Jugt no **525/2007**

AUDIENCE PUBLIQUE DU 8 FEVRIER 2007

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, chambre correctionnelle, a rendu le jugement qui suit:

Dans la cause du Ministère Public contre

ex.p. **1. X.)**,
né le (...) à (...),
demeurant à B-(...), (...);

ex.p. **2. Y.)**,
né le (...) à (...),
demeurant à L-(...), (...);

- p r é v e n u s -

F A I T S :

Par citations du ***14 août 2006***, Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a requis les prévenus de comparaître à l'audience publique du ***10 octobre 2007*** devant le tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

infractions aux articles 491 et 496 du Code pénal, ainsi qu'aux articles 2(3), 14(1)et 64 de la loi du 5 avril 1993

A l'audience du ***10 octobre 2006***, l'affaire fut remise à plusieurs reprises pour comparaître utilement à l'audience du ***16 janvier 2007***.

A l'audience du ***16 janvier 2007***, Madame la vice-présidente constata l'identité des prévenus ***X.)*** et ***Y.)*** et leur donna connaissance de l'acte qui a saisi le Tribunal.

Les témoins **T1.)** , **T2.)** et **T3.)** furent entendus en leurs déclarations orales après avoir prêté le serment prévu par la loi.

Ensuite l'affaire fut remise au 22 janvier 2007, pour continuation des débats.

A l'audience du 22 janvier 2007, le prévenu ***X.)*** fut entendu en ses explications et moyens de défense, lesquels furent plus amplement développés par Maître François REINARD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

Le prévenu ***Y.)*** fut entendu en ses explications et moyens de défense, lesquels furent plus amplement développés par Maître Françoise EBERHARD, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Le représentant du Ministère Public, Monsieur Marc HARPES, substitut du Procureur, résuma l'affaire et fut entendu en son réquisitoire.

Le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour, date à laquelle le prononcé avait été fixé,

j u g e m e n t qui suit :

Vu l'ordonnance de la Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 31 mai 2005 ordonnant le renvoi de ***X.)*** et ***Y.)*** devant une chambre correctionnelle du même tribunal du chef d'abus de confiance et d'escroquerie et d'infractions à la loi du 5 avril 1993.

Vu les citations du ***14 août 2006*** régulièrement notifiées aux prévenus ***X.)*** et ***Y.)*** .

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

Le Ministère Public reproche aux prévenus **Y.)** et **X.)** d'avoir commis les infractions suivantes en leur qualité de dirigeants sinon comme représentants et responsables de la société **SOC1.)** s.à.r.l. et de la société **SOC2.)** S.A. ci-après **SOC2.)** : à savoir l'**escroquerie** en usant des manœuvres frauduleuses notamment en faisant croire à la personne lésée **T2.)** qu'ils investiraient l'argent pour son compte sur le marché des capitaux et en lui promettant un rendement annuel de 7,75 %, alors que tel n'était pas le cas, le tout pour se faire remettre la somme de 12.000.000.- francs; le délit **d'abus de confiance** en détournant au préjudice de **T2.)** cette somme qui leur avait été remise à la condition de la gérer en vue d'un rendement annuel de 7,75 %, ainsi que des **infractions à la loi du 5 avril 1993** sur le secteur financier pour avoir, à titre professionnel, réceptionné cette somme en vue de la gestion de cette somme par investissement sur le marché des capitaux partant d'avoir exercé l'activité de réception, de dépôt ou d'autres fonds remboursables au public et d'avoir **exercé** une activité du secteur financier et notamment **l'activité de gérant de fortune** alors que ni les sociétés **SOC1.)** s.à.r.l., ni **SOC2.)** ni les prévenus eux-mêmes n'étaient en possession d'un agrément écrit du Ministre.

Le prévenu **X.)** a fait des déclarations circonstanciées par devant le juge d'instruction, réitérées à l'audience du Tribunal correctionnel du 16 janvier 2007, corroborées par les éléments du dossier répressif tout en demandant son acquittement en raison de son rôle minime et parce qu'il n'y aurait pas eu d'intention dolosive dans son chef.

Y.) conteste les faits et les infractions.

<u>LES FAITS:</u>

Le dossier répressif, notamment la plainte circonstanciée de **T2.)** , l'audition des témoins **T1.)** et **T2.)** ainsi que de **T3.)** et les débats à l'audience permettent de résumer les faits comme suit:

a) les faits constants en cause

Le Ministère Public a été saisi d'une plainte en date du **8 août 2001** de **T2.)** .

Par réquisitoire du **28 août 2001** pour abus de confiance et escroquerie une information a été ouverte et l'enquête a été confiée par transmis du **12 octobre 2001** au témoin **T1.)** qui a dressé le procès-verbal n° 4-544/02 du **4 avril 2002** et le rapport n° 37-376-04 du **28 juin 2004**.

Fin 1997 par l'intermédiaire et sur recommandation de son comptable **COMPTABLE** , qui était en relation d'affaires avec les consorts **X/Y.)**, ce dernier l'a contacté en vue du placement de deniers appartenant à **T2.)** .

Y.) et **X.)** ont eu une première et seule entrevue avec **T2.)** , accompagné de son comptable le **13 octobre 1997**, un contrat de fiduciaire portant sur la somme de 12 millions de francs a été préparé par les consorts **X./Y.)** et a été signé à cette occasion entre eux et **T2.)** et deux chèques d'un montant total de 12 millions furent remis aux consorts **X.)-Y.)** par **T2.)** .

A intervalles réguliers, des extraits ont été envoyés à **T2.)** d'abord par la société **SOC1.)** s.à.r.l., ensuite à partir de **juillet 1998** par la société **SOC2.)** S.A., à partir **d'octobre 1999** par la société **SOC2.)** .

Le **16 novembre 2001 T2.)** fut informé que le capital s'élevait à 15.261.504 Flux et que la date d'échéance du 13 octobre 2000 serait prolongée au 15 janvier 2001. Le courrier avait été signé par **Y.)** . A ce moment, les 12 millions investis par **T2.)** avaient déjà été utilisés par la société **SOC1.)** s.à.r.l..

La société **SOC2.)** a été mise en faillite le **29 décembre 2000** et la société **SOC1.)** s.à.r.l. a été déclarée en faillite en date du **18 mai 2001**.

Le **2 janvier 2001 T2.)** fut informé par courrier de **Y.)** , que des entrevues avaient été fixées avec le curateur aux 15 et 19 février 2001. Lorsque **T2.)** apprit la mise en faillite de la société **SOC1.)** s.à.r.l., il déposa plainte le 7 juillet 2001, plainte qui est entrée au Parquet le 8 août 2001.

L'enquête policière et judiciaire a révélé que: les fonds remis n'avaient pas été investis conformément à l'article 1 du contrat fiduciaire et avaient été placés par tranches sur le compte courant de la société **SOC1.)** s.à.r.l. pour couvrir les frais de fonctionnement de cette dernière, les prélèvements qui avaient débuté peu après le dépôt par **T2.)** notamment pour couvrir les frais salariaux, de combustible, de télécommunications, les dettes fiscales et d'huissiers, de sorte qu'en avril 1999 les 12 millions étaient déjà consommés bien que des extraits furent encore envoyés à **T2.)** .

b) Le groupe X.)-Y.)

Les prévenus **Y.)** et **X.)** sont gérants et associés majoritaires de différentes firmes exploitées d'abord à (...), (...) et ensuite à (...), (...).

Au siège à (...) est exploitée une fiduciaire. Afin de diversifier l'activité, les prévenus **Y.)** et **X.)** avaient décidé de recueillir des fonds auprès de clients sans être en possession des autorisations nécessaires, qui avaient été demandées selon **X.)** en 1998, deux gestionnaires de fortune ayant déjà été engagés à ces fins, sans succès pour les démarches entreprises auprès des autorités publiques.

A défaut d'éléments plus pertinents à disposition du tribunal sinon d'une enquête plus poussée sur toutes les sociétés affiliées à **Y.)** , respectivement **X.)** , sinon gérées par eux, l'analyse et la description des sociétés du groupe **X/Y.)** se limite aux sociétés ayant joué un rôle dans le dossier actuel, sans préjudice de toutes les autres sociétés pouvant être assimilées à ce groupe.

La société anonyme **SOC2.) S.A** ci-après **SOC2.)** a été crée le 15 janvier 1997 par **Y.)** et **X.)** , par devant le notaire Biel, sous la dénomination **SOC2.)** S.A. avec siège à (...), (...).

Selon l'article 4 des statuts, il s'agit d'une société de prestations de services.

Au début le capital s'élevait à 1.250.000.- francs avec 50% des actions et signature seule pour chacun des deux prévenus, la mère de **X.)**, **A.)** , était également associée, **X.)** était administrateur délégué.

La **B.)** s.à.r.l. domiciliée à la même adresse a été nommée réviseur de compte.

Le 8 juin 1998 lors d'une A.G. extraordinaire en présence de **Y.)** et de **X.)** , le capital social a été augmenté de 23.750.000 .- francs pour arriver à un capital de 25 millions. Les actions sont souscrites par **Y.)** et **X.)** mais seulement libérées à 25 %, de sorte qu'un montant de 5.937.500.- francs était à disposition de la société à partir de ce moment.

Lors d'une AGE du 11 mars 1999, en présence des deux prévenus, par-devant le notaire Decker, il a été constaté que le capital de 25 millions a été libéré et l'AGE a décidé d'accorder à la société un capital de 200.000.000.- francs divisé en 16.000 actions de 12.500 .- francs et de changer la dénomination sociale en la société **SOC2.)** S.A.. L'objet social de la société a été changé en celui d'une holding.(rapport de la PJ nr 4/1117 du 17.8.00)

La société **SOC2.)** S.A a ouvert en date du 8.9.1998 le compte nr 21995 auprès de la CAISSE CENTRALE RAIFFEISEN, ci-après CCR, avec comme bénéficiaires économiques **Y.)** et **X.)** , compte qui a été liquidé en date du 30.6.2000

Cette société a été déclarée en état de faillite le 29 décembre 2000.

La société à responsabilité limitée **SOC1.) s.à.r.l.,** ci-après **SOC1.)** , a été créée avec 49 parts avec signature seule, pour chacun des deux prévenus, deux parts appartenant à la sœur.

La société **SOC1.)** s.à.r.l. a ouvert en date du 14.12.1998, le compte nr (...) auprès de la CAISSE CENTRALE RAIFFEISEN, **Y.)** et **X.)** ayant pouvoir de signature. Le compte a été liquidé en date du 25.10.2000.

Cette société a été déclarée en état de faillite le 18 mai 2001.

Suivant les statuts, **X.)** a démissionné des sociétés **SOC2.)** S.A et **SOC1.)** s.à.r.l. en date du 3 août 2000. (rapport PJ 4-0755-01 du 30.4.01)

La **B.) s.à.r.l**. avait son siège à (...), (...), **X.)** n'y eu pas de parts et de fonctions.

Cette société a été déclarée en état de faillite le 20 juillet 2001.

A un certain moment les prévenus avaient créé une société **C.)** avec d'autres investisseurs notamment dans le but d'exploiter une compagnie d'aviation destinée à assurer une liaison entre le Luxembourg et les Etats-Unis. Cette société a également fait faillite. Le dossier pénal en rapport avec cette société est encore en cours d'instruction au cabinet d'instruction.

c) les prévenus Y.) et X.)

Le témoin **T1.)** connaît le prévenu **Y.)** par l'intermédiaire des diverses enquêtes diligentées par la Police Judiciaire au courant des dernières années notamment pour escroquerie et abus de confiance dont certaines impliquaient également le fils **X.)** .

Il est d'avis que, d'après sa formation de comptable **Y.)** n'avait pas les connaissances et l'expérience nécessaire pour exécuter à bonne fin les projets et entreprises rocambolesques qu'il proposait à ses clients et pour obtenir les autorisations de commerce requises par le secteur

financier pour les activités des entreprises gérées par lui. Son fils **X.)** , également comptable ne dispose pas non plus de la formation nécessaire, notamment par comparaison aux compositions des conseils d'administration des sociétés d'aviation, pour mener à bonne fin la création et l'exploitation d'une compagnie d'aviation.

Selon ce témoin, **Y.)** s'occupait essentiellement des contacts avec les clients, tandis que **X.)** était en surmenage permanent, pour mener à bon terme pour le moins les travaux comptables afin d'assurer des revenus réguliers aux sociétés et de boucher les trous. Comme il était administrateur ou gérant de la plupart des sociétés, son père avait besoin de ses signatures. Sous l'emprise de son père il n'avait pas le temps ou zèle nécessaire pour contrôler les activités illicites de ce dernier et s'y opposer.

A l'audience du 16 janvier 2007, ce témoin confirme encore que les deux prévenus étaient impliqués dans la gestion des sociétés et que la mésentente s'était installée en raison de l'opposition de vues des deux prévenus notamment quant à la gestion de la future société d'aviation **C.)** , différences de vue essentiellement en raison des études respectives faites par chacun d'eux. **X.)** ayant eu une formation plus moderne à Athus, avait une vue différente et plus actuelle sur la marche des affaires que son père, qui restait figé sur ses principes datant du temps de ses études.

Selon le témoin, le prévenu **Y.)** , simple comptable, n'avait ni les autorisations de faire le commerce requises pour les activités des différentes sociétés exploitées par lui, ni celles prévues par la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier.

Le modus operandi de **Y.)** , décrit par ce témoin, serait toujours le même. Il convaincrait des clients, la plupart du temps des étrangers, à faire des placements. A cet effet il crée une ou plusieurs sociétés où lui et/ou son fils sont administrateur ou gérant avec pouvoir de signature. Il subtilise l'argent sur les comptes des clients, soit pour payer les frais de ses sociétés, soit pour rembourser de l'argent « emprunté » sur les comptes d'autres clients.

Il est connu de la section financière et notamment du témoin depuis son entrée au service de la police judiciaire en 1998 pour ces activités illicites. Quand une de ses sociétés avait des difficultés financières, il en créait une autre et laissait tomber la précédente en faillite.

Ce témoin estime le montant des fonds obtenus par **Y.)** , moyennant le modus operandi prédécrit, au courant des ans à plusieurs millions. La plupart de ces clients, dont les fonds investis n'étaient pas déclarés auprès des services fiscaux des pays d'origines, n'auraient, pour cette raison, pas porté plainte après la disparition des fonds.

Interrogé sur le rôle de **X.)** , ce témoin déclare que ce dernier se serait finalement disputé avec son père et l'aurait quitté en août 2001.

Le témoin **T3.)** complète cette description. Selon elle, **X.)** s'occupait de la société **SOC1.)** et son père de la société **SOC2.)** .

Les deux prévenus recevaient les clients et après le départ de **X.)** , **Y.)** s'occupait seul des sociétés.

Il résulte encore de ces témoignages que **Y.)** est spécialiste dans l'art de parler et de convaincre les clients de lui confier de l'argent et rejette, en cas de découverte de ses activités suspectes, toujours la responsabilité de ses actes sur d'autres personnes.

EN DROIT

a) quant au moyen d'irrecevabilité tiré de la connexité

Avant tout progrès en cause, le mandataire de **Y.)** demande la jonction de la présente affaire au dossier concernant la société **C.)** en cours d'instruction au cabinet d'instruction au motif que le plaignant **T2.)** serait également plaignant dans cette affaire et que dès lors les deux affaires seraient liées. Par ailleurs, la chambre civile de la Cour d'Appel aurait sursis à statuer dans un procès civil en cours, en attendant le résultat de l'affaire pénale **C.)** et prendrait une décision à ce sujet à la fin du mois de janvier 2007.

Maitre François REINHARDT pour le compte de **X.)** se rallie à cette demande.

Le Ministère Public s'oppose à cette demande au motif que les deux affaires ne seraient pas liées.

Le tribunal avait décidé de joindre cette demande au fond et de continuer l'instruction.

A titre principal la défense invoque partant la connexité, respectivement l'indivisibilité de la présente affaire avec celle instruite au cabinet d'instruction sous le nom de **C.)** dans laquelle le plaignant actuel **T2.)** aurait été entendu à titre de témoin, notamment en rapport avec la même somme de 1.2 millions francs détournée, pour conclure à la jonction de ces deux affaires, respectivement au renvoi devant la chambre correctionnelle du tribunal qui sera saisie de cette deuxième affaire.

A titre subsidiaire ils soutiennent que la citation serait irrecevable étant donné qu'elle viserait les mêmes faits dont serait actuellement saisi le juge d'instruction près du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

En matière pénale toutes les règles de compétence ont un caractère d'ordre public et impératif, ce qui signifie que la juridiction doit, même d'office, soulever le moyen d'incompétence, dans le silence des parties (THIRY, Précis d'Instruction Criminelle en Droit Luxembourgeois, T.I n° 362).

Il est de jurisprudence qu'en cas de connexité, la jonction des procédures étant facultative, c'est l'intérêt d'une bonne administration de la justice qui en décidera. La décision de jonction constitue en principe un jugement préparatoire (voir Thiry, Précis d'Instruction criminelle en droit Luxembourgeois, no 379, page 219 et ss).

Il est unanimement admis en doctrine et jurisprudence que l'énumération des cas de connexité dans l'article 26-1 du Code d'instruction criminelle luxembourgeois correspondant à l'article 207 du code belge et 207 de l'ancien code de procédure pénale français, n'est pas limitative mais purement indicative. Les juridictions peuvent procéder par analogie et retenir des cas de connexité non prévus par le texte, lorsqu'il existe entre les faits envisagés, un lien analogue à l'un de ceux que vise l'article 26-1 du Code d'instruction criminelle. (LE POITTEVIN, Code d'Instruction Criminelle, T I. art 226 n° 2; BELTJENS, Droit Criminel Belge, art. 227, n° 13 et nombreuses références citées; R. THIRY, Précis d'Instruction Criminelle, T.I et II, n°376 - 378).

De ce fait il y a connexité en cas de pluralité d'infractions commises par une pluralité de délinquants se rattachant par un lien commun qui est constitué soit par l'unité de temps et de lieu, soit par le concert organisé à l'avance par différents délinquants ou bien suppose un rapport de cause à effet entre plusieurs infractions commises par un ou plusieurs auteurs (BELTJENS, Droit criminel belge, article 223 n°8), par opposition à l'indivisibilité, cas où il y a unité d'infraction avec ses conséquences légales (R. THIRY, op. cit., T I et II n° 376 à 378).

En règle générale, dans tous les cas de connexité, il faut une pluralité de coupables et une multiplicité des faits, alors que l'indivisibilité ne suppose pas cumulativement réunies ces deux conditions (MERLE et VITU, Traité de Droit criminel, T. II, n°1344 éd. 1973).

La connexité ne résulte cependant pas nécessairement du fait que les infractions ont été commises dans les mêmes circonstances de temps et de lieu. Il faut qu'il existe entre elles un lien logique plus ou moins étroit pour que le juge compétent pour juger les unes devienne également compétent pour statuer sur les autres, alors qu'à l'égard de ces dernières, elles seraient envisagées seules, il serait sans compétence pour en connaître.

L'indivisibilité suppose l'unité du délit. Celle-ci se rencontre notamment lorsque des actions, distinctes et diverses au point de vue matériel, constituant chacune, si on les isole, un crime ou un délit particulier, se fondent et se coordonnent ensemble, si bien qu'en les replaçant dans leur milieu, en tenant compte des circonstances qui les ont suivies ou précédées, on se trouve en présence d'un ensemble, d'une sorte de combinaison criminelle, où les éléments isolés perdent leur caractère pour former un tout homogène. L'unité de l'infraction résulte ici de l'élément moral, de l'intention de l'auteur, qui soude les faits les uns aux autres (Répertoire Pratique de Droit Belge, v° Compétence en matière répressive, n° 31).

Elle est encore définie par la jurisprudence comme la situation dans laquelle "il y a lieu de considérer un crime ou un délit comme rattachés l'un à l'autre par des liens de l'indivisibilité, lorsqu'ils ont été commis dans le même trait de temps, dans le même lieu, qu'ils ont été déterminés par le même mobile, qu'ils procèdent de la même cause et qu'en outre l'indivisibilité de l'accusation comme de la défense sur l'ensemble des faits commande de les soumettre simultanément à l'appréciation des mêmes juges" (Cass. crim fr. 13 février 1926, Bull. crim. 1926,n° 64, cité avec d'autres réf in J-CL PROCEDURE PENAL, v° Chambre d'accusation – connexité et indivisibilité- art 191-230, n°47 et suiv.)

Ainsi on a pu dire que le lien de l'indivisibilité est encore plus étroit que celui qui résulte de la simple connexité.

Il y a pluralité de victimes, mais unicité d'auteur, de temps et de mobile le cas échéant.

Il est admis qu'en raison du lien d'indivisibilité existant entre les infractions reprochées à plusieurs personnes ayant participé à un acte unique, toutes ces personnes doivent être comprises dans une seule et même procédure et renvoyées en même temps devant les mêmes juges. Cette règle souffre cependant exception, si une impossibilité matérielle ou légale s'oppose à ce que l'un des inculpés soit déféré à la juridiction de répression au moment où l'affaire est en l'état à l'égard des autres (Cass. crim. lux. 13 janvier 1977, P lux. 22. 493, Cass. crim. fr 29 juin 1976, Bull. n°235).

L'effet de l'indivisibilité implique que tous les auteurs et les complices du délit qui ont été découverts en même temps, peuvent être poursuivis ensemble. S'il en était autrement, et s'ils étaient découverts les uns après les autres, les poursuites seraient successives (R. GARRAUD, Traité théorique et pratique d'Instruction criminelle et de Procédure pénale, T II, no579, p.400).

En cas d'indivisibilité la jonction des poursuites est obligatoire, mais ne s'applique qu'à condition que les poursuites puissent être exercées "simultanément et sans retard parce qu'ils ont été conjointement poursuivis. Il n'y a pas de connexité dans l'esprit de nos lois d'instruction entre un fait poursuivi et un fait qui ne l'est pas; entre un fait en état de recevoir une application pénale et un fait dont le juge de répression n'est pas encore mis à même de prendre connaissance" Il ne saura partant exister une connexité ou indivisibilité entre des faits soumis comme en l'espèce à une juridiction de jugement et une juridiction d'instruction (Rép. Prat. op.cit. n°36 – 46, dans le même sens: J-CL Procédure Pénale, op. cit. n° 54 et 55) .

Le tribunal ne dispose d'aucune information concernant l'affaire **C.)** en raison du secret de l'instruction invoqué par le témoin **T1.)** et le Ministère Public.

Les prévenus n'ont par ailleurs soumis aucun élément ni aucune pièce justificative permettant au tribunal de vérifier si en l'espèce les conditions de la connexité respectivement de l'indivisibilité sont remplies entre les deux dossiers.

Les faits énoncés dans la citation dont est saisie le tribunal à l'heure actuelle sont plus restreints que ceux dont est saisi le juge d'instruction dans l'affaire de la société **C.)** alors qu'il y a d'autres plaignants. D'ailleurs, il résulte des déclarations du témoin **T1.)** que **T2.)** ne s'était pas présenté spontanément lors de l'enquête de l'affaire **C.)** mais avait été contacté par les enquêteurs et avait à ce moment fait ses déclarations.

Ceci étant, il y a lieu de retenir qu'il n'est pas établi qu'il existe un lien d'indivisibilité ou de connexité entre les faits reprochés aux prévenus dans la présente affaire et celle en instruction devant le juge d'instruction. Le simple fait pour l'enquêteur de conclure dans son rapport antérieurement à sa déposition devant le tribunal à l'audience que les affaires devraient être traitées ensemble ne suffit pas pour entraîner la conviction du tribunal qu'il y a connexité respectivement indivisibilité en l'espèce.

Pour ces raisons, il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes de la défense.

Pour le surplus pour être complet suivant l'article 182 du Code d'Instruction Criminelle, le tribunal est saisi soit par le renvoi soit par la citation à prévenu. L'acte qui opère la saisine du tribunal correctionnel, limite et détermine l'étendu des faits dont il est appelé à connaître (Poittevin, Code d'instruction criminelle, tome 1, art 182 n°19).

Il est de principe qu'il ne peut être légalement statué par les tribunaux correctionnels que sur les faits relevés par la citation et l'ordonnance de renvoi qui les saisit.

En matière correctionnelle, il est de principe que le prévenu appelé à sa défendre contre une inculpation est virtuellement interpellé de s'expliquer sur toutes les modifications qu'elle paraît recevoir dans le cours des débats, ainsi que sur les diverses qualifications dont elle serait susceptible, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un fait autre que celui qui a motivé les poursuites (ibid n° 42).

Le Tribunal correctionnel a partant le droit et le devoir d'examiner les faits lui déférés et dont il est saisi et de les qualifier le cas échéant autrement que ne l'a fait la partie poursuivante ou la juridiction d'instruction, lesquels n'ont pu porter atteinte, ni à l'étendue de la saisine, ni aux pouvoirs de la juridiction de jugement.

L'enrôlement d'une affaire consiste à faire inscrire par le secrétariat sur une espèce de registre ou répertoire, par ordre chronologique, les affaires dont une juridiction est saisie ainsi que, dans les juridictions comportant plusieurs chambres, sur un registre où ne sont inscrites que les affaires distribuées à une chambre déterminée. L'enrôlement résulte en général d'une initiative d'une des parties, en l'espèce le Ministère Public suivant des formalités variables et notamment par la citation à l'audience et opère saisine de la juridiction emportant liaison d'instance en lui soumettant le litige afin que la juridiction y applique son activité jusqu'à son dessaisissement (G. Cornu, Vocabulaire juridique, v° « enrôlement », « rôle » et « saisine »).

Dès lors que les citations régulièrement notifiées par le Ministère Public ont été inscrites au rôle, le Tribunal d'arrondissement siégeant en matière correctionnelle est saisi des faits y portés et une liaison d'instance a pu se créer et a saisi la juridiction, et a lié l'instance à l'égard des prévenus.

Il s'ensuit que les tribunal a été saisi par l'acte de citation notifié le 14 août 2006. Les reproches dirigés contre les prévenus dans cette citation sont partant en l'état d'être jugés.

En application de ce qui précède et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice c'est à bon droit que le tribunal a continué l'instruction de l'affaire dont il fut saisi par citation du Ministère Public.

Le Tribunal correctionnel est compétent pour connaître des infractions mises à charge des prévenus dans la citation à prévenu.

b) quant au moyen non bis in idem

A l'audience du 22 janvier 2007 le mandataire du prévenu **Y.)** a soulevé l'irrecevabilité des poursuites dirigées par le Ministère Public contre **Y.)** , du chef des infractions à la loi du 5 avril 1993, au motif son mandant aurait déjà été acquitté du chef de ces faits par jugement du 11 mai 2002 confirmé en appel par arrêt du 11 mai 2004, jugement et arrêt qu'il verse au dossier répressif.

Le Ministère Public demande de rejeter ce moyen alors qu'il s'agirait en l'occurrence d'autres faits que ceux vidés par ce jugement et par l'arrêt.

Il appert du dossier répressif et du jugement et de l'arrêt versé par la défense, que la 12ième chambre correctionnelle acquitta les prévenus du chef d'infractions similaires pour la période située entre le 15 mars 2000 et le 6 juillet 2000 en tant que responsables ou représentants de la firme **SOC2.)** et ce par rapport à une activité de gérant de fortune à l'égard d'autres victimes **D.)** et les sieurs **E.)** et **F.)** .

La règle *non bis in idem* forme obstacle à ce que la même poursuite soit reproduite devant les tribunaux. On ne pourrait punir de nouveau un coupable déjà frappé à raison d'un délit. Les décisions devenues irrévocables bénéficient d'une présomption irréfragable de vérité et si de nouvelles poursuites venaient à être exercées, elles seraient repoussées par l'exception de la chose jugée.

Il faut en outre que la décision soit devenue irrévocable ; il résulte d'un extrait du casier judiciaire du prévenu que le jugement du 4 juillet 2002 confirmé sur ce point par l'arrêt contre lequel aucun recours en cassation n'a été introduit est devenu irrévocable, aucune voie de recours n'ayant été exercée (A. BRAAS ; Précis de Procédure pénale, 3ième éd. T. I, pp. 120 et ss.).

Il faut qu'il y ait identité entre les faits, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, les deux poursuites se rapportant à des faits et des victimes différentes.

Il y a partant lieu de déclarer le moyen non fondé.

c) quant au moyen tiré de la prescription des infractions relatifs à la loi du 5 avril 1993

Le mandataire du prévenu **Y.)** conclut à l'extinction des poursuites pénales en raison de la prescription des faits en ce qui concerne les infractions relatives à la loi du 5 avril 1993.

L'autre prévenu s'est rallié à ces conclusions et a demandé au tribunal de déclarer l'action publique éteinte par prescription.

Le Ministère Publique a estimé que les infractions ne seraient pas prescrites en raison du fait, que la prescription concernerait les faits et non pas une qualification juridique.

La prescription de l'action publique étant d'ordre public, le tribunal doit examiner d'office si l'action publique n'est pas éteinte par la prescription.

L'action publique a été débutée le **8 août 2001** (cachet du Ministère Publique) par la plainte datée du **7 juillet 2001** déposée par **T2.)** .

Par réquisitoire du Ministère Public du **28 août 2001** pour abus de confiance et escroquerie le juge d'instruction fut saisi. Un premier procès-verbal nr 4-544/02 a été dressé en date du **4 avril 2002** après transmis du juge d'instruction du **12 octobre 2001** ainsi qu' un rapport nr 37-376-04 en date du **28 juin 2004** et l'information a été clôturée le **24 février 2004**. Le renvoi a été prononcé le **31 mai 2005** .

Les prévenus ont été inculpés et entendus par le juge d'instruction en date du **6 janvier 2005** sur les faits.

Les prévenus ont été cités par citations du **14 août 2006** à l'audience du **10 octobre 2006** date à laquelle l'affaire a été remise au **16 janvier 2007** . Ces citations ont requis les prévenus de comparaître devant le tribunal correctionnel d'une part pour les faits renvoyés par l'ordonnance de renvoi du 31 mai 2005 pour les qualifications d'abus de confiance et d'escroquerie et par citation directe du même jour pour les infractions à la législation sur le secteur financier.

La date des faits reprochés aux prévenus pour ces dernières infractions est la période:

depuis un temps non prescrit jusqu'au 18 mai 2001, date de la faillite de la société SOC1.) s.à.r.l

La période des faits reprochés aux prévenus pour les infractions d'escroquerie et d'abus de confiance est la période:

entre le 13 octobre 1997 jusqu'au 18 mai 2001, date de la faillite de la société SOC1.) s.à.r.l.

Aux termes de l'article 638 du Code d'instruction criminelle, les délits se prescrivent par 3 années. Le délai de prescription est interrompu par l'ouverture d'une enquête .

Les faits qualifiés d'escroquerie respectivement d'abus de confiance ainsi que les infractions à la législation sur le secteur financier se prescrivent donc par 3 années.

Il est de jurisprudence que "lorsque les infractions sont **connexes**, tout acte interruptif de prescription concernant l'une d'elles a nécessairement le même effet à l'égard des autres, et ce même en cas de poursuites exercées séparément » (Cass. crim. fr. 19 décembre 1995 B, n°390) et " l'effet interruptif d'un acte de poursuite ou d'instruction relatif à un fait déterminé s'étend à tous les faits qui, bien que non visés, sont connexes à ce fait en raison de l'identité de leur objet et de la connexité de leur résultat ». (Cass. crim. fr. 22 octobre 1970, B. n°279)

L'effet interruptif d'un acte de poursuite ou d'instruction relatif à un fait déterminé s'étend à tous les faits qui, bien que non visés, sont connexes à ce fait en raison de l'identité de leur objet et de la communauté de résultat (Cass. fr 18 février 1991, Bull. 1991, n°85).

En l'espèce, les infractions à *la législation sur le secteur financier* ont été commises dans le but de pouvoir commettre les infractions d'escroquerie et d'abus de confiance, et sont liées par un rapport de cause à effet.

Cette manière de procéder permettait aux prévenus de retirer tout au long de la période visée des revenus provenant de leurs activités illicites et de créer et des pièces comptables et des extraits qui ne reflétaient pas la réalité afin de cacher leur intervention personnelle par des sociétés écrans gérées par eux et dont ils étaient les bénéficiaires économiques.

En l'espèce, les détournements commis jusqu'en 2001 dans le même but unique, à savoir camoufler le véritable sort de l'investissement de **T2.)** et cacher les retraits à titre privé et dans l'intérêt du fonctionnement de leurs sociétés et de leur activités non agréées de gestionnaire de fortune.

En l'espèce, il y a pluralité d'infractions commises par **Y.)** et **X.)** se rattachant par un lien commun qui est constitué par l'unité de temps et de lieu, ainsi par le concert organisé à l'avance entre les deux prévenus, ainsi qu'un rapport de cause à effet entre plusieurs infractions commises par les deux prévenus ce qui constitue, en vertu des définitions précitées, la connexité par excellence.

Pour le surplus, il existe entre elles un lien logique plus ou moins étroit, de sorte que le tribunal saisi par l'ordonnance de renvoi devient également compétent pour statuer sur les autres infractions.

Eu égard à ce qui a été développé sub a) au sujet de la connexité, il y a lieu de retenir que les infractions à la législation sur le secteur financier sont connexes aux escroquerie et abus de confiance en ce sens que les premières ont été commises en vue de commettre les deuxièmes.

Les conditions sont remplies en l'espèce en ce qui concerne les faits et infractions reprochées aux deux prévenus.

En raison de la connexité de plusieurs infractions, l'interruption de la prescription des infractions qualifiées d'abus de confiance et d'escroquerie, a un effet contagieux pour les infractions à la législation sur le secteur financier. « L'acte interruptif produit effet à l'égard de toutes les infractions » (Cass crim. fr. 18 février 1991, Bull n°85).

L'acte interruptif de la prescription effectué à l'égard de ces faits qualifiés suivant renvoi d'escroquerie sinon d'abus de confiance, profite donc aux infractions à *la législation sur le secteur financier*.

D'une manière générale le point de départ du délai de prescription est fixé au jour où l'infraction a été accomplie dans tous ses éléments, c'est-à-dire du jour où les poursuites ont été possibles sous la qualification retenue (Cass. ch. mixte 26 février 1971 B. n° 67). L'infraction est consommée à partir du jour où l'ensemble des éléments constitutifs sont réunis, celui-ci étant compté dans le délai (voir: FRANCHIMONT, Manuel de Procédure pénale, page 84–88).

Mises à part les infractions dites clandestines, le point de départ du délai de prescription est en principe fixé au jour où l'infraction est commise, respectivement à partir du jour où l'infraction a été réalisée dans tous ses éléments, c'est-à-dire où les poursuites ont été possibles sous la qualification retenue.

I - Particularité des **délits astucieux à caractère clandestin**: prescription différée

Le délit d'abus de biens sociaux, comme le délit d'abus de confiance dont il est dérivé, est un délit astucieux, souvent clandestin et donc consciencieusement dissimulé. La pratique des comptes occultes, des fausses factures, rend difficile la découverte des faits constitutifs de ce type de délit. De même, les coupables sont généralement en bonne place au sein de la société pour masquer leurs agissements frauduleux. Pour s'adapter à cette spécificité et afin d'éviter que ce délit ne soit trop souvent impuni, la jurisprudence a décidé, dans un premier temps, que le point de départ de la prescription devait être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté.

Il appartient aux juges de fixer le point de départ de la prescription en recherchant à quelle date les faits ont pu être constatés. Leur appréciation est souveraine, dès lors que les motifs qui la justifient ne contiennent ni illégalité, ni contradiction.

Mais quelle est la date de « découverte » des faits délictueux, retenue, en pratique, par la jurisprudence?

La jurisprudence retient majoritairement la date à laquelle les personnes habilitées à mettre l'action publique en mouvement, donc les magistrats du Ministère Public et les parties civiles, ont été informées des faits. L'information du commissaire aux comptes sur les faits délictueux, ne fait pas courir la prescription. Si ce dernier dénonce immédiatement les faits au procureur de la République, c'est alors la date de réception de sa dénonciation qui fait courir la prescription. S'il s'abstient de dénoncer, il se rend alors coupable du délit de non-révélation de faits délictueux. Cette situation est insusceptible, en elle-même, de faire courir la prescription à l'égard du parquet.

Pour ce qui concerne le **Ministère Public**, la date retenue est celle de la réception des dénonciations.

Les dénonciations proviennent, le plus souvent, soit des organes de la procédure collective, si la société est en redressement ou en liquidation judiciaire, soit d'administrations, telles que les douanes ou les services fiscaux, ou encore du commissaire aux comptes qui est tenu à une obligation de révéler.

Pour les **parties civiles**, il s'agit de la date à laquelle elles ont été en mesure d'agir.

Il s'agit là d'une question factuelle qui doit être appréciée au cas par cas. (Eva JOLY et Caroline JOLY-BAUMGARTNER: L'abus de Biens Sociaux à l'épreuve de la Pratique p 325-328)

Pour les infractions clandestines, le point de départ du délai de prescription est fixé au jour où l'infraction est apparue et a pu être découverte dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique. (Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur novembre 2005: Guillaume LECUYER: La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique p 8)

Ainsi dans un premier temps l'abus de confiance a été qualifié d'infraction clandestine «par réalisation ».

Très souvent comme en l'espèce même si cette infraction n'a pas été poursuivie par le Ministère Public, les mandataires opèrent ou masquent leurs détournements à l'aide de faux. En pareil cas, il importe de ne pas perdre de vue que, malgré leur nature différente, le détournement et l'usage de faux destiné à en dissimuler l'existence ne sont que la réalisation successive d'une seule et même intention coupable et forment une infraction unique. (Répertoire de Droit Belge : verbo abus de confiance n°68)

Les faux et usage de faux commis pour dissimuler des détournements et empêcher leur découverte, sont à considérer comme infractions clandestines par réalisation dont le délai de prescription ne commence à courir qu'au moment où les infractions sont apparues, c'est-à-dire à partir de leur découverte.

En l'espèce le Ministère Publique reproche aux prévenus les infractions d'escroquerie; d'abus de confiance, infractions clandestines par excellence. Par ailleurs les prévenus ont masqué les détournements commis par la fabrication de faux extraits et ont commis encore l'infraction d'usage de faux par l'envoi de ces extraits falsifiés à **T2.)** même s'ils n'ont pas été inculpés de ces infractions par le Ministère Public et le juge d'instruction.

Les détournements commis au cours des années 1997 jusqu'à 18 mai 2001 , date de la faillite de la société **SOC1.)** s. à r. l., constituent une infraction unique qui était définitivement consommée

quand les fonds étaient définitivement perdus, au plus tard au moment de la déclaration de la faillite de cette société et au moment où les prévenus ne pouvaient plus restituer l'argent investi.

En effet s'il y a détournement, l'infraction est consommée, quoi que l'auteur n'ait pas dissipé la chose: se rend coupable d'abus de confiance celui qui devant rendre un objet à une époque déterminée s'en va avec la chose.

Les prévenus retiraient, tout au long de la période visée, des fonds appartenant à **T2.)** et créaient des pièces comptables et des extraits qui ne reflétaient pas la réalité, afin de cacher les retraits à des fins personnelles, respectivement pour le compte des sociétés gérées par eux et la disparition des fonds appartenant à **T2.)** .

L'infraction collective *"*est constituée par la réunion de plusieurs infractions qui procèdent d'une intention délictueuse unique, mais dont chacune est punissable en soi. Elle suppose des actes successifs qui constituent eux-mêmes autant de faits punissables mais qui, en raison du but poursuivi par l'agent tendent qu'à la réalisation d'une seule et même situation délictueuse*" (Jean CONSTANT, Traité pratique de droit pénal, n° 148 ss, éd 1967; dans le même sens : MERLE et VITU, Traité de droit criminel, T I, n° 417).*

En l'espèce les détournements ont été commis jusqu'en 2001 dans un but unique, à savoir camoufler le véritable sort de l'investissement de **T2.)** et cacher les retraits à titre privé dans l'intérêt du fonctionnement de leurs sociétés et de leurs activités de gestionnaire de fortune.

La conséquence en est que la prescription d'infraction collective ne commencera à courir à l'égard de l'ensemble des faits qu'à partir de la consommation du dernier fait (voir: J. CONSTANT, op. cit. n° 157).

Le point de départ de la prescription de l'abus de confiance est fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté par la victime respectivement où il y a eu demande de restitution, préalable nécessaire à la constatation de l'impossibilité de restituer la chose remise ou déposée (Cour d'Appel de Nimes 14 mai 2004 nr 04/596 nr Jurisdata 2004-271995).

En l'occurrence le tribunal fixe le point de départ de la prescription des détournements qualifiés d'abus de confiance sinon d'escroquerie au **18 mai 2001**, date de la faillite de la société **SOC1.)** s. à r. l. ce qui a permis à **T2.)** de prendre connaissance des faits et de formuler ses revendications à l'égard des prévenus.

Le délai de prescription commençait à courir à partir de cette date.

En effet les faits n'ont pas pu être découverts plus tôt par **T2.)** , dès lors que celui-ci a été berné par les extraits envoyés régulièrement qui servaient à camoufler les détournements et dissimuler la situation réelle de son compte auprès de société **SOC1.)** s.à.r.l.. Le contrôle des investissements a été empêché par tous les moyens par **Y.)** qui avait réussi encore lors de la réunion avec **T2.)** en janvier 2001, à le tromper en lui promettant une entrevue auprès du curateur de la société **SOC2.)** .

Ce n'est que suite à la faillite en mai 2001 de la société **SOC1.)** s. à r. l. que les soupçons quant à la perte définitive de ses fonds ont été éveillés chez **T2.)** qui en a averti les autorités luxembourgeoises par sa plainte.

Est généralement admis comme acte interruptif de la prescription tout acte de poursuite ou d'instruction. Les actes d'instruction interruptifs sont posés par le juge d'instruction, par la juridiction de jugement et par la police judiciaire pour découvrir la vérité et représentent tout acte prévu par la procédure pénale, émanant d'une autorité qualifiée à cet effet et ayant pour objet de

recueillir les preuves ou de mettre la cause en état d'être jugée (H.-D Bosly et D. Vandermeersch, Droit de la procédure pénale).

Les actes destinés à un usage administratif d'ordre interne ne constituent par contre pas des actes prévus et réglés par les règles de la procédure répressive et ne sauraient partant pas être retenus comme actes interruptifs de la prescription, ni à titre d'actes d'instruction, ni à titre d'actes de poursuites (Lux. 27 novembre 2003 confirmé par arrêt du 19 octobre 2004 no 326/04 V).

Plus particulièrement, les lettres de rappel du juge d'instruction à la police judiciaire constituent des actes d'interruption de la prescription. L'ordre réitéré du juge d'instruction -loin d'être uniquement destiné à un usage administratif interne- constitue un acte de procédure nécessaire à la poursuite qui marque clairement la volonté du magistrat instructeur de mener à bien l'action pénale (Lux. 26 janvier 1995 no 181/95).

L'injonction adressée par le juge d'instruction aux enquêteurs d'analyser les documents saisis et de procéder à l'audition des prévenus, constitue un véritable acte d'instruction posé par le juge d'instruction en vue de rechercher la vérité, interruptif de la prescription. L'écrit émane d'une autorité qualifiée à cet effet et constitue un acte prévu par la procédure criminelle.

La procédure relative aux poursuites visant les faits qualifiés par le Ministère Public dans un premier temps d'abus de confiance et d'escroquerie, avait été transmise par la plainte du 7 juillet 2001 de **T2.)** entrée au Ministère Publique suivant cachet le 8 août 2001

Par le réquisitoire du Ministère Public du 28 août 2001 pour abus de confiance et escroquerie, le juge d'instruction fut saisi .

Cette transmission constitue un acte interruptif pour le tout.

Il échet de constater que la prescription avait été interrompue par le réquisitoire du 28. 08. 2001. Cet acte constitue un acte de poursuite, équivalent à une plainte.

Le réquisitoire visait tous les faits commis par les prévenus qualifiés dans un premier temps seulement d'abus de confiance et d'escroquerie. L'enquête a révélé plus tard que les faits concernaient les années de 1997 à 2001 et pouvaient encore être qualifiés d'infractions à la loi sur le secteur financier tel que cela sera développé ci-après. Les infractions reprochées aux prévenus avaient été commises entre les mêmes dates.

En ce qui concerne l'argument soulevé par la défense selon lequel les faits qualifiés d'infractions à la législation sur le secteur financier seraient prescrits alors que ces infractions sont punies d'une peine correctionnelle et qu'en vertu de l'article 637 du Code d'instruction criminelle, la prescription de l'action publique est de trois ans, il y a lieu de constater que ces infractions libellées à charge des prévenus ne constituent pas des actes isolés mais, un ensemble d'actions répétées s'étalant dans le temps et ayant toutes un même but: dépouiller **T2.)** . Ces différents faits répréhensibles sont en conséquence à considérer comme constituant une seule infraction collective. (Introduction au droit pénal, F. TULKENS et M van de KERCHOVE, p. 331)

La prescription de l'action publique court, en matière d'abus de confiance et par voie de conséquence en matière d'escroquerie, à partir du jour où l'infraction a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. (Cour de Cassation suite à la Cour de Grenoble Chambre Correctionnelle 20 décembre 2002)

Ces conditions sont remplies en date du 18 mai 2001.

Il s'ensuit que la prescription triennale de l'action publique n'a commencé à courir à l'égard de toutes les infractions qu'à partir de la dernière d'entre elles qui se situe, tel que cela a été considéré auparavant au 18 mai 2001, date de la faillite de la société **SOC1.)** s.à.r.l .

Il s'ensuit que les faits commis entre 1997 et 2001 n'étaient pas prescrits au moment des poursuites introduites par le Ministère Public par réquisitoire adressé en date du 28 août 2001 au juge d'instruction.

Le juge d'instruction a été saisi de ces faits non prescrits.

Il s'ensuit que les infractions n'étaient pas prescrites au moment des poursuites introduites par le Ministère Public par réquisitoire adressé en date du 28 août 2002 au juge d'instruction.

Toutes ces infractions constituent des délits, soumis à la prescription triennale partant valablement interrompue par le réquisitoire du Ministère Public.

Les poursuites introduites par le Ministère Public sont dès lors recevables quant à ces faits.

Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions de la défense et de déclarer la saisine du tribunal par le Ministère Public de ces faits et infractions recevable.

d) les infractions d'escroquerie et d'abus de confiance:

Selon le témoin **T2.)** , entendu pour la première fois à l'audience, il est le patron d'une entreprise de commerce de fruits et légumes et a fait la connaissance des prévenus lors d'un rendez-vous pris par son comptable **COMPTABLE** . Ils lui furent présentés par son comptable comme gestionnaires de fortune. En effet **T2.)** s'était adressé à son comptable, en qui il avait une confiance totale pour investir la somme de 12.000.000 francs. Ce dernier lui avait recommandé à cette fin les consorts MEYER avec lesquels il avait déjà des relations d'affaires.

Lors de la seule réunion avec les consorts MEYER, il avait amené la somme précitée sous forme de deux chèques, qu'il leur remit en signant le contrat sous seing privé intitulé mandat fiduciaire et il a obtenu un reçu du datant du 13 octobre 1997 concernant la remise de ces deux chèques. Les deux pièces furent faites et signées le même jour lors du premier rendez-vous.

Dans ce contrat sous la rubrique: «objet du mandat» sont spécifiés 5 points.

Le point 1 se lit comme suit:

«1.Gestion d'un dépôt à terme de 12.000.000 au taux d'intérêt annuel de 7,75%.

2.Durée du mandat et du dépôt :
Le présent mandat prend effet le 13 octobre 1997 et expire le 13 octobre 2000, soit une durée de trois ans».

Aux autres points sont spécifiés le calcul des intérêts, le remboursement anticipatif ainsi que les frais de gestion annuels s'élevant à 2,5 0/00 du montant du dépôt, soit 30.000 francs à majorer du taux de tva de 12 %, ainsi que la compétence des tribunaux du Luxembourg en cas de litige.

Le cachet de la société **SOC1.)** s.à.r.l. Cabinet Fiduciaire est apposé à côté des signatures de **Y.)** et de **X.)** .

La clause 1 de ce contrat ne lui fut pas particulièrement expliquée. L'argent devait être investi pour une durée de trois ans à un taux de 7,75 %, informations qu'il avait déjà reçues de **COMPTABLE** auparavant.

Aucune carte de visite, brochure ou autre pièce, à part le récépissé certifiant la remise des deux chèques, ne lui avait été exhibé par les prévenus avant la signature du contrat. **COMPTABLE** lui avait montré des factures à entête des consorts MEYER auparavant.

T2.) était d'avis que les prévenus avaient leur propre banque par laquelle la somme investie serait placée et gérée. Il n'était nullement question, lors de cette première entrevue, d'investissements à haut risque, ni de placements à titre spéculatifs tel qu'allégué par **Y.)** à l'audience. A ce moment il n'était pas non plus question d'investissements de ces sommes dans d'autres sociétés. Son comptable, **COMPTABLE** , ne lui en avait pas non plus parlé. Si des entretiens avaient eu lieu en langue néerlandaise entre lui et son comptable au cours de cette entrevue, ils ne concernaient que des questions de détail.

Le témoin est formel pour dire qu'il ne savait pas jusqu'à l'audience du 16 janvier 2007, que son ancien comptable **COMPTABLE** avait été administrateur dans la société **C.)** de laquelle il n'a appris le nom et l'existence, tout comme pour la société SOBELAIR, qu'à ce moment.

T2.) a finalement accepté ce contrat, alors qu'il était convaincu du sérieux des consorts MEYER, après s'être enquis auprès de **COMPTABLE** à ce sujet.

Le taux de 7,75% lui paraissait réaliste. En effet **COMPTABLE** , qui disposait de toute sa confiance ,lui avait dit que tels étaient les taux usuels au Luxembourg comparé aux taux dérisoires offerts usuellement par les banques. Il avait confié l'argent aux prévenus parce qu'il était convaincu de leur sérieux en raison de sa confiance totale en son comptable.

Il avait signé un contrat fiduciaire, préparé d'avance, sur lequel le montant de 12.000.000.- francs avait déjà été inscrit, une quittance pour la même somme a été signée et remise par **Y.)** et **X.)** le même jour.

Il avait été informé deux ans après la conclusion du contrat de la part de **COMPTABLE** que ce dernier n'avait plus de contact avec **Y.)** . Il ne se doutait à ce moment cependant de rien, dès lors que **COMPTABLE** approchait l'âge de la retraite et qu'il pensait qu'il s'était retiré des affaires. Ce dernier lui avait dit que ses fonds seraient mis dans un grand pot et placé au taux avantageux promis suivant le contrat fiduciaire par les consorts MEYER.

Il avait reçu tous les trois mois des extraits de compte et ne s'était pas autrement préoccupé de cette affaire pendant trois ans jusqu'au moment où il recevait des extraits de compte de la société **SOC2.)** et ensuite un fax de **Y.)** qui l'informait que l'échéance du contrat serait encore prolongée de trois mois. Après l'écoulement de ces trois mois il s'était présenté spontanément avec son épouse dans les nouveaux bureaux de **Y.)** en janvier 2001.

Il avait téléphoné auparavant à l'ancienne adresse et le nouveau locataire l'avait informé du changement d'adresse de **Y.)** .

Il s'était rendu à l'adresse indiquée et avait dû attendre deux heures avant que **Y.)** ne se présente. Ce dernier prétendait ne plus le reconnaître et lorsque **T2.)** lui exposa ses doléances, refusait de quitter les lieux et insistait pour récupérer les fonds investis, **Y.)** menaçait d'appeler la police. Invité par **T2.)** de ce faire, il devenait plus conciliant et lui parlait de ses problèmes de famille et lui proposait de trouver un arrangement. Il lui promettait de contacter le curateur.

Par la suite **Y.)** l'informait qu'un rendez-vous était pris auprès du curateur pour un lundi, rendez-vous que **Y.)** décommanda de nouveau par fax.

Suite à ces comportements **T2.)** n'a plus accordé foi à **Y.)** et s'est adressé à un avocat pour déposer plainte.

Selon le témoin **T2.)** , «***Y.)** est un expert en mensonges».*

X.) ne conteste pas le témoignage de **T2.)** .

Le Ministère Public reproche à **Y.)** et **X.)** d'avoir commis à titre principal le délit d'escroquerie et à titre subsidiaire le délit d'abus de confiance et des infractions à la loi modifiée du 5 avril 1993 concernant le secteur financier.

d) les infractions:

I) La responsabilité pénale des deux prévenus

Le droit luxembourgeois n'admettant pas la responsabilité pénale des personnes morales, il convient de rechercher la ou les personne(s) physique(s), l'organe ou le préposé, à l'intérieur de la personne morale qui par commission ou par omission est ou sont la cause de l'état infractionnel. Cette solution qui fait attribuer la responsabilité pénale des délits apparus à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise à celui qui détient le pouvoir de décision, le pouvoir financier, est le plus conforme au but préventif du droit pénal. (cf Trib Corr. Lux. 16 juin 1986, no 974/86, Trib. Corr. Lux. 12 mai 1987 no 896/87, Trib Corr. Lux. 16 mai 1995, no 1027795, P., B. et DRP, confirmé par Cour 9 juillet 1987, no 6 mai 1996, no 198/96 VI adde Cour 99/00, 14 mars 2000, V.).

En application du principe qu'une personne morale, en l'espèce une société commerciale, ne peut être poursuivie au pénal que par l'intermédiaire de la poursuite des personnes physiques qui la représentent de droit, comme étant le pouvoir de décision à l'intérieur de la société, les poursuites engagées contre les prévenus **Y.)** et **X.)** sont recevables.

Dans une société à responsabilité limité chaque gérant doit être considéré comme pénalement responsable du mauvais fonctionnement de l'entreprise (CA 9 juillet 1987, no 257/87 VI, Sch., K. et B.).En cas d'existence de plusieurs gérants, ils sont tous à considérer, comme co-auteurs, et cela qu'elle que soit leur désignation (« technique » ou « administratif », la loi n'opérant pas une telle distinction (T.Lux., 18.12.1991 no 1951, P21, sommaires no. 118).

La responsabilité pénale de **Y.)** et de **X.)** a été recherchée en leur nom personnel, comme auteur, co-auteur ou complice et en leur qualité de dirigeants des sociétés **SOC1.)** s.à.r.l., **SOC2.)** S.A..

En l'occurrence, le pouvoir décisionnel, en ce qui concerne la direction générale et le pouvoir de déterminer les mesures à établir pour assurer le fonctionnement de ces sociétés, appartenait aux administrateurs, gérants et directeurs aux affaires journalières, **Y.)** et à **X.)** .

Il résulte des déclarations et développements en faits précités et suivants, ainsi que de l'analyse en droit, que le rôle de **X.)** se limitait dans l'affaire de **T2.)** , à recevoir lors du seul rendez-vous avec ce client les fonds parvenus entre les mains de **Y.)** et de lui-même, à cosigner en tant que dirigeant de société **SOC1.)** s. à.r. l le contrat fiduciaire, à gérer les fonds déposés sur un compte à terme de société **SOC1.)** s. à.r. l., à payer les frais et dépenses courantes de cette société, ainsi que des autres sociétés et ce de connivence et sur instigation de son père. Il a démissionné au mois d'août 2000 de ses fonctions de dirigeant et en tant qu'employé des sociétés **SOC2.)** et **SOC1.)** .

Le tribunal ne dispose pas de pièces afin de vérifier s'il a démissionné en bonne et due forme de ses fonctions de dirigeant dans les deux sociétés à ce moment.

II L'escroquerie

L'escroquerie requiert quatre éléments constitutifs :

- l'emploi de faux noms, de fausses qualités ou de manœuvres frauduleuses,
- la remise ou la délivrance de fonds, meubles, obligations, quittances ou décharges,
- le but des manœuvres frauduleuses,
- l'intention d'approprier le bien d'autrui: la mauvaise foi

L'escroquerie peut être définie comme "*un délit complexe et instantané, consommé par celui qui parvient, par l'usage positif et conscient de l'un des moyens frauduleux spécifiés dans l'article 405 du Code pénal, à se faire remettre, ou à faire remettre à un tiers, des fonds des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, que cette remise occasionne ou non un préjudice pécuniaire pour la victime*" (Juris-classeur pénal "Escroquerie" art 405 fasc. 1 n°48).

L'escroquerie est une infraction qui a "*pour but, comme le vol, d'accaparer le bien d'autrui, mais à la différence que l'escroc ne soustrait pas, il obtient. La remise de la chose, indispensable pour qu'il y ait escroquerie, suppose le concours actif de la victime. Cette participation de la victime est obtenue par des manœuvres souvent astucieuses, toujours malhonnêtes, de la part de l'escroc*" (C. DUCOULOUX-FAVARD, Droit pénal des affaires, page 34).

L'escroquerie est un délit de commission, l'usage du faux nom ou de la fausse qualité ou de manœuvres frauduleuses requiert l'accomplissement par l'agent d'un ou plusieurs actes positifs.
L'abstention, le silence, aussi coupable soit-ils, ne constituent pas le moyen frauduleux de l'escroquerie.

L'usage de l'un des moyens frauduleux incriminés doit avoir déterminé la remise qui consomme l'infraction (sauf pour la tentative) et doit donc précéder la remise ou être concomitant à celle-ci. (Jurisclasseur pénal Escroquerie art 405 fasc 2nr 4-8)

<u>1) L'emploi de faux noms, de fausses qualités ou de manœuvres frauduleuses,</u>

Le simple mensonge n'est pas constitutif du délit d'escroquerie, il en est autrement, si le mensonge est accompagné de l'abus de qualité vraie. Pareil comportement constitue une manœuvre frauduleuse, lorsqu'elle est de nature à imprimer à des allégations mensongères l'apparence de vérité, à commander ainsi la confiance de la victime et à la déterminer à remettre des fonds à l'auteur de la manœuvre (Cour 19 février 1973, P. 22, 290).

De simples allégations mensongères ne sauraient, en elles-mêmes et en l'absence d'un fait extérieur ou d'un agissement quelconque destinés à donner force et crédit à ces allégations, constituer une manœuvre frauduleuse, élément essentiel exigé par l'article 496 du Code pénal, à défaut de l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité. (Cour 25 juin 1987, p.27, 78)

Le Ministère Public demande au tribunal de retenir en l'espèce que la fausse qualité de gérant de fortune et l'abus de la qualité vraie de comptable alléguées par **Y.)** et **X.)** ont conduit **T2.)** à leur confier son argent. Ce simple mensonge à l'égard de **T2.)** suffirait et aurait été déterminant dans son esprit pour la remise de l'argent même en l'absence de manœuvres, qui, en l'espèce, auraient accompagné ce mensonge notamment la présentation des bureaux etc.

User d'une fausse qualité, c'est arguer positivement, soit verbalement, soit par écrit, soit par tout autre moyen (port d'uniforme ou d'insigne, p.ex.) d'une qualité à laquelle on ne saurait prétendre.

De jurisprudence constante, l'usage d'une fausse qualité qui peut se réduire à un mensonge verbal suffit à caractériser l'élément frauduleux ici évoqué, tandis que, de jurisprudence non moins constante, le mensonge même écrit et même réitéré ne constitue pas de manœuvres frauduleuses. (Jurisclasseur pénal Escroquerie art 405 fasc 2 nr 20-25)

L'usage du « titre » attaché à une profession que l'agent n'exerce pas constitue l'usage de la fausse qualité, qu'il s'agisse d'une profession réglementée ou non, libérale, commerciale ou autre, peu importe, la jurisprudence sur ce point est extensive et constante.

L'usage d'un titre s'attachant à une profession que l'agent n'exerce pas réellement constitue l'usage de la fausse qualité, encore même s'agit-il d'une profession non réglementée (Jurisclasseur pénal Escroquerie art 405 fasc 2 nr 44 et 46).

L'abus de qualité vraie est le fait pour l'individu d'abuser d'une qualité réellement possédée, qui inspire confiance, afin de conférer à ses allégations mensongères une crédibilité de nature à tromper ses dupes.

Il convient d'établir que l'allégation mensongère de celui qui a abusé de sa qualité tendait à persuader sa dupe de l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, etc. En d'autres termes, l'abus de qualité vraie doit, pour être retenu comme manœuvres frauduleuses, être caractérisé par son but.
(Jurisclasseur pénal Escroquerie art 405 fasc 2 nr 72 et 75)

Par **manœuvres**, en général, on entend les moyens employés pour surprendre la confiance d'une personne. Les manœuvres doivent encore être frauduleuses en ce sens qu'elles doivent avoir pour but de tromper le tiers.

Ces manœuvres frauduleuses doivent répondre "*aux conditions suivantes:*

1° être frauduleuses,
2° revêtir une forme extérieure,
3° être déterminante de la remise,
4° avoir pour objet d'abuser de la confiance ou crédulité"

(Marchal et Jaspar, Droit criminel, T I, n° 1306).

En premier lieu il échet de constater que "*La production de pièces ou de documents, lorsqu'ils viennent corroborer des allégations mensongères, constitue l'acte externe qui convertit le mensonge en manœuvre. L'écrit détermine la conviction de celui qui fait la remise"* (R.P.D.B. complément IV, n°198).

Il faut en second lieu que les manœuvres revêtent "*une forme extérieure qui les rendent visibles et tangibles et en sont le résultat d'une machination ourdie pour tromper et surprendre la confiance"*
(voir Répertoire Pratique de Droit Belge, v° Escroquerie, n° 97, 98, 104)

<u>2) La remise ou la délivrance de fonds meubles, obligations, quittances ou décharges,</u>

Aux termes de l'article 496 du Code pénal la remise doit porter sur des "*fonds, meubles, obligations, quittances ou décharges*".

Il en résulte que l'objet de la remise ne peut donc être qu'une **chose mobilière.** Il est ainsi admis "*qu'on ne saurait escroquer un service: un transport par chemin de fer, en voyageant sans bille (...) un transport en automobile, obtenu par exemple à l'aide d'une fausse qualité, de même on ne*

saurait escroquer une place au théâtre ou au cinéma" (Juris-classeur PENAL verbo "Escroquerie" art 405 fasc. 4, n°8, 17 et suivants).

La même solution est retenue en Belgique où il est admis que l'escroquerie est constituée par la remise ou la délivrance de toute chose mobilière, pourvu que cette remise puisse avoir pour résultat de porter atteinte à la fortune d'autrui (Répertoire Pratique de Droit belge, T IV, n°34).

3) Le but des manœuvres frauduleuses

Les manœuvres frauduleuses qui ont pour but de faire croire en un **crédit imaginaire** sont celles " *dont use l'escroc afin de persuader sa dupe qu'il jouit d'une situation pécuniaire, d'une solvabilité de nature à inspirer confiance (et partant à déterminer la remise qui consomme l'escroquerie)*" (Juris-classeur, op.cit. n° 84).

4) L'intention de s'approprier le bien d'autrui: la mauvaise foi

L'élément de l'intention frauduleuse est caractérisé dès que l'auteur a conscience d'user un des moyens spécifiés à l'article 496 du Code pénal et a la volonté d'obtenir la remise d'une chose mobilière.

L'agent doit avoir conscience au moment même de l'accomplissement des manœuvres, du caractère imaginaire du crédit que ces manœuvres avaient pour but de susciter dans l'esprit de la victime.

Les débats à l'audience ont fait apparaître que le modus operandi précité a fait intervenir le comptable de **T2.)** à savoir **COMPTABLE** . C'est ce dernier qui a persuadé **T2.)** à investir avec ses relations d'affaires **Y.)** et **X.)** .

L'information judiciaire et les débats à l'audience n'ont pas établi que les deux prévenus auraient fait des manœuvres pour persuader **T2.)** à investir avec eux. Ce dernier est venu dans leurs bureaux dans le but déterminé d'avance de remettre la somme à investir au moyen de deux chèques et de signer le contrat lui soumis.

Pour cette raison, l'analyse des faits permet de conclure d'ores et déjà, que les prévenus n'ont pas contribué comme co-auteur, sinon complice, à une escroquerie pour autant qu'elle existerait dans le chef de **COMPTABLE** , ce que l'enquête, qui n'avait pas été orientée dans cette direction, et les déclarations de **T2.)** laissent d'établir. Aucune participation active au sens de l'article 66 du code pénal, et en connaissance de cause ne peut être retenue à leur charge pour cette infraction. Par ailleurs des manœuvres ou abus d'une qualité vraie ou fausse ayant entraîné la remise de la somme investie par **T2.)** ne peuvent être retenues à leur charge.

En effet **T2.)** avait amené les deux chèques à l'entrevue, indépendamment d'une quelconque intervention des deux prévenus.

Il n'est cependant pas acquis en cause que **T2.)** n'avait exécuté ses obligations découlant du contrat de fiduciaire notamment le paiement préalable et intégral du montant convenu et n'avait accepté de mettre à disposition l'argent, qu'après avoir reçu la copie du contrat et cru des allégations et subis des manœuvres de la part de **Y.)** et de **X.) .**

Des agissements constituant des manœuvres au sens de l'article 496 du Code pénal ne sont pas établis à l'égard des deux prévenus.

Il résulte des dépositions de **T2.)** à l'audience, qu'il était convaincu du sérieux de l'entreprise et du potentiel de **Y.)** et de **X.)** . Il leur faisait confiance en raison des louanges de son comptable

COMPTABLE et non pas de manœuvres où de l'abus de fausses qualités ou qualités vraies des deux prévenus.

Ce n'était pas en raison de ces circonstances qu'il acceptait de leur remettre les fonds aux fins voulues par le contrat respectif signé par lui.

Il s'ensuit que tous les éléments constitutifs de l'infraction d'escroquerie ne sont pas remplis en l'espèce.

Les prévenus **Y.)** et **X.)** sont partant à acquitter de cette infraction.

III L'abus de confiance

L'analyse des faits se fera en même temps pour les deux prévenus en ce qui concerne l'infraction d'abus de confiance.

L'information judiciaire a fait découvrir, qu'en réalité les prévenus tentaient de créer vis-à-vis des clients l'apparence d'être des dirigeants de sociétés comptables, de gestion de fortune et de placement et autres renommées et sérieuses.

Les déclarations faites à **T2.)** , les extraits de compte et les autres pièces lui exhibées, confortaient la croyance de ce dernier quant à l'utilisation des fonds conformément au but prévu dans le contrat fiduciaire.

Les sociétés gérées par **Y.)** et **X.)** , ne disposaient même pas de capitaux substantiels propres pour exercer les activités réelles et fictives avancés par eux.

Les deux prévenus ainsi que les salariés occupés par la ou les sociétés ne disposaient pas des qualifications requises pour conseiller convenablement les clients potentiels quant aux opportunités de placer leur argent.

La formation de **Y.)** et de **X.)** se limitait à un diplôme de comptable. La mauvaise gestion de toutes les sociétés en difficultés financières permanentes respectivement en état de faillite potentiel témoigne du peu de savoir et d'expérience professionnelle des deux prévenus. L'activité de **Y.)** se limitant à de belles paroles sans fondement, tandis que **X.)** travaillait comme comptable pour faire survivre les sociétés et boucher les trous.

Il ressort du dossier que **T2.)** s'était vu proposer des investissements avec un taux préférentiel au dessus du cours officiel.

Le sérieux de l'engagement était miroité par le fait que **T2.)** devait signer un contrat fiduciaire.

Il en résulte que le but de l'obligation de signer tous ces documents était de créer dans l'esprit de ce dernier, l'impression que lui et ses signataires étaient soucieux de respecter toutes les obligations légales et conventionnelles du marché et partant de renforcer le sentiment quant au professionnalisme et au sérieux des activités de gestion de fortune des deux prévenus.

Des taux de rendements importants étaient promis et même assurés contractuellement à **T2.)** .

Ces modes de calcul de la rémunération devaient persuader **T2.)** que la réalisation de bénéfices importants et en tous cas supérieurs aux montants investis, ne faisait aucun doute pour **Y.)** et **X.)** .

Le produit réalisé du placement fiduciaire devait être versé à **T2.)** et aurait fait l'objet d'une capitalisation annuelle jusqu'à la fin du contrat.

Le contrat était conclu pour une durée de 3 ans.

Ainsi, le client non professionnel pouvait légitimement croire que son gain, sinon du moins la mise initiale, était à cent pour cent garantis, respectivement investis aux fins prévues dans le contrat.

Le client était cependant laissé dans l'ignorance que les affaires du groupe Meyer allaient de mal en pis, tel que cela découlait des déclarations à l'audience de **T2.)** .

Il ne résulte par ailleurs d'aucun document que **Y.)** et **X.)** avaient placé l'argent remis par **T2.)** aux fins voulues par lui.

L'argent investi par le client aurait dû être enregistré sur des comptes à dépôt individuel ou sur celui de la société **SOC1.)** s.à.r.l., afin de pouvoir identifier la mise et les bénéfices réalisés par le client séparément.

Le dossier répressif et les débats à l'audience, notamment les déclarations de **T2.)** n'ont pas permis de retenir que le but de l'opération était de l'amener à confier aux prévenus, en espèces ou par virement, des sommes importantes en vue d'un investissement déclaré très lucratif et sans risques, pour permettre aux prévenus de s'approprier les fonds.

D'ailleurs, **Y.)** et **X.)** avaient été mis en relation avec **T2.)** par **COMPTABLE** , qui avait eu les entretiens préalables avec **T2.)** . Ce dernier était venu à l'entrevue avec l'idée préconçue de remettre l'argent aux prévenus.

Les perquisitions au siège des sociétés, au domicile de **Y.)** , au bureau occupé par **Y.)** et **X.)** auprès de la banque ne permettaient toutefois pas de découvrir des documents ou une preuve quelconque qu'ils auraient continué les fonds confiés par le client à un courtier boursier, respectivement à la destination prévue au contrat de fiduciaire ou auraient eux-mêmes recherché des investisseurs.

Aucune correspondance avec des investisseurs étrangers ou des reçus de remise de fonds en espèces à un investisseur ou courtier étranger n'a pu être découverte.

L'ensemble de tous ces éléments démontre bien que **Y.)** et **X.)** n'avaient jamais l'intention véritable d'investir l'argent des clients dans le but et selon les termes du contrat signé.

Les allégations de **Y.)** que l'argent aurait été utilisé conformément au but promis à sa victime et à des fins spécifiques est contredit par son fils et par les pièces saisies. **X.)** avoue que l'argent a été utilisé pour combler des trous et notamment pour reflouer le compte des sociétés **SOC1.)** s.à.r.l. et **SOC2.)** en ce qui concerne **T2.)** .

L'absence de pièces corroborant l'utilisation de fonds remis conformément la destination du contrat démontrent à suffisance que **Y.)** et **X.)** n'avaient pas respecté leurs engagements vis-à-vis de leur client et n'avait même jamais l'intention de ce faire, mais qu'ils projetaient dès le départ de s'approprier les fonds leur remis par cette personne crédule.

L'usage à titre personnel par les prévenus ou à l'usage de leurs sociétés des fonds déposés par le client est encore prouvé par le relevé des opérations sur les comptes saisis les déclarations de **X.)** et du témoin **T1.)** .

Une grande partie des fonds avait été retirée en espèces.

Y.) et **X.)** ne peuvent pas fournir d'explication satisfaisante quant à la fin pour laquelle les fonds subtilisés ont été utilisés. Les déclarations de **X.)** sont confortées par l'enquête des agents de la Police Judiciaire.

Il est significatif que le prévenu **Y.)** est resté tant au cours de l'information judiciaire, qu'à l'audience, en défaut de pouvoir donner des explications convaincantes.

L'infraction d'abus de confiance requiert la réunion plusieurs éléments constitutifs:

Le délit d'abus de confiance suppose comme condition préalable la remise d'un des objets énumérés à l'article 491 du Code pénal à charge de le rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé.

1) la remise d'un objet à charge de le rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé
2) un fait matériel de détournement ou de dissipation
3) l'intention frauduleuse de l'agent
4) le préjudice causé à autrui
5) la nature de l'objet détourné ou dissipé

Il y a remise au sens de l'article 491 du Code pénal lorsque l'auteur du détournement a été constitué, d'une manière quelconque possesseur précaire, il n'est pas nécessaire que cette remise ait été faite au sens physique de ce terme et que donc la chose soit passée matériellement des mains d'un tradens dans celles d'un accipiens, il suffit que cette chose ait été laissée au pouvoir de ce dernier à titre de possession précaire, en vertu d'une convention qui entraîne ce transfert de possession (Trib. arr. Luxembourg 10.11.1986, no.1572/86).

Les détournements commis par le mandataire infidèle tombent sous l'application de la qualification d'abus de confiance. En ce sens un administrateur gérant d'une société commerciale qui détourne les biens sociaux commet un abus de confiance (Répertoire pratique de Droit belge, verbo "Abus de confiance", n° 56 et 58).

Les éléments constitutifs de l'infraction d'abus de confiance doivent être réunis cumulativement.

<u>a) effets, deniers, marchandises, billets, quittances, écrits de toute nature contenant ou opérant obligation ou décharge</u>

L'infraction peut porter sur des choses fongibles. Son auteur peut les confondre avec des choses fongibles de même espèce qu'il détient.
(Marchal et Jaspar: Traité pratique et théorique du Droit Criminel T1: Les Abus de Confiance, p. 374)

Les deux chèques portant sur un montant total de 1.2 millions remis par **T2.)** à **Y.)** et **X.)** avaient été remis en vue d'investissement.

<u>b) objets remis à condition de les rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé</u>

La remise doit être délibérée et volontaire, ce qui constitue le critère de distinction déterminant de l'abus de confiance et du vol. (Dr. pénal: Précis Dalloz: 1997 n° 133, p. 138).

La remise doit être volontaire et translative de la possession précaire de l'objet.

La précarité de la possession existe dès qu'elle est affectée de l'obligation de restituer ou d'en faire un usage déterminé. Cette obligation peut résulter d'un contrat ou d'un autre lien juridique.

La remise ne doit pas nécessairement avoir été faite par la victime directement et personnellement à l'auteur.

La tradition effective de la chose n'est pas indispensable. Celui qui détourne une chose qu'il avait sous la main peut se rendre coupable d'abus de confiance.
(Marchal et Jasper précité, p. 376)

Il y a remise au sens de l'article 491 du Code pénal lorsque l'auteur du détournement a été constitué, d'une manière quelconque possesseur précaire, il n'est pas nécessaire que cette remise ait été faite au sens physique de ce terme et que donc la chose soit passée matériellement des mains d'un tradens dans celles d'un accipiens, il suffit que cette chose ait été laissée au pouvoir de ce dernier à titre de possession précaire, en vertu d'une convention qui entraîne ce transfert de possession. (v. Arrêt D.C. n° 49/78 du 23.3.1978). (Trib. arr Luxembourg 10-11-1986, n° 1572/86).

Le délit d'abus de confiance ne requiert pas que la remise de la chose détournée ait été faite par le préjudicié ou par son débiteur. Il suffit qu'il soit établi que la propriété en revienne à un autre que l'auteur du détournement. (Cour d'appel 23-10-1986, n° 249/86 VI).
(Pas. n° 1/1989, n° 163 et 164).

En l'occurrence, les deniers détournés n'étaient pas la propriété des prévenus.

L'argent appartenant, en effet à **T2.)** et avait été remis sur base et en vue de l'objectif fixé dans le contrat fiduciaire.

Les prévenus, en leurs qualités d'administrateurs, de gérants sinon de comptables devaient gérer les fonds sur des comptes des sociétés **SOC2.)** S.A, **SOC1.)** s.à.r.l. selon les buts définis et prévus au contrat fiduciaire conclu avec **T2.)** en vu d'un placement sur le compte de la société **SOC1.)** s.à.r.l. et devaient être gérés en bon père de famille et ne devaient pas servir à prendre en charge, par l'utilisation des fonds de ce client les dépenses personnelles et professionnelles des prévenus.

Les prévenus étaient les mandataires sociaux des diverses sociétés et les mandataires du client et en vertu de leurs pouvoirs de signature et de décision ils détenaient et géraient précairement les fonds à leurs dispositions sur les comptes des diverses sociétés ou entre leurs mains.

En leurs qualité de gérants de fortune et de responsables des diverses sociétés, **Y.)** et **X.)** ne détenaient pas ces fonds à titre personnel, mais les géraient pour le compte de **T2.)** selon l'objet et le but du contrat conclu avec lui. **X.)** les a utilisés de connivence et sur instigation de **Y.)** pour payer des factures, respectivement pour rembourser les frais encourus par eux, dans le cadre de leurs activités professionnelles en dehors du mandat reçu par **T2.)** .

c) détournement ou dissipation de l'objet remis

Le fait que le prévenu a pris envers la victime l'engagement de dédommager et effectuer des versements en exécution de cet engagement n'empêche pas le délit d'être punissable.

Des abus de confiance commis par l'administrateur délégué d'une société ne sont point justifiés par la circonstance que ces infractions constitueraient l'exécution des décisions prises par le Conseil d'Administration.

Pour qu'il y ait le délit de détournement, il faut que le prévenu ait effectivement donné à la chose d'autrui une destination autre que celle en vue de laquelle elle lui avait été remise et qu'il ait accompli cet acte dans une intention de fraude.
(Jos Goedseels: Commentaire du Code Pénal Belge, t II, abus de confiance, p. 278).

Le sociétés civiles et commerciales sont des personnes morales dont les membres et gérants ont mandat les uns sur les autres. Un tel mandat quand il est violé par un détournement frauduleux peut être puni comme abus de confiance.
(Nypels et Servais, 491, n° 28) (Marchal et Jasper, p. 378)

S'il y a détournement l'infraction est consommée, quoi que l'auteur n'ait pas dissipé la chose: se rend coupable d'abus de confiance celui qui devant rendre un objet à une époque déterminée s'en va avec la chose.

L'abus de confiance ne comporte pas nécessairement l'expropriation personnelle par le prévenu des choses détournées ou dissipées.
(G. Schuind: Traité Pratique de Droit Criminel I, art 491, n° 2).

L'assentiment donné par l'assemblée générale d'une association à des opérations constituant des abus de confiance au préjudice de cette association ne saurait effacer le caractère délictueux des détournements.
(Cour de Cassation Crim. 16.12.1975, G du Palais 1976 I, p. 233)

L'impuissance de l'assentiment des associés à faire disparaître le caractère délictueux d'un détournement commis par un mandataire social procède, en effet toujours de la même raison, que le délit ait été commis au préjudice d'une association ou qu'il l'ait été au préjudice d'une société commerciale.
Cette raison se trouve dans le fait que les intérêts à protéger ne sont pas seulement ceux des associés, mais également ceux de la personne morale elle-même ainsi que des tiers qui contractent avec elle. (note sous l'arrêt précité)

Le détournement de la somme remise, consiste dans l'interversion manifeste de la possession, c'est-à-dire que l'auteur "transforme par son fait et sa seule volonté la possession précaire en une possession animo domini, de sorte que le propriétaire ne peut plus exercer ses droits sur la chose". (Trib. arr. Luxembourg 10-11-1986, n° 1572/86). (Pas. n° 1/1989, n° 168 et 169)

L'abus de confiance est constitué toutes les fois qu'un possesseur précaire détourne frauduleusement la chose qui lui a été remise avec l'obligation de la restituer ou d'en faire un usage déterminé quelle que soit la convention en vertu de laquelle la possession lui a été transmise. (v. Cour du 13.7.99 MP/Bausch Romain).

Y.) et **X.)** sont les mandataires, des sociétés gérées par eux et des clients. Ils sont dès lors soumis à l'obligation de se renfermer dans les limites de leurs attributions et ils ont pour premier devoir de ne faire emploi des valeurs appartenant aux diverses sociétés, respectivement aux clients, que dans l'intérêt de leur objet social et de leur but; ils en disposent sans droit lorsqu'ils les emploient en dehors des conditions des statuts et du contrat conclu avec le client et les affectent à d'autres besoins que ceux du placement de **T2.)** .

En affectant les fonds destinés au placement projeté par **T2.)** à des fins autres, en les prélevant en vue du paiement des frais de fonctionnement et des dettes pour boucher les trous selon l'expression de **X.)** , ils ont outrepassé le mandat, interverti la possession des fonds sociaux gérés pour le compte du client et ont détourné les montants au préjudice de ce client.

Cette condition est donc établie dans leurs chef.

d) L'intention frauduleuse:

L'intention frauduleuse existe dès qu'à l'instant du délit l'auteur a pu ou dû prévoir que son acte d'appropriation sur la chose possédée à titre précaire causera ou pourra causer préjudice.
(Goedseels précitée n° 2859)

Le préjudice existe dès qu'il est réalisé au possible (Marchal et Jasper, précité p. 375)

Le préjudice se trouve caractérisé dès qu'il est établi que l'actif social a couru, par la volonté frauduleuse du mandataire social, un risque auquel il ne devait pas être exposé.
(Cass. Crim. 24 mars 1969, G. Pal. T.Q. 1966-1970)

L'intention frauduleuse consiste dans la connaissance de la précarité de la possession et la prévisibilité d'un résultat dommageable que l'acte matériel peut entraîner.

Les prévenus ont agi avec une intention frauduleuse, alors qu'ils savaient qu'il commettaient un acte illicite (dol général) que d'autre part ils avaient la volonté d'appropriation (dol spécial).

Les prévenus avaient, en leurs fonctions de mandataires sociaux des sociétés gérées par eux et de comptables, un pouvoir de décision et de signature, ce qui signifiait qu'ils pouvaient engager par leurs seules signatures. L'argent a été mis volontairement par le client à disposition des prévenus **Y.)** et **X.)** et ce dans le but convenu au contrat signé entre parties.

L'intention frauduleuse, qui consiste dans la volonté consciente des prévenus accomplissant le détournement, de violer l'engagement qu'ils ont pris de restituer la chose confiée, de la représenter ou de lui donner l'affection convenue et de causer ainsi un préjudice à autrui, notamment au client **T2.)** , est donnée au regard de ce qui précède.

Il résulte des développements en fait que les prévenus savaient pertinemment qu'il utilisaient les fonds sociaux et privés en dehors de leur mandat.

Pour quelles autres raisons d'ailleurs **Y.)** avait-il prétendu en janvier 2001 ne pas connaître **T2.)** , l'a menacé d'appeler la police puis a promis une entrevue avec le curateur, sinon pour cacher le détournement fait au préjudice a plaignant.

Le tribunal ne croit pas les protestations d'innocence de **Y.)** et de **X.)** , qui avaient connaissance personnelle du contrat conclu avec **T2.)** , parce qu'ils étaient présents lors de sa signature. Ils ne pouvaient ignorer en utilisant les fonds destinés au placement de **T2.)** pour les virer sur les comptes des sociétés du groupe Meyer, qu'ils violaient le contrat conclu avec **T2.)** . Le dossier pouvait être consulté à tout moment au bureau exploité par les prévenus.

Le contrat fiduciaire destiné à **T2.)** avait été préparé en plusieurs exemplaires par eux.

e) Le préjudice causé à autrui

Cette condition est également établie, en l'espèce, les fonds placés par **T2.)** , les fonds remis ou à disposition des prévenus dans le cadre de leurs fonctions dans un but bien précis, se sont volatilisés sans chance de retour.

Le comportement et l'attitude de **T2.)** à l'audience démontrent bien qu'il a fait définitivement une croix sur son investissement et est conscient du préjudice causé. D'ailleurs sur question du tribunal, il n'a pas voulu faire une partie civile.

L'article 66 punis comme auteur d'un crime et 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,
- ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront directement provoqué à ce crime ou à ce délit.

Y.) et **X.)** doivent être condamnés à titre d'auteurs pour avoir exécuté les infractions.

Il y a lieu de retenir que l' infraction d'abus de confiance a été également commise par les prévenus en leurs qualités de gérants de la **SOC1.)** s.à.r.l. et d'administrateurs et de responsables de la société **SOC2.)** S.A..

IV Les infractions à la législation sur le secteur financier

Le Ministère public reproche à **X.)** et **Y.)** d'avoir comme auteurs, coauteurs ou complices en leur qualité de dirigeants de la société **SOC1.)** s.àr.l ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite, suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 18 mai 2001, respectivement de la société **SOC2.)** s.a. (anciennement **SOC2.)** S.A.) ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 décembre 2000 ;

Depuis un temps non-prescrit jusqu'au 18 mai 2001, date de la faillite de la société **SOC1.)** s.à r.l. dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux exactes

*1) en infraction aux articles **2 (3) et 64** de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier telle qu'elle a été modifiée, d'avoir exercé à titre professionnel, l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables au public sans avoir été en possession d'un agrément écrit du Ministre ayant dans ses attributions la Commission de Surveillance du Secteur Financier,*

*en l'espèce, d'avoir à titre professionnel, réceptionné de **T2.)** , né le 21 janvier 1968 à Deinze (Belgique), la somme d'argent de 12.000.000.- de francs belges en vue de la gestion de cette somme par investissement sur le marché des capitaux, partant d'avoir exercé l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables au public alors que ni la société **SOC1.)** s.àr.l. respectivement la société **SOC2.)** s.a. (anciennement **SOC2.)** SA), ni les prévenus eux-mêmes n'étaient en possession d'un agrément écrit du Ministre ayant dans ses attributions la Commission de Surveillance du Secteur Financier ;*

*2) en infraction aux articles **14 (1) et 64** de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier telle qu'elle a été modifiée, d'avoir exercé, à titre professionnel, une activité du secteur financier,*

*en l'espèce, d'avoir à titre professionnel, réceptionné de **T2.)** , né le (...) à (...) (Belgique), la somme d'argent de 12.000.000.- de francs par investissement sur le marché des capitaux, partant d'avoir exercé une activité du secteur financier et notamment l'activité de gérant de fortune alors que ni la société **SOC1.)** s.àr.l. respectivement la société **SOC2.)** SA (anciennement **SOC2.)** SA) ni les prévenus eux-mêmes n'étaient en possession d'un agrément écrit du Ministre ayant dans ses attributions la Commission de Surveillance du Secteur Financier.*

A) <u>Quant à l'infraction libellée sub 1)</u>

Le mandataire de **Y.)** fait valoir que son mandant serait à acquitter de cette infraction alors que l'article 2 de la loi sur le secteur financier ne serait pas applicable en l'espèce alors que ni la

société **SOC1.)** s. à r.l., respectivement la société **SOC2.)** s.a., (anciennement **SOC2.)** SA), ni les prévenus eux-mêmes seraient à qualifier d'établissement de crédit.

Le Ministère Public rétorque que cet article, et plus précisément l'alinéa 3 serait applicable alors qu'en espèce il serait clairement établi qu'une somme de 12.000.000.- d'anciens francs belge aurait été réceptionnée en vue de la gestion par investissement sur le marché des capitaux. Ainsi le Ministère Public est d'avis qu'il y a eu exercice à titre professionnel d'une activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public. Partant, l'infraction devrait être retenue et sanctionnée conformément à l'article 64 de cette même loi.

La loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier (ci-après : « La loi sur le secteur financier) a eu pour objet principal de transposer en droit luxembourgeois la deuxième directive des CE du 15 décembre 1989, visant une coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

L'article 1 de la loi sur le secteur financier se lit comme suit: « *Le présent chapitre s'applique à toute personne juridique de droit luxembourgeois dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte. Ces personnes peuvent être appelées indistinctement établissements de crédits ou banques. »*

L'article 2 de la loi sur le secteur financier se lit comme suit :

« *1. Aucune personne juridique de droit luxembourgeois ne peut exercer l'activité d'établissement de crédit sans être en possession d'un agrément écrit du Ministre ayant dans ses attributions la Commission de surveillance du secteur financier.*

2. Nul ne peut être agréé à exercer l'activité d'établissement de crédit soit sous le couvert d'une autre personne, soit comme personne interposée pour l'exercice de cette activité.

3. Nul autre qu'un établissement de crédit ne peut exercer, à titre professionnel, l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public. Cette interdiction ne s'applique ni à la réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables par l'Etat, par les communes ou par des organismes publics internationaux dont un ou plusieurs Etats membres de la CEE sont membres ni aux cas visés expressément par les législations nationales ou communautaire, à condition que ces activités soient soumises à des réglementations et contrôles visant la protection des déposants et des investisseurs et applicables à ces cas. »

La première partie de la loi traite de l'accès aux activités professionnelles du secteur financier et la deuxième partie se rapporte aux obligations professionnelles dans le secteur financier. La troisième partie concerne la surveillance prudentielle du secteur financier.

Le chapitre 1 s'appliquant aux banques ou établissements de crédit de droit luxembourgeois, l'article 1 reprend pour les définir, le libellé précis utilisé en droit communautaire, tel qu'il figure déjà dans la loi modifiée de 1984.

Il est jugé utile de maintenir, à côté du terme juridique "établissement de crédit" employé de façon constante dans les directives de la CEE, comme équivalent le terme "banque", plus couramment utilisé dans la pratique et qu'il convient de continuer à considérer comme un titre protégé. Les établissements actuellement classés dans cette catégorie doivent donc soit satisfaire aux conditions désormais applicables aux banques et accéder à ce statut, soit s'organiser de façon à ne plus être considérés comme des établissements de crédit, mais comme d'autres professionnels du secteur financier, en renonçant à se refinancer auprès du public. En fait, le changement législatif opéré par la loi du 21 septembre 1990 a déjà obligé la plupart des établissements financiers non bancaires à faire ce choix, de sorte que la présente disposition n'a qu'une portée très limitée par rapport au nombre d'établissements concernés.

Le paragraphe (1) de l'article 2 reprend le principe existant, et obligatoire en droit communautaire, selon lequel l'exercice de l'activité d'établissement de crédit est subordonné à un agrément. Comme par le passé, l'agrément sera accordé par le Ministre compétent.

Le paragraphe (2) reprend la règle existante selon laquelle l'exercice de l'activité d'établissement de crédit ne peut être exercée sous le couvert d'une autre personne ou par une personne interposée. Cette règle peut être vue en combinaison avec celles notamment de l'article 6 relatif à l'actionnariat.

Le paragraphe (3) a été inséré pour transposer l'article 3 de la deuxième directive bancaire, qui a pour objectif d'interdire la collecte de fonds du public à quiconque n'est pas soumis à une réglementation et à une surveillance visant à protéger précisément ce public. Il s'en suit que cette activité est en principe exercée par les banques. Le texte n'apporte toutefois pas de restrictions aux activités des autres professionnels du secteur financier, notamment des gérants de fortunes, telles qu'ils sont admis à les exercer dans le cadre de la loi afférente du 21 septembre 1990. (Travaux parlementaires, Projet de loi 3600/01 relative au secteur financier, 1.Arrêté Grand-ducal, 2.exposé des motifs, 3.commentaires des articles, J-1991-0-0099)

Le présent projet ne subdivise plus les établissements de crédit en différentes catégories.

Les établissements financiers non bancaires par contre n'ont plus de raison d'être comme catégorie spécifique, alors que la deuxième directive bancaire ne permet plus de leur accorder des exigences de fonds propres moins strictes qu'aux banques. En contrepartie, il n'y a plus lieu de maintenir les restrictions aux possibilités de refinancement.

En ce qui concerne la première partie, il convient de noter que celle-ci définit une série d'entités juridiques exerçant des activités financières au Luxembourg qui sont soumises à des dispositions différenciées par catégorie d'établissement, à savoir notamment :

- les établissements de crédits ou banques luxembourgeoises (art. 1-12)
- les autres professionnels du secteur financier de droit luxembourgeois (13-32)
- les établissements de crédit d'origine communautaire (art. 33),
- les établissements financiers d'origine communautaire (art. 34),
- les établissements de crédit d'origine non communautaire (art. 35),
- les autres professionnels du secteur financier d'origine communautaire ou non communautaire autres que les établissements financiers et établissements de crédit communautaires (art. 35),
- les entreprises luxembourgeoises offrant des services financiers non spécialement réglementés (catégorie non prévue par le projet de loi sous rubrique mais entrant dans le champ d'application de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales).

En ce qui concerne les **établissements de crédit ou banques luxembourgeoises** (articles 1-12), c'est-à-dire les établissements qui acceptent des dépôts du public et octroient des crédits pour leur propre compte, un agrément du Ministre du Trésor luxembourgeois est requis comme par le passé. (Travaux parlementaires, Projet de loi 3600/01 relative au secteur financier, Avis de la Chambre de Commerce, J-1991-0-0260)

En effet, depuis la loi du 21 septembre 1990 nul ne peut s'établir au Grand-Duché de Luxembourg pour exercer une activité professionnelle du secteur financier sans être en possession d'une autorisation écrite du Ministre ayant dans ses attributions l'Institut Monétaire Luxembourgeois.

Une activité qui n'est pas exercée à titre professionnelle n'est pas soumise à la loi sur le secteur financier. Dès qu'il s'agit d'une activité professionnelle une autorisation est requise. (Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg, Vol.,p.754)

Cependant, bien que l'établissement de crédit reste caractérisé par le double volet de la réception des dépôts et de l'octroi de crédits, la réception des dépôts – même non accompagnée d'octroi de crédits- est dorénavant- sauf les exceptions prévues-réservée aux seuls établissements de crédit.

C'est en effet, en application de l'article 3 de la Deuxième directive bancaire (n°89/646 du Conseil du 15 décembre 1989), que l'article 2 (3) nouveau de la loi dispose que nul autre qu'un établissement de crédit ne peut exercer, à titre professionnel l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public. (Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg, Vol.1, p.31 et suiv.)

Dans un arrêt du 11 février 1999, la Cour de Justice des Communautés européennes donne une interprétation de la notion « autres fonds remboursables ».

La Cour estime en effet dans son dispositif que l'expression « d'autres fonds remboursables » figurant à l'article 3 de la deuxième directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et modifiant la directive 77/780/CEE vise non seulement les instruments financiers dont la caractéristique est d'être remboursables mais également ceux qui, bien que ne possédant pas cette caractéristique, font l'objet d'un accord contractuel prévoyant le remboursement des fonds versés.

Dans la motivation de l'arrêt, la Cour fait référence à un arrêt du 9 juillet 1997, Parodi, dans lequel elle avait déjà soulevé que le secteur financier constitue un domaine particulièrement sensible du point de vue de la protection des consommateurs. Ceux-ci doivent en effet être protégés contre le préjudice qu'ils pourraient subir du fait d'opérations de banque qui seraient effectuées par des établissements de crédit en méconnaissance des exigences relatives à leur solvabilité ou dont les dirigeants ne posséderaient pas les qualifications professionnelles ou morales nécessaires.

La Cour estime en outre, qu'il ressort des directives 77/780 et 89/646, que la protection de l'épargne constitue l'un des objectifs des travaux de coordination entrepris en matière d'établissements de crédit. Selon le 5e considérant de la directive 77/780, il serait nécessaire que le champs d'application soit le plus large et vise tous les établissement de crédit dont l'activité consiste à recueillir du public des fonds remboursables tant sous la forme de dépôts que sous d'autres formes telles que l'émission continue d'obligations et d'autres titres comparables.

Eu égard à ces considérations, l'article 1er tiret premier de la directive 77/780 définit l'établissement de crédit comme «une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte.» La directive 89/646 qui selon son article 2,§1 est applicable à tous les établissements de crédit renvoie également à cette définition. Il s'ensuit que l'interdiction pour les personnes ou entreprises qui ne sont pas des établissements de crédit de recevoir des dépôts ou d'autres fonds remboursables du public à titre professionnel établie à l'article 3 de la directive 89/646 doit être interprétée de manière à s'appliquer aux instruments financiers dont le caractère remboursable découle d'une disposition contractuelle. (arrêt CJCE du 11.2.99, C-366/97)

Pour que l'article 2 soit applicable, il faut donc qu'une personne:
- ait agi à titre professionnel,
- ait réceptionné des dépôts ou d'autres fonds remboursables (cf ci-avant sur le fait d'octroyer des crédits) du public.

En l'espèce, les sociétés **SOC1.)** s.à.r.l. et **SOC2.)** respectivement les autres sociétés du groupe, ainsi que **Y.)** et **X.)** , ne disposaient même pas de capitaux substantiels propres pour exercer à titre professionnel les activités précitées notamment de réceptionner des dépôts ou d'autres fonds

remboursables du public et d'octroyer des crédits. D'ailleurs tous les efforts entrepris pour se conformer aux exigences légales et en vue de demander et d'obtenir l'agrément, étaient faits non pas dans le but d'ouvrir un institut de crédit ou une banque mais, tel que l'a exposé **X.)** , d'investir les fonds des clients dans un fonds d'investissement en collaboration avec une banque, de sorte que, pour autant que les activités des prévenus rentrent dans le cadre de et sont punissables au sens de la loi de 1993, ce n'est pas par application de l'article deux de cette loi.

Les deux prévenus doivent partant être acquittés de cette infraction.

B) <u>Quant à l'infraction libellée sub 2)</u>

Le mandataire de **Y.)** fait valoir que son mandant serait à acquitter de cette infraction dès lors qu'il profiterait de l'exemption du §2 de l'article 13 de la loi sur le secteur financier. Il estime en effet, que l'activité de fournir un service d'investissement n'a été exercée que de manière accessoire dans le cadre de l'activité professionnelle.

Le chapitre II s'applique à toute personne juridique de droit luxembourgeois exerçant à <u>titre professionnel</u> une activité du secteur financier. Il ne s'applique cependant ni aux établissements de crédit visés au chapitre I ni aux autres personnes exerçant une activité dont l'accès et l'exercice sont régis par des lois particulières. (Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg, Vol.II, p.754).

L'article 13 se lit comme suit :

«(*1) Le présent chapitre s'applique à toute personne juridique de droit luxembourgeois exerçant à titre professionnel une activité du secteur financier, à l'exclusion des personnes reprises au paragraphe (2) du présent article. Les « autres professionnels du secteur financier » ainsi définis peuvent être désignés par le sigle « PSF ».*

Ces personnes sont appelées entreprises d'investissement lorsqu'elles exercent à titre professionnel une activité consistant à fournir à des tiers un service d'investissement. Par service d'investissement on entend tout service figurant à la section A de l'annexe II et portant sur l'un des instruments énumérés à la section B de l'annexe II, fourni à des tiers.

(2) Le présent chapitre ne s'applique pas :

- *aux établissements de crédit visés au chapitre précédant*
- *aux personnes qui fournissent un service d'investissement si cette activité est exercée de manière accessoire dans le cadre d'une activité professionnelle et si cette dernière est régie par des dispositions législatives ou réglementaires ou par un code déontologique régissant la profession et que ceux-ci n'excluent pas la fourniture de ce service,*
- *aux entreprises qui fournissent un service d'investissement exclusivement à leur entreprise mère, à leurs filiales ou à une autre filiale de leur entreprise mère,*
- *aux entreprises dont les services d'investissement consistent exclusivement dans la gestion d'un système de participation des travailleurs,*
- *aux entreprises dont les services d'investissement consistent à fournir tant les services visés au 3e tiret que ceux visés au 4e tiret de cet alinéa,*
- *aux conseillers et gestionnaires d'opc luxembourgeois visés par la loi du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif ou la loi du 19 juillet 1991 concernant les organismes de placement collectif dont les titres ne sont pas destinés au placement dans le public,*
- *aux personnes dont l'activité principale consiste à négocier des matières premières entre elles ou avec des producteurs ou des utilisateurs à des fins professionnelles de*

ces produits et qui ne fournissent des services d'investissement qu'à ces contreparties et dans la mesure nécessaire à l'exercice de leur activité principale,

- *aux entreprises dont les services d'investissement consistent exclusivement à négocier uniquement pour leur compte sur un marché d'instruments financiers à terme ou d'options, ou qui négocient ou font un prix pour d'autres membres du même marché et qui sont couvertes par la garantie d'un membre compensateur de celui-ci. La responsabilité de l'exécution des contrats passés par ces entreprises doit être assumée par un membre compensateur du même marché,*
- *aux autres personnes exerçant une activité dont l'accès et l'exercice sont régis par des lois particulières»*

En ce qui concerne les **autres professionnels du secteur financier de droit luxembourgeois** (articles 13-32), ils ont également besoin d'un agrément du Ministre du Trésor. Seraient soumis à cette obligation non seulement les professionnels du secteur financier énumérés aux articles 24 à 32 du projet de loi, mais également tous les autres professionnels de droit luxembourgeois qui offrent des services financiers au Luxembourg, à condition que l'autorité considère que ces activités soient des activités du secteur financier. Dans le cas contraire, elle renvoie, pour l'autorisation d'établissement, au Ministre des Classes Moyennes. (Travaux parlementaires, Projet de loi 3600/01 relative au secteur financier, Avis de la Chambre de Commerce, J-1991-0-0260)

Les dispositions du chapitre 2 reprennent quant au fond celles introduites par la loi du 21 septembre 1990 relative à la surveillance de certaines activités professionnelles du secteur financier, telles qu'elles figurent actuellement dans la loi du 5 avril 1993.

L'article 13(1) a pour objet de définir le champ d'application du chapitre 2 réglementant tous les "autres professionnels du secteur financier" (PSF), par opposition aux "établissements de crédit" couverts par le chapitre 1er.

Les "entreprises d'investissement" qui bénéficient du passeport européen à la suite de la directive "services d'investissement" constituent désormais une sous- catégorie distincte des "autres professionnels du secteur financier" ("PSF") régis par le chapitre 2 de la loi du 5 avril 1993.

L'alinéa 2 de l'article 13(1) reprend pour définir les "entreprises d'investissement" le libellé précis utilisé par l'article 1er 2) de la directive 93/22/CEE.

L'article 13(2) énumère les professionnels du secteur financier de droit luxembourgeois qui ne sont pas soumis à ce chapitre. Il s'agit des établissements de crédit déjà visés par le chapitre 1, des professionnels dont l'accès et l'exercice sont régis par une loi particulière ainsi que de certains professionnels expressément énumérés par l'article 2.2. de la directive "services d'investissement" dont notamment les conseillers et gestionnaires d'opc luxembourgeois visés par la loi du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif ou la loi du 19 juillet 1991 concernant les organismes de placement collectif dont les titres ne sont pas destinés au placement dans le public, ainsi que les entreprises qui fournissent un service d'investissement exclusivement à des sociétés du groupe auquel elles appartiennent.

Néanmoins l'article 13(2) n'exclut pas du champ d'application du présent projet de loi tous les professionnels expressément énumérés par l'article 2.2. de la directive "services d'investissement".

Ainsi, les points a) et f) de l'article 2.2. de la directive "services d'investissement" ne sont pas expressément énumérés, parce que de toute façon ils sont visés par le dernier tiret de l'article 13(2) qui dispose que le présent chapitre ne s'applique pas aux autres personnes exerçant une activité dont l'accès et l'exercice sont régis par des lois particulières.

Par contre, le point g) de l'article 2.2. de la directive "services d'investissement" n'est pas énuméré pour une toute autre raison. Il s'agit d'une de ces catégories de professionnels du secteur financier qui ne bénéficient pas du statut des entreprises d'investissement de la directive, mais auxquelles s'applique pourtant le présent projet de loi (en l'occurrence notamment l'article 26 relatif aux courtiers).

La division des PSF fait que sont rangés dans les entreprises d'investissement, parmi les catégories de PSF déjà nommément désignées par la loi du 5 avril 1993, les commissionnaires, les gérants de fortune, les professionnels intervenant pour leur propre compte, les distributeurs de parts d'OPC et les preneurs fermes. Mais cette énumération n'est pas exhaustive. La notion d'entreprises d'investissement étant définie par la référence à des services portant sur des instruments, les entreprises d'investissement pourraient comprendre des professionnels autre que les catégories expressément désignées.(Droit bancaire et financier au Luxembourg, Vol.1,p.39 et suiv.)

L'article 14 reprend le principe existant et obligatoire en droit communautaire, selon lequel l'exercice de toute activité professionnelle du secteur financier est subordonné à un agrément. Comme par le passé, l'agrément sera accordé par le Ministre ayant dans ses attributions l'IML. (Travaux parlementaires, Projet de loi 4066/1 modifiant la loi sur le secteur financier, J-1994-0-0512)

La réglementation d'accès vise toutes les professions quelles qu'elles soient qui interviennent dans le domaine du secteur financier, défini comme le secteur « traitant des affaires d'argent »(Commentaire gouvernemental de l'article 47 dans le projet de loi n°3344 devenu la loi du 21 septembre 1990, Droit bancaire et financier du Grand-Duché de Luxembourg, Vol.1, p.55)

Il résulte des déclarations de **X.)** , que les prévenus avaient entrepris des démarches en vue d'obtenir les autorisations requises par la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, ces efforts n'avaient cependant pas aboutis.

En effet des entrevues à ces fins avaient été faites avec les banques BP Liechtenstein et la Banque Raiffeisen en vue d'une collaboration pour ces activités. Un certain Monsieur **G.)** , qui avait travaillé auparavant auprès d'une banque, avait été engagé en mai/,juin 1998 justement pour démarrer cette activité, mais il quitta les consorts **X./Y.)** en juillet 1998 et fût remplacé par un autre employé **H.)** , engagé à ces fins en juillet/août 1998, qui démissionna en septembre 1998. Une secrétaire avait encore été engagée. Après le départ de l'employé **H.)** plus aucun effort pour engager le personnel requis pour obtenir l'agrément n'a été fait. Des frais notamment locatifs avaient été engagés, du matériel avait été commandé.

Au moment de la conclusion du contrat avec **T2.)** les prévenus auraient eu l'intention de régulariser la situation et essayé d'obtenir l'agrément nécessaire, ce qu'ils n'avaient cependant pas fait. Cet investissement, ainsi que ceux d'autres clients, avaient été faits en connaissance de cause de l'absence d'agrément.

Selon **X.)** à l'audience, la condition pour obtenir l'agrément dans leur chef était que deux personnes disposant d'une expérience de banque devaient être engagées. Les prévenus entendaient investir dans des fonds d'investissements, mais les clients auraient dû investir en leurs noms propres. La société **SOC2.)** respectivement la société **SOC1.)** s.à.r.l. ne pouvaient le faire et les clients auraient dû faire une souscription dans un fond en leur nom propre, auprès de la banque contactée à cette fin.

Il résulte des déclarations du témoin **T1.)** et de **X.)** à l'audience qu'il était dans l'intention des prévenus de faire de la gestion de fortune à titre professionnel à côté de leurs activités de comptables. Ces activités n'ont pas abouties, faute de persévérance de la part des prévenus. Des

locaux avaient été loués et du personnel avait été engagé. Il peut en être déduit qu'ils ont agi à titre professionnel en récoltant les fonds de leurs clients. Il résulte des déclarations de **X.)** , qu'ils avaient entrepris ces démarches en vue d'obtenir les autorisations requises par la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, ces efforts n'ont cependant pas aboutis.

L'affirmation des prévenus **Y.)** et **X.)** à l'audience du tribunal correctionnel, selon laquelle ils auraient disposé de l'autorisation dans un proche avenir est pourtant contredite par les déclarations de **X.)** ainsi que les éléments de l'enquête des agents de la Police Judiciaire, qui sont formels pour dire que ni **Y.)** ni **X.)** , ni leurs sociétés ne s'étaient vus délivrer une autorisation en vue de l'exercice d'une activité du secteur financier et n'avaient de chances réelles à l'obtenir dès lors qu'ils n'étaient que simples comptables.

En tenant compte du casier judiciaire fourni du prévenu **Y.)** , renseignant une condamnation pour abus de confiance, et versé au dossier par le Ministère Public, il est probable d'ailleurs qu'en raison de son défaut d'honorabilité, **Y.)** n'aurait pu obtenir cette autorisation.

Effectivement les prévenus n'ont jamais fait une demande d'agrément auprès de l'IML. A l'époque des faits, ils ne disposaient pas d'une autorisation.

Le simple fait que les prévenus n'ont pas réalisé leur projet initial et ont détourné l'argent investi par **T2.)** et par d'autres investisseurs et que leurs multiples projets ont fait faillite ne suffit cependant pas pour dénier à leurs activités le caractère de professionnalisme requis par la loi.

Il s'en suit que l'article 13 leur est applicable.

Les prévenus sont en infraction à la loi sur le secteur financier, alors qu'ils n'avaient pas l'agrément requis.

Ils sont partant à retenir dans cette prévention, le dossier répressif recelant des éléments permettant d'établir que **X.)** a exercé une activité au sens de la prédite loi nécessitant une autorisation.

Cependant, comme les infractions d'escroquerie et aux articles 2 et 64 de la loi sur le secteur financier ne sont établies ni en droit ni en fait, il y a partant lieu d'acquitter les prévenus ***X.)*** et ***Y.)*** des infractions leurs reprochées sub I) 1 et II) 1):

« I) comme auteurs, coauteurs ou complices,

en leur qualité de dirigeants de la société SOC1.) s. à r.l., ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 18 mai 2001, respectivement de la société SOC2.) S.A. (anciennement SOC2.) S.A.) ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 décembre 2000,

1) le 13 octobre 1997, à (...), (...), sans préjudice des indications de temps et de lieu plus exactes;

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,

dans le but de s'approprier illégitimement des fonds appartenant à T2.) , né le (...) à (...) (Belgique) s'être fait remettre la somme d'argent de 12.000.000,- de francs belges en employant des manœuvres frauduleuses - en l'espèce en faisant croire à la personne lésée qu'ils investiraient l'argent pour son compte sur le marché des capitaux et en lui promettant un rendement annuel de 7,75%, alors que tel n'était pas le cas - pour persuader l'existence de fausses entreprises, pour faire naître l'espérance d'un succès et pour abuser de la confiance ou de la crédulité;

II) comme auteurs, coauteurs ou complices,

en leur qualité de dirigeants de la société SOC1.) s. à r. l., ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 18 mai 2001, respectivement de la société SOC2.) S.A. (anciennement SOC2.) S.A.) ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 décembre 2000,

depuis un temps non-prescrit jusqu'au 18 mai 2001, date de faillite de la société SOC1.) s. à r. l., dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

1) en infraction aux articles 2 (3) et 64 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier telle qu'elle a été modifiée,

d'avoir exercé, à titre professionnel, l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables au public sans avoir été en possession d'un agrément écrit du Ministre ayant dans ses attributions la Commission de Surveillance du Secteur Financier, en l'espèce,

d'avoir à titre professionnel, réceptionné de T2.) , né le (...) à (...) (Belgique), la somme d'argent de 12.000.000.- de francs belges en vue de la gestion de cette somme par investissement sur le marché des capitaux, partant d'avoir exercé l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables au public alors que ni la société SOC1.) s. à r. l. respectivement la société SOC2.) S.A. (anciennement SOC2.) S.A.), ni les prévenus eux-mêmes n'étaient en possession d'un agrément écrit du Ministre ayant dans ses attributions la Commission de Surveillance du Secteur Financier. »

Les prévenus ***X.)*** et ***Y.)*** sont convaincus par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif et notamment par les déclarations sous la foi du serment des témoins **T1.)** , **T2.)** et **T3.)** , ainsi que par l'aveu circonstancié de **X.)** et par l'aveu partiel de **Y.)** :

« comme auteurs ayant eux-mêmes commis les infractions,

I) en leur qualité de dirigeants de la société SOC1.) s. à r.l., ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 18 mai 2001, respectivement de la société SOC2.) S.A. (anciennement SOC2.) S.A.) ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 décembre 2000,

à une époque située entre le 13 octobre 1997, date de la remise de 2 chèques établis pour un montant total de 12.000.000,- francs belges et le 18 mai 2001, date de la faillite de la société SOC1.) s. à r.l.,

d'avoir frauduleusement détourné au préjudice d'autrui, des derniers qui leur avaient été remis à la condition de les rendre et d'en faire un usage déterminé,

en l'espèce, d'avoir frauduleusement détourné au préjudice de T2.) , préqualifié, la somme d'argent de 12.000.000,- de francs belges qui leur avait été remise à la condition de la gérer en vue d'un rendement annuel de 7,75%.

II) en leur qualité de dirigeants de la société SOC1.) s. à r. l., ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 18 mai 2001, respectivement de la société SOC2.) S.A. (anciennement SOC2.) S.A.) ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 décembre 2000,

depuis un temps non-prescrit jusqu'au 18 mai 2001, date de faillite de la société SOC1.) s. à r. l., dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction aux articles 14 (1) et 64 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier telle qu'elle a été modifiée,

d'avoir exercé, à titre professionnel, réceptionné de T2.) , préqualifié, la somme d'argent de 12.000.000.- francs belges en vue de la gestion de cette somme par investissement sur le marché des capitaux, partant d'avoir exercé une activité du secteur financier, et notamment l'activité de gérant de fortune, alors que ni la société SOC1.) s. à r. l., respectivement la société SOC2.) S.A. (anciennement SOC2.) S.A.), ni les prévenus eux-mêmes n'étaient en possession d'un agrément écrit du Ministre ayant dans ses attributions la Commission de Surveillance du Secteur Financier.»

Les infractions retenues à charge des prévenus ***X.)*** et ***Y.)*** sub I) et II) se trouvent en concours idéal, de sorte qu'il y a lieu à application de l'articles 65 du Code pénal.

QUANT AUX PEINES :

Y.)

En tenant compte du casier spécifique du prévenu **Y.)** , qui a déjà été condamné à une peine de prison de 24 mois et à une amende de 100.000.- francs pour abus de confiance par jugement du 5 novembre 1997 et du nombre important de faits similaires et du fait qu'il dispose d'une énorme énergie criminelle extraordinaire, le tribunal est arrivé à la conclusion que le prévenu est un multirécidiviste incorrigible et sans aucun repentir actif.

Au cours de l'instruction judiciaire et à l'audience il a continué à nier les faits, à fournir des explications vagues et sans fondements. Il ne manifestait en outre aucune intention pour dédommager les victimes se bornant à rejeter la responsabilité sur son fils **X.)** .

Les fonds détournés ont disparu sans que **Y.)** n'ait fourni d'explication quant à leur emploi ou à la destination des fonds prélevés en espèces. Il n'a aucunement collaboré avec la justice. Le modus operandi prédécrit démontre que **Y.)** a détourné l'argent de sa victime. Il est à considérer comme escroc notoire et invétéré.

En tenant compte de la situation financière précaire et de l'âge de **Y.)** , seules circonstances atténuantes en faveur du prévenu, il y a lieu de prononcer une peine de prison et une amende correctionnelle.

X.)

X.) a cependant, en connaissance de cause en sachant parfaitement qu'il s'agissait de deniers appartenant à un client qui les destinait à des projets bien concrets, contribué à les détourner l'argent pour boucher les trous des différentes sociétés administrées par lui. Pour le surplus en tant que comptable chevronné, il devait nécessairement savoir que ses agissements étaient fautifs, de sorte qu'une peine d'emprisonnement et une peine d'amende correctionnelle s'imposent.

X.) n'a cependant pas encore subi de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines, les faits pour lesquels il a déjà été condamné sont partiellement postérieurs aux faits actuels et il ne parait pas indigne de la clémence du tribunal, de sorte qu'il y a lieu de lui accorder le bénéfice du sursis quant à l'exécution de l'intégralité de la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

P a r c e s m o t i f s ,

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, douzième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu ***Y.)*** et le prévenu ***X.)*** et leurs défenseurs entendus en leurs explications et moyens de défense, les demandeurs et les défendeurs au civil en leur moyens et le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

Y.):

a c q u i t t e ***Y.)*** des infractions non établies à sa charge;

c o n d a m n e le prévenu ***Y.)*** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de ***QUINZE (15) MOIS***, à une amende de ***TROIS MILLE (3.000) euros***, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 68,85 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 60 jours.

X.) :

a c q u i t t e ***X.)*** des infractions non établies à sa charge;

c o n d a m n e le prévenu ***X.)*** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de ***NEUF (9) MOIS***, à une amende de ***MILLE CINQ CENTS (1.500) euros***, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 68,85 euros;

d i t qu'il sera sursis à l'exécution de ***l'intégralité*** de cette peine d'emprisonnement;

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

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 privative de liberté ou à une peine plus grave pour crimes ou délits de droit commun, la peine de prison 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 al. 2 du code pénal.

Par application des articles 27, 28, 29, 30, 65, 66, 78 et 491 du Code pénal; 179, 182, 184, 187, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 626, 627, 628 et 628-1 du Code d'Instruction Criminelle; 13,

14 et 64 de la loi du 05.04.1993; 1, 2 et 17 de la loi du 19.11.1975; IX de la loi du 13.06.1994; 1, 6 et 7 de la loi du 01.08.2001 qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente.

Ainsi fait, jugé et prononcé par Brigitte KONZ, vice-présidente, Nathalie JUNG, premier juge et Caroline ROLLER, juge, en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de Robert WELTER, substitut principal du Procureur d'Etat, et de Thierry THILL, greffier, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.