du maître et qu'au moment des faits les prévenus se trouvaient au service de celui-ci.

L'article 66 du Code pénal prévoit que seront punis comme auteurs d'un crime ou d'un délit :

« Ceux qui l'auront exécuté ou qui auront coopéré directement à son exécution ;

« Ceux qui, par un fait quelconque, auront prêté pour l'exécution une aide telle que, sans leur assistance, le crime ou le délit n'eût pu être commis »

Le tribunal tient à relever qu'il est de jurisprudence que *« la participation par aide ou assistance à une infraction est, suivant les circonstances que les juges du fond apprécient souverainement, ou un acte de participation principale c'est-à-dire un acte en qualité d'auteur, ou un acte de participation accessoire, c'est-à-dire un acte de complice. La participation principale par aide ou assistance peut se manifester sous les formes les plus diverses ; aussi, le législateur, pour les embrasser toutes, se sert-il dans l'article 66 du Code pénal des termes généraux « par un fait quelconque » (CA 20 avril 1964, P.19, 314).*

Au vu de ce qui précède, il est établi que **X**, serveur au restaurant **RESTO.2** s'est vu remettre les cartes de paiement par les clients et a copié les données des cartes de paiement telles que libellées par le Ministère Public, acte de participation principale. Le lecteur destiné au copiage de ces données a été fourni par **Y**.

Le tribunal considère que le fait d'avoir mis à disposition un « skimmer » à **X** pour que ce dernier puisse procéder au copiage des données, est également à qualifier d'acte de participation principal. Tant **Y** que **X** sont par conséquent co-auteurs de l'infraction qui leur est reprochée.

Il est par ailleurs constant en cause que les prévenus étaient aux services du restaurant **RESTO.2** au moment des faits, de sorte que la circonstance aggravante de l'article 464 du Code pénal est établie.

Le tribunal constate qu'aucun élément du dossier répressif ne permet de retenir la période de référence du 2 septembre 2003 au 8 novembre 2003 telle que libellée par le Ministère Public pour la perpétration des faits.

Le premier refus des cartes date du 24 octobre 2003 et **X** n'a commencé son travail au restaurant **RESTO.2** que début octobre 2003. Il y a lieu de rectifier la période de référence en ne retenant qu'une période de référence de début octobre 2003 jusqu'au 8 novembre 2003.

Tant **Y** que **X** sont convaincus au vu des éléments du dossier répressif, ensemble les déclarations claires, précises et non-équivoques des témoins **TÉM.7** et **TÉM.9** :

II) « comme co-auteurs, ayant eux-mêmes exécuté l'infraction,

*A) 2) entre début octobre 2003 et le 8 novembre 2003, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au restaurant **RESTO.2**, sis à L(...),*

d'avoir soustrait frauduleusement au préjudice d'autrui une chose qui ne lui appartenait pas, avec la circonstance que le voleur est un domestique ou un homme de service à gages, même lorsqu'il aura commis le vol envers des personnes qu'il ne servait pas, mais qui se trouvaient soit dans la maison du maître, soit dans

celle où il l'accompagnait, ou si c'est un ouvrier, compagnon ou apprenti, dans la maison, l'atelier ou le magasin de son maître, ou un individu travaillant habituellement dans l'habitation où il aura volé,

en l'espèce d'avoir soustrait frauduleusement les données électroniques enregistrées sur les cartes de paiement électroniques (cartes VISA) n° (...), (...), (...) et (...), partant des choses ne leur appartenant pas au préjudice des titulaires de cartes avec la circonstance que ces soustractions frauduleuses ont été commises dans la maison du maître et qu'aux moment des faits les prévenus se trouvaient aux services de celui-ci ».

III) Quant aux préventions reprochées sous le point sub II) B) dans l'ordonnance de renvoi

Le Ministère Public reproche sous le point sub II) B)1) de l'ordonnance de renvoi à **Y** et à **X** d'avoir, entre le 2 septembre 2003 et le 8 novembre 2003, notamment au restaurant **RESTO.2**, fourni un lecteur de données enregistrées sur des cartes de paiement électroniques et d'avoir copié les données électroniques enregistrées sur les cartes de paiement électroniques n°(...), (...), (...) et (...), permettant ainsi la contrefaçon ou la falsification desdites cartes et l'usage des fausses cartes de paiement électroniques.

Le Ministère Public reproche sous le point sub II) B) 2) de l'ordonnance de renvoi à **Y** et à **X** d'avoir, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, fourni un lecteur de données enregistrées sur des cartes de paiement électroniques et d'avoir copié les données électroniques enregistrées sur les cartes de paiement électroniques n°(...), (...), (...) et (...) au moyen d'un lecteur de cartes de paiement électronique et d'avoir ainsi permis la contrefaçon ou la falsification de ces cartes de crédit et l'usage des cartes de crédit contrefaites ou falsifiées comme moyen de paiement pour persuader d'un crédit imaginaire, en vue de la remise d'objets mobiliers indéterminés.

Les prévenus contestent énergiquement avoir commis les infractions leur reprochées par le Ministère Public et concluent à leur acquittement.

Il est constant en cause et il résulte d'ailleurs des annexes du procès-verbal n° 1/9728/03 du 17 novembre 2003 dressé par le Service de Police Judiciaire que des prélèvements frauduleux ont été effectués avec les cartes de paiement n° (...), (...), (...) et (...) entre le 24 octobre 2003 et le 17 novembre 2003.

L'article 66 du Code pénal prévoit que seront punis comme auteurs d'un crime ou d'un délit :

« Ceux qui l'auront exécuté ou qui auront coopéré directement à son exécution ;

Ceux qui, par un fait quelconque, auront prêté pour l'exécution une aide telle que, sans leur assistance, le crime ou le délit n'eût pu être commis »

Le tribunal tient à relever qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier répressif, ni de l'instruction à l'audience que l'un des prévenus ait procédé personnellement à la contrefaçon de cartes de paiement à l'aide de données électroniques préalablement volées au restaurant **RESTO.2**. Il ne résulte pas non plus du dossier répressif que l'un des prévenus ait procédé à des paiements en France à l'aide de cartes de crédit contrefaites.

Il importe néanmoins peu de savoir qui est l'auteur des contrefaçons des cartes de paiement en question et qui a procédé à des paiements en France à l'aide des cartes contrefaites, dès qu'il est établi que les deux prévenus ont fourni aux auteurs de ces infractions une aide telle que sans leur assistance les infractions de faux, d'usage de faux et d'escroquerie n'auraient pas pu avoir lieu.

Il est en effet établi au vu des développements ci-dessus que le prévenu **X** a copié les données électroniques des cartes de paiement concernés à l'aide d'un « skimmer », qui lui a été mis à disposition par **Y**, de sorte que les prévenus sont à retenir dans les chefs de préventions des infractions de faux, d'usage de faux et d'escroquerie en tant que co-auteurs.

Il y a lieu de procéder à la rectification de la période de référence libellée par le Ministère Public dans la citation à prévenus. Il résulte en effet des annexes du procès-verbal n° 1/9728/03 du 17 novembre 2003 dressé par le Service de Police Judiciaire que l'utilisation frauduleuse des cartes de crédit libellées par le Ministère Public n'a débuté que le 24 octobre 2003.

Y et X sont convaincus au vu des éléments du dossier répressif, ensemble les déclarations claires, précises et non-équivoques du témoin **TÉM.7** et **TÉM.9** :

II) « comme co-auteurs, ayant eux -mêmes exécuté l'infraction,

*B) entre le 24 octobre 2003 et le 8 novembre 2003, notamment au restaurant **RESTO.2**, sis à L(...),*

1) d'avoir coopéré directement à l'exécution d'infractions aux articles 196 et 197 du Code pénal, à savoir,

dans une intention frauduleuse et à dessin de nuire, avoir commis un faux en écritures authentiques ou publiques, en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées, soit par fausses signatures, soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures, soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges ou par leurs insertions après coup dans les actes, soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes ont pour objet de recevoir ou de constater,

dans une intention frauduleuse et à dessin de nuire, avoir fait usage d'un faux commis en écritures authentiques ou publiques, en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées, soit par fausses signatures, soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures, soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges ou par leurs insertions après coup dans les actes, soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes ont pour objet de recevoir ou de constater,

en l'espèce d'avoir fourni un lecteur de données enregistrées sur des cartes de paiement électroniques et d'avoir copié les données électroniques enregistrées sur les cartes de paiement électroniques (cartes VISA) n° (...), (...), (...) et (...), permettant ainsi la contrefaçon ou la falsification desdites cartes et l'usage des fausses cartes de paiement électroniques;

2) d'avoir coopéré directement à l'exécution d'infractions à l'article 496 du Code pénal, à savoir dans le but de s'approprier une chose appartenant à autrui, s'être fait remettre ou délivrer des fonds, meubles, obligations, quittances, décharges soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, ou pour abuser autrement de la confiance ou de la crédulité,

en l'espèce, d'avoir fourni un lecteur de données enregistrées sur des cartes de paiement électroniques, d'avoir copié les données électroniques enregistrées sur les cartes de paiement électroniques (cartes Visa) n° (...), (...), (...) et (...) au moyen d'un lecteur de cartes de paiement électronique (« skimmer ») et d'avoir ainsi permis la contrefaçon ou la falsification de ces cartes de crédit et l'usage des cartes de crédit contrefaites ou falsifiées comme moyen de paiement pour persuader d'un crédit imaginaire, en vue de la remise d'objets mobiliers indéterminés ».

- Quant à l'association des malfaiteurs :

Le Ministère Public reproche sous le point sub II) B) 3) de l'ordonnance de renvoi aux prévenus d'avoir, entre le 2 septembre 2003 et le 17 novembre 2003, fait partie d'une association d'au moins cinq personnes, à savoir Y, X, une personne inconnue ayant usurpé l'identité de Z, **TÉM.14** et **TÉM.15**, dans le but d'attenter à la propriété privée d'autrui dans le cadre de laquelle Y a fourni le lecteur de cartes de paiement, Y, X et un auteur inconnu ayant usurpé l'identité Z ont copié les données enregistrées sur les cartes de paiement électroniques qu'ils ont transmises à des personnes tierces restées inconnues qui ont contrefait ou falsifié les cartes de paiement électroniques sur base des données électroniques copiées, **TÉM.14** et **TÉM.15** ont effectué des paiements à l'aide des cartes de paiement électroniques contrefaits ou falsifiées.

Le tribunal tient à relever que les éléments constitutifs de l'association de malfaiteurs sont les suivants :

- l'existence d'une association, c'est-à-dire d'un groupement de plusieurs personnes
- l'organisation de ce groupement
- la formation de cette association dans le but de commettre des infractions portant atteinte aux personnes et aux biens

Une pareille association est constituée par l'existence d'un groupement de personnes réunies en organisation préalable, dotée d'une résolution bien arrêtée, prête à être mise à exécution, voire traduite et concrétisée dans les faits. Les critères d'une pareille organisation peuvent consister dans l'existence d'une hiérarchie, une distribution préalable des rôles, la répartition anticipative du butin, l'existence de lieux de rendez-vous, l'organisation de cachettes et de dépôts. Aucun de ces critères ne peut cependant être considéré comme essentiel (cf. Rigaux & Trousse: Les crimes et délits du Code Pénal, t. 5, p.13 et ss.).

Ainsi par exemple, les concepts d'association ou d'organisation n'impliquent pas en eux-mêmes une idée d'hiérarchie. L'association peut être organisée sans qu'il n'y ait d'hiérarchie, et l'absence d'une pareille hiérarchie est même une caractéristique des associations modernes de malfaiteurs.

Il importe d'ailleurs peu que celui qui participe à une telle organisation connaisse l'ensemble de cette activité délictueuse, il suffit que le prévenu ait consenti à aider volontairement le groupement dont il connaissait en général le caractère délictueux et qu'il ait ainsi favorisé l'action (cf. Jurisclasseur Pénal, verbo association de malfaiteurs, article 265-268). Pour jouer son rôle dans l'association, le prévenu n'a d'ailleurs pas besoin de connaître toutes les personnes de l'association et il serait inutile et même dangereux pour celles-ci de donner à toutes les personnes des détails supplémentaires sur la structure et l'organisation de l'association étant donné que celui-ci risquerait de les dévoiler en cas d'arrestation et de mettre en péril les dirigeants de l'association. Le cloisonnement entre les membres d'une pareille association de malfaiteurs qui ne connaissent normalement que ceux des autres membres dont le contact est indispensable, est très souvent pratiqué à titre de mesure de sécurité contre le travail d'investigation des enquêteurs et constitue une autre caractéristique des associations modernes de malfaiteurs.

- Quant à l'existence d'un groupement

En ce qui concerne le nombre des malfaiteurs associés, il est de droit que le concours de deux personnes suffit (Rép. Dalloz, sub Association criminelle, n°31; Garçon, Code pénal annoté, tome II, p.931, n°12).

Le tribunal tient en outre à relever qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la condition propre à l'organisation criminelle prévue à l'article 324bis du code pénal que celle-ci doit être composée de plus de deux personnes. (Cour de Cassation, cassation pénale, 4 novembre 2004, P. 32, p. 510).

Il est aussi évident que l'identité de certains membres peut rester ignorée, alors que leur existence est certaine. Il n'est pas exigé de poursuivre tous les associés en même temps.

Il n'est pas possible, tout spécialement dans le crime organisé, d'exiger de chacun des participants, la connaissance des buts poursuivis par le groupe, ses responsables ou ses manipulateurs (Cass.fr., 27 mars 1952, Juriscl.1952, II, n° 7329).

Il importe d'ailleurs peu que celui qui participe à une telle organisation connaisse l'ensemble de cette activité délictueuse, il suffit que le prévenu ait consenti à aider volontairement le groupement dont il connaissait en général le caractère délictueux et qu'il ait ainsi favorisé l'action (cf. Jurisclasseur pénal, verbo association de malfaiteurs, article 265-268).

Le cloisonnement entre les membres d'une pareille association de malfaiteurs qui ne connaissent normalement que ceux des autres membres dont le contact est indispensable, est très souvent pratiqué à titre de mesure de sécurité contre le travail d'investigation des enquêteurs et constitue une autre caractéristique des associations modernes de malfaiteurs.

TÉM.15 a été arrêté par les autorités françaises dans l'hôtel **HOTEL.1** à (...) le 19 novembre 2003. Les autorités françaises ont saisi plusieurs cartes de paiement contrefaites sur **TÉM.15** dont trois cartes contrefaites portaient les données électroniques volées au restaurant **RESTO.2**.

Il s'ensuit que le dénommé **TÉM.15** fait partie du groupement de personnes dont font également partie les deux prévenus.

Le 20 octobre 2003 une facture a été émise au nom de **TÉM.14** à l'hôtel **HOTEL.1** à (...). Cette facture a été payée par une carte de paiement contrefaite dont les données électroniques ont été copiées au restaurant **RESTO.1** à (...). Une personne usurpant de l'identité de **Z** est soupçonnée d'y avoir copié les données de cette carte.

Dans un premier temps **Y** déclare que **TÉM.14** serait son neveu qui habiterait à Paris. Lors de son interrogatoire du 18 mars 2004, **Y** revient néanmoins sur cette déclaration et explique que **TÉM.14** serait son neveu âgé de trois ans et demi et qu'il habiterait en Algérie.

Une commission rogatoire internationale a été émise le 21 avril 2004 par le juge d'instruction, ayant entre autre comme mission d'identifier et de procéder à l'audition de **TÉM.14**.

Le rapport n°2004/2319 du 22 octobre 2004 des enquêteurs français précise que le dénommé **TÉM.14** n'a pas pu être identifié.

Il subsiste dès lors un doute quant à l'identité réelle du dénommé **TÉM.14** et surtout quant à la question de savoir qui a effectué le paiement à l'Etap Hôtel le 20 octobre 2003 en utilisant le nom de **TÉM.14** sur la facture. Il est par ailleurs possible que soit le dénommé **Z** soit **TÉM.15** aient usurpé le nom de **TÉM.14**.

Il n'est par ailleurs pas établi à l'exclusion de tout doute que le dénommé **TÉM.14** fasse partie de l'organisation à laquelle appartiennent **Y**, **X** et **TÉM.15**.

Le même raisonnement s'applique au dénommé **Z**. En effet, il est établi sur base du rapport n°2004/2319 du 22 octobre 2004 des enquêteurs français que **Z** a été entendu en France et qu'il s'est avéré qu'une tierce personne a usurpé son identité au Luxembourg.

Le dénommé **Z** est soupçonné d'avoir effectué le même type de fraude suivant le même modus operandi que **Y** et **X** dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch.

A part le fait que le dénommé **Z** connaissait **Y** et **X**, il n'est pas établi qu'il fait partie du même groupement que les prévenus.

- l'organisation de ce groupement

Pour éviter l'étroitesse d'une énumération trop précise, le législateur refuse d'indiquer les caractéristiques générales de l'organisation des bandes. Il abandonne l'appréciation des circonstances éminemment variables à la « conscience éclairée des juges » et se borne à exiger une association réelle et organisée, c'est-à-dire l'existence de liens entre les membres.

Ces liens ne peuvent être équivoques et le fait de l'association comme sa permanence, doit être constaté en termes exprès par le juge du fond.

Le juge retiendra comme critères de l'organisation de la bande: existence d'une hiérarchie, la distribution préalable des rôles, la répartition anticipée du butin, existence de lieux de rendez-vous, l'organisation de cachettes et de dépôts. Aucun de ces critères ne peut cependant être considéré comme essentiel. Ainsi, une association ne peut être organisée sans qu'il y ait une hiérarchie (cf. Marchal & Jaspar, Droit criminel, Traité théorique et pratique, Les infractions du droit pénal, tome 3). Cependant, il y a lieu de préciser que les concepts d'association ou d'organisation n'impliquent pas en eux-mêmes une idée de hiérarchie.

Pour être punissable, la participation à l'association doit être consciente et voulue, conformément aux principes généraux de droit pénal. Cette connaissance et cette volonté doivent porter sur l'association elle-même, sur son existence et, principalement, sur son but.

Tel n'est pas le cas si une personne se contente de vouloir venir en aide à un participant de l'association de malfaiteurs, en ne sachant pas que cette personne en fait partie. L'assistance fournie à un participant isolé ou même à plusieurs agissant individuellement, lui est étrangère (Rigaux & Trousse, Les crimes et les délits, tome V, p.18).

Y a fourni à **X** un lecteur de données, appelé skimmer, pour que ce dernier puisse procéder au copiage des données électroniques de cartes de paiement au restaurant **RESTO.2**.

Ces données électroniques volées ainsi ont été utilisées pour la contrefaçon de fausses cartes de paiement qui ont par la suite été utilisées en France comme moyens de paiement.

Il n'est par contre pas établi qui a procédé à la contrefaçon de ces cartes de paiement et notamment s'il s'agit de personnes tierces aux prévenus ou si par contre les prévenus ont eux-mêmes fabriqué des cartes de paiement pour les remettre à d'autres personnes.

Concernant la commission rogatoire internationale du juge d'instruction, celui-ci avait notamment demandé aux enquêteurs français de procéder à l'audition de **TÉM.15** pour déterminer la provenance des fausses cartes portant les numéros de cartes copiées au restaurant **RESTO.2** et de déterminer le lien avec **Y, X, Z**, alias **TÉM.13**.

Tous ces renseignements font défaut en l'état actuel de la procédure, de sorte que le tribunal considère qu'un doute subsiste quant à l'existence même d'une association dotée d'une structure organique donnant corps à une entente criminelle de ses membres.

Il y a partant lieu d'acquitter les prévenus de l'infraction libellée sub II) B) 3) non établie à leur charge.

IV) Quant à la prévention libellée sub 2) dans la citation à prévenus

Le Ministère Public reproche sous le point sub II) de la citation à prévenus à **X** et à **Y** d'avoir entre le 2 septembre 2003 et le 8 novembre 2003, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au restaurant **RESTO.2**, sis à L(...), frauduleusement contrefait des clefs électroniques à savoir les données électroniques enregistrées sur les cartes de paiement électroniques n°(...), (...), (...) et (...).

L'article 488 du Code pénal prévoit que « *quiconque aura frauduleusement contrefait ou altéré des clefs, y compris électroniques sera condamné à un emprisonnement de trois mois à deux ans et à une amende de 251 euros à 2.000 euros* ».

L'article 487 du même Code prévoit que sont qualifiées de fausses clefs « *tous crochets, rossignols, passe-partout, clefs-imitées, contrefaites ou altérées, y compris électroniques* ».

Il s'ensuit qu'une carte de paiement est à qualifier de clé.

Dans la mesure où les prévenus se sont rendus coupables en tant que co-auteurs de faux et d'usage de faux de cartes de paiement, ils sont également à retenir dans le chef de la prévention libellée sub II) dans la citation à prévenu du Ministère Public.

La période de référence est à rectifier pour les mêmes raisons qui sont mentionnés ci-dessus.

X et **Y** sont convaincus au vu des éléments du dossier répressif, ensemble les déclarations claires, précises et non-équivoques du témoin **TÉM.7** :

III) Comme co-auteurs, ayant eux-mêmes exécuté l'infraction

*entre le 24 octobre 2003 et le 8 novembre 2003, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au restaurant **RESTO.2**, sis à L(...),*

d'avoir frauduleusement contrefait ou altéré des clefs, y compris électroniques,

en l'espèce d'avoir frauduleusement contrefait des clefs électroniques à savoir les données électroniques enregistrées sur les cartes de paiement n°(...), (...), (...) et (...).

Les infractions sub I) 1) et 2) retenues à l'encontre de **Y** se trouvent en concours idéal, de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 65 du Code pénal.

Les infractions sub I) 3) et 4) retenues à l'encontre de **Y** se trouvent en concours réel, de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 60 du Code pénal.

Les infractions sub II) A) 2), II) B) 1), II) B) 2) et sub IV) se trouvent en concours idéal, de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 65 du Code pénal.

Le groupe d'infractions sub II) A) 2), II) B) 1), II) B) 2) et sub IV) se trouve en concours réel avec le groupe d'infractions sub I) 1) et 2), qui se trouvent en concours réel avec les infractions sub I) 3) et sub I) 4), de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 60 du Code pénal.

Les infractions retenues à l'encontre de **X** sub II) A) 2), II) B) 1), II) B) 2) et IV) se trouvent en concours idéal, de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 65 du Code pénal.

La gravité des infractions retenues à l'encontre de **Y** justifie sa condamnation à **une peine d'emprisonnement de 18 mois** et à **une amende de 1.500 euros**.

Le prévenu **Y** ne semble cependant pas indigne d'une certaine clémence, de sorte que le tribunal décide de le faire bénéficier de la faveur du sursis intégral quant à l'exécution de six mois de cette peine d'emprisonnement.

La gravité des infractions retenues à l'encontre de **X** justifie sa condamnation à **une peine d'emprisonnement de 15 mois** et à **une amende de 1.500 euros**.

Le prévenu **X** ne semble cependant pas indigne d'une certaine clémence, de sorte que le tribunal décide de le faire bénéficier de la faveur du sursis intégral quant à l'exécution de six mois de cette peine d'emprisonnement.

Il y a lieu de procéder à la confiscation de la disquette HD relative aux ordonnances 1428/03 saisie suivant procès-verbal n°1-918-03 du 15 décembre 2003 dressé par le SPR, des objets saisis suivant procès-verbal n°1/9040/04 du 15 janvier 2004 dressé par le SPR, des objets saisis suivant procès-verbal n° 23/087/04 du 1^{er} mars 2004 dressé par le SPR, et des objets saisis suivant procès-verbal n°1/9734/04 du 21 novembre 2003 dressé par le SPR, à l'exclusion des 430 euros, du portable Nokia et du récépissé de demande de carte de séjour française au nom de **Y**.

Il y a en outre lieu d'ordonner la restitution, à son légitime propriétaire, du calepin Din A 4, de la care en plastique avec bande magnétique et des divers notices sur papier contenant des numéros de téléphone saisis suivant procès-verbal n°1/9733/03 du 21 novembre 2003 dressé par le SPR, des objets saisis suivant procès-verbal n°23/052/04 du 17 février 2004 dressé par le SPR, et des objets saisis suivant procès-verbal n° 23/139/04 du 1^{er} avril 2004 dressé par le SPR.

PAR CES MOTIFS:

le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, treizième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, les prévenus et leurs mandataires entendus en leurs explications et moyens de défense, la représentante du Ministère Public entendue en ses réquisitions,

a c q u i t t e **Y**, alias **TÉM.2** de l'infraction non retenue à sa charge;

c o n d a m n e **Y**, alias **TÉM.2** du chef des infractions retenues à sa charge, qui se trouvent en concours idéal et réel, à une **peine d'emprisonnement de 18 (DIX-HUIT) mois et à une amende de 1.500 (MILLE CINQ CENTS) euros**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 52,26 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 30 (TRENTE) jours

d i t qu'il sera **sursis** à l'exécution de **6 (SIX) mois** de cette peine d'emprisonnement;

a v e r t i t **Y**, alias **TÉM.2** qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave pour un crime ou un délit de droit commun, la peine d'emprisonnement prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 alinéa 2 du Code pénal ;

a c q u i t t e **X** de l'infraction non retenue à sa charge;

c o n d a m n e **X** du chef des infractions retenues à sa charge, qui se trouvent en concours idéal et réel, à une **peine d'emprisonnement de 15 (QUINZE) mois et à une amende de 1.500 (MILLE CINQ CENTS) euros**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 52,26 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 30 (TRENTE) jours

d i t qu'il sera **sursis** à l'exécution de **6 (SIX) mois** de cette peine d'emprisonnement;

a v e r t i t **X** qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave pour un crime ou un délit de droit commun, la peine d'emprisonnement prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 alinéa 2 du Code pénal ;

o r d o n n e la confiscation de la disquette HD relative aux ordonnances 1428/03 saisie suivant procès-verbal n°1-918-03 du 15 décembre 2003 dressé par le SPR, des objets saisis suivant procès-verbal n°1/9040/04 du 15 janvier 2004 dressé par le SPR, des objets saisis suivant procès-verbal n° 23/087/04 du 1^{er} mars 2004 dressé par le SPR, et des objets saisis suivant procès-verbal n°1/9734/04 du 21 novembre 2003 dressé par le SPR, à l'exclusion des 430 euros, du portable Nokia et du récépissé de demande de carte de séjour française au nom de **Y** ;

o r d o n n e la restitution, à leurs légitimes propriétaires, du calepin Din A 4, de la care en plastique avec bande magnétique et des divers notices sur papier contenant des numéros de téléphone saisis suivant procès-verbal n°1/9733/03 du 21 novembre 2003 dressé par le SPR, des objets saisis suivant procès-verbal n°23/052/04 du 17 février 2004 dressé par le SPR, et des objets saisis suivant procès-verbal n° 23/139/04 du 1^{er} avril 2004 dressé par le SPR.

Par application des articles 27, 28, 29, 30, 31, 60, 65, 66, 196, 197, 198, 199bis, 231, 461, 464 et 496 du Code pénal; articles 1, 77, 130-1, 154, 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 626, 628 et 628-1 du Code d'instruction criminelle qui furent désignés à l'audience par Madame la Vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Elisabeth WEYRICH, Vice-présidente, Steve VALMORBIDA et Laurant SECK, juges, et prononcé, en présence de Pascale KAELL, attachée de Justice, en l'audience publique dudit tribunal d'arrondissement de Luxembourg, date qu'en tête, par Madame la Vice-présidente, assistée de la greffière Tanja WELSCHER, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement ».

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 2 mars 2007 par le mandataire du prévenu et par le représentant du ministère public, appel limité au prévenu **X**.

En vertu de ces appels et par citation du 31 octobre 2007, le prévenu fut requis de comparaître à l'audience publique du 14 décembre 2007 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience le prévenu fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Fabienne RISCETTE, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu.

Madame le premier avocat général Martine SOLOVIEFF, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 29 janvier 2008, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 mars 2007, **X** et le procureur d'Etat ont régulièrement relevé appel d'un jugement rendu le 23 janvier 2007 par une chambre correctionnelle du même tribunal, jugement dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Le prévenu **X** soulève d'abord l'incompétence territoriale de la juridiction saisie en ce qui concerne les préventions d'infractions aux articles 196, 197, 488 et 496 du code pénal au motif que la contrefaçon des cartes de crédit et leur utilisation auraient été exécutées par des étrangers à l'étranger.

Il conteste ensuite les faits lui reprochés, tant en ce qui concerne les copies des données figurant sur les cartes de crédit faites à l'aide d'un « skimmer » dans le restaurant « **RESTO.2** » de son employeur, qu'en ce qui concerne sa participation dans la contrefaçon des cartes de crédit et leur usage.

Il relève, à cet égard, que ses relations avec le prévenu **Y** n'ont pas dépassé le cadre professionnel. Il conteste également les déclarations du cuisinier du restaurant « **RESTO.2** » selon lesquelles il aurait fait l'aveu devant ce dernier de ce qu'il aurait « skimmé » les données d'une carte de crédit, dès lors qu'il ne parlerait pas l'italien, unique langue maîtrisée par le cuisinier qui serait décédé entretemps de sorte qu'on ne pourrait plus vérifier ses déclarations. En outre, tant la copine de **Y** que son employeur seraient revenus sur leurs déclarations et les périodes indiquées dans les préventions ne seraient pas justes, dès lors qu'il n'aurait commencé à travailler au restaurant **RESTO.2** que le 1^{er} novembre 2003. Enfin, les numéros trouvés sur son portable en relation avec les personnes en cause dans la contrefaçon des cartes de crédit s'expliqueraient par le fait qu'il aurait prêté son portable à des collègues et notamment à **Z** ce qui serait une pratique courante dans le milieu de la restauration.

Le prévenu demande, en ordre subsidiaire, la confirmation de la décision entreprise en ce qui concerne les acquittements prononcés et l'octroi d'une suspension du prononcé, sinon une réduction des peines prononcées en première instance et un sursis quant à l'exécution de l'intégralité de la peine d'emprisonnement.

Le représentant du ministère public, qui ne remet pas en cause les acquittements intervenus en première instance, conclut également à l'incompétence des juridictions luxembourgeoises pour connaître des infractions de faux, d'usage de faux, de contrefaçon de clés et d'escroquerie en relevant que la contrefaçon des cartes de crédit et leur utilisation frauduleuse auraient eu lieu exclusivement en France par des étrangers et que le prévenu n'aurait eu aucun rapport, ni un intérêt dans les faits qui ont été perpétrés en France. Quant à l'opération de « skimmer » les données des cartes de crédit, le représentant du ministère public, tout en estimant que le prévenu a effectué le clonage des données, relève que le code pénal luxembourgeois ne sanctionne pas le vol de choses immatérielles, mais qu'on peut se référer à la jurisprudence française et la doctrine belge qui sanctionnent le vol d'informations du moment qu'il y a reproduction de ces données sur un support matériel.

Si la Cour d'appel retenait l'infraction de vol domestique à charge du prévenu, il y aurait lieu à confirmation de la décision entreprise en ce qui concerne les peines prononcées.

Il résulte des éléments du dossier répressif discuté à l'audience que les juges de première instance ont fourni une relation des faits correcte et exhaustive à laquelle la Cour se réfère, les débats devant la Cour n'ayant pas apporté d'éléments nouveaux par rapport à ceux qui ont été soumis à l'examen du tribunal correctionnel.

C'est d'abord à bon droit et par une motivation que la Cour d'appel adopte que les juges de première instance ont considéré qu'il ressort du dossier pénal, des déclarations des témoins et des analyses du téléphone portable du prévenu que ce dernier a bien utilisé quatre cartes bancaires lui remises dans le cadre de son travail de serveur au restaurant **RESTO.2** pour en enregistrer les données sur un « skimmer » et qu'il a remis ce « skimmer » à **Z**, des cartes contrefaites avec les données clonées par ce « skimmer » ayant été utilisées par la suite dans divers établissements et commerces de la région parisienne.

C'est encore à bon droit que le prévenu a été acquitté de la prévention d'avoir volé les cartes de paiement électroniques avec la circonstance qu'il s'agit d'un vol domestique, dès lors qu'il n'y a pas eu soustraction des cartes en question. De même la Cour d'appel estime, à l'instar des premiers juges, que les éléments constitutifs de l'association de malfaiteurs ne sont pas données dans le chef du prévenu de sorte que c'est également à bon droit qu'il a été acquitté de l'infraction d'avoir fait partie d'une telle association.

Quant à l'infraction de vol des données électroniques personnelles enregistrées sur les cartes de paiement, l'article 461 du code pénal se réfère, sans la définir, à la notion de chose, le vol étant défini comme la soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui. Le législateur ne dispose d'aucune matérialité de la chose, cependant cette dernière ne peut pas être interprétée

isolément, mais en relation avec l'autre élément du vol, c'est-à-dire la soustraction. Il est à relever à cet égard que l'infraction de recel visée par l'article 505 du code pénal mentionne, contrairement à l'article 461, expressément les biens incorporels comme pouvant faire l'objet de recel.

La « chose » visée à l'article 461 du code pénal doit donc s'entendre comme un meuble corporel excluant de par la même tout objet « incorporel » (CA Luxembourg 11 mai 2004, 154/04 V), puisqu'il n'y n'a pas d'appréhension directe de la chose. Il n'est ainsi pas possible de « voler » des choses immatérielles, en l'occurrence des données immatérielles.

Dans le cas cependant où le support physique de données électroniques, comme une disquette par exemple, ont été soustraites, il s'agit d'un vol, même si le support n'a été emprunté que momentanément pour copier ensuite les données sur un autre support (CASS. Crim, 12/1/1989, *Bull.crim.* n° 14).

De même les données électroniques sont des informations traitées qui peuvent prendre plusieurs formes telles que les ondes électromagnétiques et les impulsions magnétiques. Ces formes peuvent être enregistrées, transmises, et reproduites. Dans cette optique, elles ne sont pas considérées comme une chose intellectuelle tels que les droits et les idées, mais comme une chose qui a, dans notre monde physique (réel), une présence matérielle, les données électroniques ou informatiques pouvant être enregistrées sous la forme d'impulsions dans des circuits électroniques ou sur des bandes magnétiques (J.-P. SPREUTELS : *Le Vol de Données Informatiques* (Bruxelles, D.C.P), [1991]note 97, page 1047).

En l'espèce, dans la mesure où les données électroniques sont des données personnelles figurant sur la bande magnétique de la carte de crédit, se trouvent matérialisées sur cette bande magnétique et sont reproduites sur la bande magnétique du « skimmer », elles constituent des choses susceptibles d'être détournées ou prises d'une manière qui fait une privation au propriétaire et de ce fait elles peuvent donc être soustraites au sens de l'article 461 du code pénal.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu le prévenu dans les liens de la prévention d'infraction à l'article 464 du code pénal en ce qui concerne les données personnelles électroniques enregistrées sur quatre cartes de paiement électroniques, la qualité de salarié du propriétaire du restaurant et la circonstance que les faits ont eu lieu dans le restaurant de l'employeur du prévenu étant établies par les éléments du dossier pénal. Les périodes retenues par le tribunal sont également à confirmer, dès qu'il ressort du dossier pénal que le prévenu a travaillé au restaurant **RESTO.2** à partir d'octobre 2003 et qu'une partie des infractions se situent début novembre 2003.

Concernant les autres préventions retenues à charge de **X** par les juges de première instance, en l'occurrence les infractions aux articles 196 et 197 du code pénal, l'infraction à l'article 496 du code pénal, ainsi que l'infraction à l'article 488 du code pénal, il convient de signaler, afin de pouvoir se prononcer sur le moyen d'incompétence des juridictions répressives luxembourgeoises pour connaître de ces infractions soulevé tant par le prévenu que par le représentant du ministère public, que l'enquête policière a révélé que des cartes de paiement Visa contrefaites, portant des données émises au

Luxembourg, ont été utilisées dans divers commerces en région parisienne fin octobre et début novembre 2003. Les recherches effectuées par les enquêteurs ont ainsi permis d'établir que le point de compromission se situait au restaurant **RESTO.2** à L(...) et que les cartes Visa portant les numéros (...), (...), (...) et (...) ont été copiées dans ce restaurant moyennant un appareil spécial, dit « skimmer », utilisé pour ce genre de fraude.

La soustraction frauduleuse des données électroniques figurant sur les cartes de paiement précitées constitue, avec les infractions de faux, d'usage de faux, d'escroquerie et de contrefaçon de clefs commises à l'aide des données soustraites de cette carte de crédit, une seule infraction collective en vertu du concert préalable des auteurs, de leur unité d'intention de but, l'auteur ayant commis à chaque fois la soustraction pour rendre par la suite possible la commission des infractions de faux, d'usage de faux, de contrefaçon de clés et d'escroquerie. En cas d'infraction collective, il suffit, pour rendre compétents les tribunaux répressifs luxembourgeois, que l'un des actes caractérisant un des éléments constitutifs de l'infraction se soit produit dans le Grand-Duché de Luxembourg, et il est irrelevante que les actes composant ces éléments constitutifs aient été perpétrés par un seul agent ou par plusieurs.

Il s'ensuit que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle, était compétent pour connaître des infractions précitées. La Cour d'appel fait sienne encore la motivation des juges de première instance en ce qu'ils ont retenu le prévenu en qualité de coauteur des infractions de faux, d'usage de faux, de contrefaçon de clés et d'escroquerie perpétrées en France, notamment par **Z**, son assistance à ces infractions, qui est établie par le dossier pénal et les déclarations testimoniales recueillies, ayant constitué une acte de participation principale à ces infractions.

Quant aux infractions à retenir à charge du prévenu telle que décrites ci-dessus, les règles du concours des infractions ont été correctement appliquées par la juridiction de première instance.

Quant aux peines, si elles sont légales, la Cour estime cependant que le prévenu ne paraît pas indigne de la clémence de la Cour d'appel au regard de son rôle relativement mineur dans la perpétration des infractions et de ses efforts pour travailler, de sorte qu'il y a lieu de faire bénéficier le prévenu du sursis à l'exécution de l'intégralité de la peine d'emprisonnement.

Les confiscations et restitutions prononcées l'ont été à bon escient.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu entendu en ses explications et moyens de défense, le représentant du ministère public en son réquisitoire;

reçoit les appels;

déclare celui relevé par le prévenu partiellement fondé;

réformant:

dit qu'il sera sursis à l'exécution de l'intégralité de la peine d'emprisonnement de quinze (15) mois prononcée par la juridiction de première instance;

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

condamne le prévenu aux frais de leur poursuite pénale en instance d'appel, liquidés à 12,12 €.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges en ajoutant l'article 214 du code pénal et par application des articles 202, 203, 209, 210 et 211 du Code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Nico EDON, premier conseiller, président, Madame Lotty PRUSSEN et Monsieur Jean-Paul HOFFMANN, conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Cornelia SCHMIT.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, par Monsieur Nico EDON, premier conseiller, en présence de Madame Martine SOLOVIEFF, premier avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.