

N° 57 / 2017 pénal.
du 26.10.2017.
Not. 4193/06/CD et Not. 6704/06/CD
Numéro 3843 du registre.

La **Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg**, formée conformément à la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, a rendu en son audience publique du jeudi, **vingt-six octobre deux mille dix-sept**,

sur le pourvoi de :

X, née le (...) à (...), demeurant à (...)

prévenue et défenderesse au civil,

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Marc THEWES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de Maître Lydie LORANG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

en présence du **Ministère public**

et de :

la société SOC1), société soumise au droit des Iles Vierges Britanniques sous la forme d'une BVI et inscrite au Registre des Iles Vierges Britanniques sous le numéro (...), ayant son siège social à (...), représentée par son administrateur (« director »),

demanderesse au civil,

défenderesse en cassation,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, inscrite à la liste V au tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant, à savoir la société à responsabilité limitée BONN STEICHEN & PARTNERS, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de Maître Pierre DE PREUX, avocat au Barreau de Genève, demeurant à CH-1211 Genève 3, 15, rue Pierre Fatio, C.P. 3782,

l'arrêt qui suit :

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 25 octobre 2016, sous le numéro 508/16 V. par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation au pénal formé par Maître Marc THEWES pour et au nom de Farida, dite X, par déclaration du 25 novembre 2016 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 23 décembre 2016 par X à la société SOC1) et déposé au greffe de la Cour le même jour ;

Ecartant le mémoire en réponse de la société SOC1), signifié le 25 août 2017 à X et déposé au greffe de la Cour le même jour, pour ne pas avoir été signifié et déposé dans le délai prévu à l'article 44 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, ce délai ayant commencé à courir à l'égard de la société SOC1), établie à (...), conformément à l'article 388 du Code de procédure pénale, le dixième jour suivant celui de la remise de la lettre recommandée à un bureau des postes, en l'occurrence le 2 janvier 2017 ;

Sur le rapport du conseiller Nico EDON et sur les conclusions du premier avocat général John PETRY ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par jugement contradictoirement rendu le 19 novembre 2015, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle, avait condamné la demanderesse en cassation à une peine d'emprisonnement, assortie d'un sursis partiel à l'exécution, et à une amende du chef de faux en écritures et d'usage de faux, ainsi que du chef de tentative d'escroquerie ; que le tribunal s'était déclaré incompétent pour connaître de la demande civile de la société SOC1) ; que la Cour d'appel a dit qu'il n'y avait pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle concernant la compatibilité de l'article 126 (3) du Code d'instruction criminelle avec l'article 12 de la Constitution, a rejeté les demandes en annulation de la procédure d'instruction et du jugement de première instance et, quant au fond, a, par réformation, acquitté la demanderesse en cassation de la prévention de faux et d'usage de faux, précisé le libellé de la prévention d'escroquerie restant retenue à l'encontre de la demanderesse en cassation, ramené le taux de la peine d'emprisonnement avec maintien de la faveur du sursis partiel à l'exécution et confirmé pour le surplus, au pénal et au civil, le jugement entrepris ;

Sur les premier, deuxième et troisième moyens de cassation réunis :

tirés, **le premier**, « *de la violation, sinon de la mauvaise application de l'article 1351 du Code civil,*

en ce que la Cour d'appel a rejeté comme irrecevables les demandes en annulation de la procédure d'instruction et du jugement de première instance au motif que

<< tous les moyens et arguments relatifs aux demandes tendant à l'annulation de la procédure d'instruction préparatoire fondées sur le second grief invoqué par la défense de X (tiré d'une violation des droits de la défense au cours de la procédure d'instruction) ont été tranchés par la décision (de la chambre du conseil de la Cour d'appel) du 6 février 2013, >> (...)

que << s'agissant du moyen tiré de l'irrégularité de la constitution de partie civile, la Chambre du conseil de la Cour d'appel a également pris position, de même qu'elle s'est prononcée sur le grief invoqué de la violation de l'égalité des armes en rapport avec le principe de la force de chose jugée du non-lieu s'agissant des faits non couverts par la décision d'information complémentaire et l'absence de charges suffisantes pour asseoir le renvoi : (...) >>

de sorte que << le second grief précité soulevé par la défense de X à l'appui de sa demande en annulation de la procédure d'instruction préparatoire et de toute la procédure subséquente constituant des contestations au sujet de la régularité des actes d'instruction préparatoire, leur présentation au fond se heurte à la règle du principe de l'autorité de la chose jugée et les demandes en annulation de la procédure d'instruction préparatoire et du jugement entrepris sont à rejeter comme étant irrecevables. Par ailleurs, le reproche de la défense de X tiré de ce que, par l'effet de l'article 416 du Code d'instruction criminelle, le pourvoi en cassation qu'elle peut former contre l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel est différé jusqu'à l'arrêt définitif ne saurait remettre en cause le principe de l'autorité de chose jugée des décisions des juridictions d'instruction. >>

alors que c'est à tort que la Cour d'appel a accordé une autorité de chose jugée aux motifs de l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel du 6 février 2013, puisque cet arrêt ne bénéficie que d'une autorité relative de chose jugée, qui ne porte pas sur l'examen éventuel des fins de non recevoir relatives à la recevabilité de la partie civile » ;

le deuxième, *« de la violation de l'article 416 du Code d'instruction criminelle,*

en ce que la Cour d'appel a rejeté comme irrecevables les demandes en annulation de la procédure d'instruction et du jugement de première instance; au motif que

<< tous les moyens et arguments relatifs aux demandes tendant à l'annulation de la procédure d'instruction préparatoire fondées sur le second grief invoqué par la défense de X (tiré d'une violation des droits de la défense au cours de la procédure d'instruction) ont été tranchés par la décision (de la chambre du conseil de la Cour d'appel) du 6 février 2013, >> (...)

que << s'agissant du moyen tiré de l'irrégularité de la constitution de partie civile, la chambre du conseil de la Cour d'appel a également pris position, de même qu'elle s'est prononcée sur le grief invoqué de la violation de l'égalité des armes en rapport avec le principe de la force de chose jugée du non-lieu s'agissant des faits non couverts par la décision d'information complémentaire et l'absence de charges suffisantes pour asseoir le renvoi : (...) >>

de sorte que << le second grief précité soulevé par la défense de X à l'appui de sa demande en annulation de la procédure d'instruction préparatoire et de toute la procédure subséquente constituant des contestations au sujet de la régularité des actes d'instruction préparatoire, leur présentation au fond se heurte à la règle du principe de l'autorité de la chose jugée et les demandes en annulation de la procédure d'instruction préparatoire et du jugement entrepris sont à rejeter comme étant irrecevables. Par ailleurs, le reproche de la défense de X tiré de ce que, par l'effet de l'article 416 du Code d'instruction criminelle, le pourvoi en cassation qu'elle peut former contre l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel est différé jusqu'à l'arrêt définitif ne saurait remettre en cause le principe de l'autorité de chose jugée des décisions des juridictions d'instruction. >>

alors qu'il ressort de l'esprit, sinon de la lettre de l'article 416 du Code d'instruction criminelle, organisant un pourvoi différé contre les arrêts de la chambre du conseil de la Cour d'appel, que ces décisions sont seulement dotées d'une autorité de chose jugée relative, qui réserve un pouvoir d'appréciation aux juridictions de fond que ces dernières sont tenues d'exercer, de sorte que c'est à tort que la Cour d'appel a accordé une autorité de chose jugée aux motifs de l'arrêt de la Chambre du conseil de la Cour d'appel du 6 février 2013 et conclu par voie de conséquence à l'irrecevabilité des moyens d'irrecevabilité soulevés par la demanderesse » ;

et

le troisième, « de la violation de l'article 58 du Code d'instruction criminelle,

en ce que la Cour d'appel a rejeté comme irrecevables les demandes en annulation de la procédure d'instruction et du jugement de première instance; au motif que

<< tous les moyens et arguments relatifs aux demandes tendant à l'annulation de la procédure d'instruction préparatoire fondées sur le second grief invoqué par la défense de X (tiré d'une violation des droits de la défense au cours de la procédure d'instruction) ont été tranchés par la décision (de la chambre du conseil de la Cour d'appel) du 6 février 2013, >> (...)

que << s'agissant du moyen tiré de l'irrégularité de la constitution de partie civile, la chambre du conseil de la Cour d'appel a également pris position, de même qu'elle s'est prononcée sur le grief invoqué de la violation de l'égalité des armes en rapport avec le principe de la force de chose jugée du non-lieu s'agissant des faits non couverts par la décision d'information complémentaire et l'absence de charges suffisantes pour asseoir le renvoi : (...) >>

de sorte que << le second grief précité soulevé par la défense de X à l'appui de sa demande en annulation de la procédure d'instruction préparatoire et de toute la procédure subséquente constituant des contestations au sujet de la régularité des actes d'instruction préparatoire, leur présentation au fond se heurte à la règle du principe de l'autorité de la chose jugée et les demandes en annulation de la procédure d'instruction préparatoire et du jugement entrepris sont à rejeter comme étant irrecevables. Par ailleurs, le reproche de la défense de X tiré de ce que, par l'effet de l'article 416 du Code d'instruction criminelle, le pourvoi en cassation qu'elle peut former contre l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel est différé jusqu'à l'arrêt définitif ne saurait remettre en cause le principe de l'autorité de chose jugée des décisions des juridictions d'instruction. >>

alors que l'article 58 du Code d'instruction criminelle impose aux juridictions de fond d'examiner les contestations relatives à la partie civile, de sorte qu'en écartant comme étant irrecevables les fins de non recevoir soulevées par la demanderesse aux motifs que ces questions auraient déjà été toisées par la chambre du conseil de la Cour d'appel dans son arrêt du 6 février 2013, la Cour d'appel a méconnu la compétence qui lui est dévolue et qu'il lui appartient d'exercer aux termes de l'article 58 du Code d'instruction criminelle » ;

Attendu que les trois moyens de cassation font grief à la Cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable la demande de l'actuelle demanderesse en cassation tendant à l'annulation de la procédure de l'instruction préparatoire et de la décision de première instance au regard de l'impossibilité dans laquelle elle s'est trouvée de contester la recevabilité de la constitution de partie civile de la FONDATION Y et de la violation en résultant de ses droits de défense ;

Que la Cour d'appel, analysant la demande en annulation comme soulevant des contestations au sujet de la régularité des actes de l'instruction préparatoire, a retenu que la présentation de ces contestations devant les juridictions de fond se heurtait au principe de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision de la Chambre du conseil de la Cour d'appel ayant tranché ces mêmes contestations ;

Attendu qu'il résulte des pièces de procédure du dossier auxquelles la Cour de cassation peut avoir égard que la Chambre du conseil de la Cour d'appel, dans un arrêt du 6 février 2013, n° 77/13, n'a relevé, lors de l'examen d'office de la régularité de la procédure prévu à l'article 126-2 du Code de procédure pénale, aucune cause de nullité susceptible de vicier la procédure préparatoire ou un acte quelconque de cette procédure et qui devrait être sanctionnée d'office ; qu'elle a retenu que les prétendues irrégularités de la constitution de partie civile dénoncées par l'inculpée et actuelle demanderesse en cassation n'étaient pas fondées et ne comportaient aucune sanction ; qu'elle a encore retenu que la circonstance que la FONDATION Y n'a pas la saisine des biens qui composent son legs universel et qu'elle doit en demander la délivrance aux héritiers réservataires ne l'empêche pas de se constituer partie civile si elle a intérêt à ce faire ;

Attendu que les irrégularités commises au cours de l'instruction préparatoire ne peuvent être relevées que par les juridictions d'instruction, conformément à

l'article 126 (3) du Code de procédure pénale, sous réserve de l'hypothèse visée à l'article 126 (7) du même code, non donnée en l'espèce ;

Attendu que les juridictions de jugement ne sont pas les juges d'appel des juridictions d'instruction, le contrôle des décisions des juridictions d'instruction rendues en dernier ressort en matière de nullités de l'instruction relevant de la Cour de cassation dans le cadre d'un pourvoi formé contre ces décisions après la décision définitive rendue au fond ;

Attendu qu'en constatant que la demande en annulation présentée devant les juridictions de fond était dirigée contre des actes de l'instruction préparatoire, voire contre l'instruction préparatoire dans son ensemble ainsi que la procédure subséquente et qu'en constatant que les moyens de nullité présentés devant les juridictions de fond avaient été tranchés par un arrêt de la juridiction d'instruction, la Cour d'appel n'a pas violé les textes de loi visés aux moyens de cassation en déclarant irrecevable la réitération, devant les juridictions de fond, de ces mêmes moyens d'annulation ;

Qu'il en suit que les premier, deuxième et troisième moyens de cassation ne sont pas fondés ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 89 de la Constitution,

en ce que la Cour d'appel a rejeté les demandes en annulation de la procédure d'instruction et du jugement de première instance en adoptant les motifs de l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel du 6 février 2013,

alors que les motifs pertinents de l'arrêt de la chambre du conseil du 6 février 2013 relatifs à la recevabilité de la partie civile ne sont pas reproduits, de sorte que l'arrêt n'est pas motivé » ;

Attendu que la Cour d'appel s'est limitée à constater que l'arrêt de la Chambre du conseil de la Cour d'appel du 6 février 2013 avait tranché une demande en annulation basée sur les mêmes moyens que ceux réitérés en instance d'appel, en reproduisant à cet effet de larges extraits de la motivation de l'arrêt d'instruction ;

Que ce faisant la Cour d'appel ne s'est pas appropriée les motifs de la décision de la juridiction d'instruction ;

Qu'une reproduction de la motivation de ladite décision de la juridiction d'instruction n'était partant pas nécessaire pour la régularité formelle de l'arrêt entrepris;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen de cassation :

tiré « de l'absence de base légale, en lien avec l'article 56 du Code d'instruction criminelle, limitant la constitution de partie civile aux personnes qui se prétendent lésées par un crime ou un délit,

en ce que la Cour d'appel a rejeté les demandes en annulation de la procédure d'instruction et du jugement de première instance en adoptant les motifs de l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel du 6 février 2013,

alors que l'examen de la chambre du conseil relatif à la recevabilité de la partie civile et/ou à l'irrecevabilité de l'appel, effectué aux termes d'un examen d'office, est incomplet, de sorte que l'arrêt au fond est, par voie de conséquence, privé de base légale » ;

Attendu que pour déclarer la demande en annulation de l'actuelle partie demanderesse en cassation irrecevable, la Cour d'appel pouvait se limiter à constater que l'arrêt de la Chambre du conseil de la Cour d'appel du 6 février 2013 avait tranché une demande en annulation basée sur les mêmes moyens, sans avoir à entrer dans un nouvel examen détaillé de ces moyens ;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur les sixième et septième moyens de cassation réunis :

tirés, le sixième, « de la violation des articles 3 et 56 du Code d'instruction criminelle, en ce qu'ils encadrent la recevabilité d'une constitution de partie civile,

en ce que, en se référant aux motifs de l'arrêt de la chambre du conseil du 6 février 2013, et en procédant par adoption de motifs, la Cour d'appel a déclaré recevable la constitution de partie civile de la Fondation Y, et par voie de conséquence l'appel interjeté par cette dernière contre l'ordonnance de non-lieu du 7 mai 2009,

alors que, la Fondation Y ne remplissait pas les conditions légales pour se constituer partie civile, ni pour reprendre l'action commencée par A), de sorte que la continuation de l'action commencée par A), la constitution de partie civile, et l'appel interjeté par la Fondation Y contre l'ordonnance de non-lieu du 7 mai 2009 auraient dû être déclarés irrecevables » ;

et

le septième, « de la violation de l'article 133 du Code d'instruction criminelle,

en ce que, en se référant aux motifs de l'arrêt de la chambre du conseil du 6 février 2013, et en procédant par adoption de motifs, la Cour d'appel a déclaré recevable la constitution de partie civile de la Fondation Y, et l'appel interjeté par cette dernière contre l'ordonnance de non-lieu du 7 mai 2009,

alors que l'article 133 du Code d'instruction criminelle réserve la qualité pour relever appel d'une ordonnance de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement à certaines personnes limitativement énumérées ; que la constitution de partie civile de la Fondation Y étant irrecevable, elle n'avait pas qualité pour interjeter appel contre l'ordonnance de non-lieu du 7 mai 2009, de sorte que la décision de la Cour d'appel de ne pas sanctionner ce défaut de qualité méconnaît l'article 133 du Code d'instruction criminelle » ;

Attendu que les moyens procèdent d'une lecture incorrecte de l'arrêt entrepris ;

Que la Cour d'appel n'a pas dit dans l'arrêt entrepris, ni par motifs propres, ni par motifs adoptés, que la constitution de partie civile de la FONDATION Y était recevable, et par voie de conséquence l'appel interjeté par cette dernière contre l'ordonnance de non-lieu du 7 mai 2009 ;

Que les moyens manquent en fait ;

Sur le huitième (neuvième selon le mémoire) moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il garantit le droit à un procès équitable, l'égalité des armes, et le droit d'accès à un tribunal,

en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a retenu, à charge de X, la prévention de tentative d'escroquerie en relation avec l'établissement d'un testament instaurant cette dernière légataire universelle, et l'a condamnée à une peine d'emprisonnement de vingt-quatre mois, dont quinze mois assortis d'un suris,

alors que X n'a jamais été admise à développer ses moyens de défense à l'encontre de la recevabilité de la partie civile, qu'elle a par conséquent été privée de l'exercice de ses droits de la défense, et que la procédure ayant donné lieu à sa condamnation est par conséquent viciée d'une irrégularité substantielle devant entraîner la nullité de cette procédure » ;

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt de la Chambre du conseil de la Cour d'appel du 6 février 2013 que cette juridiction d'instruction a procédé, dans le cadre de l'examen d'office de la régularité de la procédure prévu à l'article 126-2 du Code de procédure pénale, à l'examen des irrégularités de la constitution de partie civile de la FONDATION Y «dénoncées par l'inculpée» et actuelle demanderesse en cassation et a déclaré ces contestations non fondées ;

Que le moyen, faisant valoir que la procédure ayant donné lieu à la condamnation de la demanderesse en cassation est viciée d'une irrégularité substantielle en raison du fait que la demanderesse en cassation n'aurait jamais été admise à développer ses moyens de défense à l'encontre de la recevabilité de la partie civile, manque dès lors en fait ;

Sur le neuvième (dixième selon le mémoire) moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 133 du Code d'instruction criminelle

en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a retenu, à charge de X, la prévention de tentative d'escroquerie en relation avec l'établissement d'un testament instaurant cette dernière légataire universelle, et l'a condamnée à une peine d'emprisonnement de vingt-quatre mois, dont quinze mois assortis d'un suris,

alors que l'appel de la partie civile ne peut porter que sur ses intérêts civils, et est dépourvu de toute incidence sur l'action publique ; que l'appel de la Fondation Y contre l'ordonnance de non-lieu de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement était donc limité à ses intérêts civils, de sorte qu'il n'aurait pas dû entraîner des conséquences sur le plan pénal, de sorte que la condamnation de X est viciée, comme étant contraire à l'article 133 du Code d'instruction criminelle » ;

Attendu que le grief articulé par le moyen est étranger à l'arrêt attaqué, alors qu'il critique, au vu des pièces de procédure du dossier, une décision de la Chambre du conseil de la Cour d'appel rendue le 23 octobre 2009 sous le numéro 809/09 ;

Qu'il en suit que le moyen est irrecevable ;

Sur le dixième (onzième selon le mémoire) moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il garantit le droit à un procès équitable et le respect de la présomption d'innocence,

en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a retenu, à charge de X, la prévention de tentative d'escroquerie en relation avec l'établissement d'un testament instaurant cette dernière légataire universelle, et l'a condamnée à une peine d'emprisonnement de vingt-quatre mois, dont quinze mois assortis d'un suris,

alors qu'il n'existe aucune preuve de la culpabilité de la demanderesse, la Cour d'appel ayant uniquement fondé son raisonnement sur sa conviction, sans rattacher celle-ci à un élément probant, de sorte que la condamnation de la demanderesse du chef de tentative d'escroquerie ne repose sur aucune preuve, et qu'elle viole la présomption d'innocence de la demanderesse » ;

Attendu que sous le couvert du grief de la violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges d'appel, des faits et des éléments de preuve contradictoirement débattus devant eux, appréciation qui relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

Qu'il en suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le onzième (douzième selon le mémoire) moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 14 de la Constitution, de l'article 2 du Code pénal et de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'ils posent le principe de la légalité des délits et des peines,

en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a retenu, à charge de X, la prévention de tentative d'escroquerie en relation avec l'établissement d'un testament instaurant cette dernière légataire universelle, et l'a condamnée à une peine d'emprisonnement de vingt-quatre mois, dont quinze mois assortis d'un suris, aux motifs, notamment, que :

<< X a abusé de sa qualité d'avocat pour persuader A) à écrire un testament par lequel celle-ci lui lègue tous ses biens et l'institue légataire universelle en lui faisant croire que le testament en question était destiné à faire profiter une fondation de ses biens en cas de décès inopiné de la testatrice >>

et que

<< L'abus de qualité constitue une des manœuvres visées par l'article 496 du Code pénal et y est englobé l'abus d'une qualité, qui est considérée comme suffisante pour constituer une manœuvre frauduleuse sans exiger même d'autres éléments >>

alors que l'abus d'une qualité vraie n'est pas visé par l'article 496 du Code pénal comme l'un des éléments constitutifs de l'infraction d'escroquerie, de sorte qu'en considérant que l'abus de la qualité d'avocat était suffisant pour constituer l'élément matériel de l'infraction d'escroquerie, la Cour d'appel a violé le principe de légalité des délits et des peines » ;

Attendu que le moyen procède d'une lecture incorrecte de l'arrêt attaqué ;

Que les juges d'appel ont déclaré la demanderesse en cassation coupable de la prévention d'avoir « *dans le but de s'approprier une chose appartenant à autrui, tenté de se faire remettre des fonds, en employant des manœuvres frauduleuses pour abuser de la confiance (...), en l'espèce, dans le but de s'approprier une grande partie de la fortune de la vicomtesse A), avoir tenté de se faire remettre la quotité disponible de la succession de la vicomtesse une fois qu'elle sera ouverte, en usant de manœuvres frauduleuses consistant dans une démarche auprès du notaire B) tendant à faire authentifier un testament manuscrit dicté de toutes pièces à A) instaurant la prévenue légataire universelle de la succession à venir d'A), en abusant de sa qualité d'avocat de celle-ci, lui faisant croire qu'une telle disposition permettrait la mise en place post mortem d'une fondation à son nom, la résolution de commettre l'infraction ayant été manifestée par des manœuvres frauduleuses qui forment un commencement d'exécution de l'escroquerie, à savoir l'abus de sa qualité d'avocat, la dictée du testament olographe, le rendez-vous pris auprès du*

notaire et le déplacement en son étude, ainsi que les vives critiques à l'égard du notaire après la rédaction du testament authentique l'évinçant en tant que légataire, actes qui n'ont manqué leur effet que grâce à la perspicacité du notaire instrumentant qui a isolé la testatrice et lui a expliqué les termes de son testament » ;

Que les juges d'appel ont ainsi retenu les manœuvres frauduleuses comme élément constitutif de la prévention de tentative d'escroquerie dont ils ont déclaré la demanderesse en cassation coupable, et non pas, tel que la demanderesse en cassation l'affirme, le seul abus de la qualité d'avocat ;

Qu'il en suit que le moyen manque en fait ;

Sur le douzième (treizième selon le mémoire) moyen de cassation :

tiré, « en sa première branche, de la violation de l'article 89 de la Constitution,

et, en sa deuxième branche, de l'absence de base légale en lien avec l'article 496 du Code pénal

en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a retenu, à charge de X, la prévention de tentative d'escroquerie en relation avec l'établissement d'un testament instaurant cette dernière légataire universelle, et l'a condamnée à une peine d'emprisonnement de vingt-quatre mois, dont quinze mois assortis d'un suris, au motif notamment que :

<< X a abusé de sa qualité d'avocat pour persuader A) à écrire un testament par lequel celle-ci lui lègue tous ses biens et l'institue légataire universelle en lui faisant croire que le testament en question était destiné à faire profiter une fondation de ses biens en cas de décès inopiné de la testatrice >>

alors que, de manière parfaitement contradictoire, la Cour d'appel a tenu pour acquis que A) n'aurait jamais souhaité léguer ses biens à une fondation, de sorte que son raisonnement est entaché d'une contradiction manifeste, sinon d'un manque de base légale » ;

Attendu que le moyen, pris en sa première branche, critique les juges d'appel pour avoir fondé la condamnation de la demanderesse en cassation sur des motifs contradictoires ;

Attendu qu'il n'y a cependant aucune contradiction à relever que la demanderesse en cassation a fait croire à A) qu'en l'instituant légataire universelle « une telle disposition permettrait la mise en place post mortem d'une fondation » au nom d'A), et la constatation qu'après que le notaire eut isolé la testatrice et lui eut expliqué les termes de son testament olographe, A) a déclaré qu'il n'avait jamais été dans ses intentions de léguer ses biens à une fondation ;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ;

Attendu qu'au regard de la réponse donnée au moyen en sa première branche, celui-ci n'est pas non plus fondé en sa seconde branche, faisant valoir un défaut de base légale en lien avec l'article 496 du Code pénal ;

Sur le treizième (quatorzième selon le mémoire) moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 496 du Code pénal,

en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a retenu, à charge de X, la prévention de tentative d'escroquerie en relation avec l'établissement d'un testament instaurant cette dernière légataire universelle, et l'a condamnée à une peine d'emprisonnement de vingt-quatre mois, dont quinze mois assortis d'un suris,

alors que l'article 496 du Code pénal exige que soit caractérisé un dol spécial, impliquant la volonté de << s'approprier la chose appartenant à autrui >>, et que la Cour d'appel n'a pas caractérisé l'élément intentionnel de l'infraction d'escroquerie, de sorte qu'un des éléments constitutifs de l'infraction faisant défaut, la condamnation du chef de tentative d'escroquerie méconnaît l'article 496 du Code pénal » ;

Attendu que la Cour d'appel a retenu à l'encontre de la demanderesse en cassation d'avoir usé « *de manoeuvres frauduleuses consistant dans une démarche auprès du notaire B) tendant à faire authentifier un testament manuscrit dicté de toutes pièces à A) instaurant la prévenue légataire universelle de la succession à venir d'A), en abusant de sa qualité d'avocat de celle-ci, lui faisant croire qu'une telle disposition permettrait la mise en place post mortem d'une fondation à son nom* », et a retenu par ailleurs que « *ces manœuvres employées et le testament olographe ne laissent aucun doute sur l'intention de l'auteur de se voir conférer la qualité de légataire universel avec les conséquences en découlant, en l'occurrence se voir attribuer la quotité disponible de la succession du testateur* » ;

Que contrairement aux affirmations de la demanderesse en cassation, la Cour d'appel ne s'est pas limitée à caractériser l'élément matériel de la prévention dont la demanderesse en cassation a été déclarée coupable, pour « *déduire en somme l'élément intentionnel de la matérialité des faits* », tel qu'indiqué dans les développements du moyen, mais a expressément relevé que « *X a mis en œuvre les moyens pour réaliser son projet criminel* », en ajoutant encore « *que la circonstance même qu'un avocat soit institué légataire universel de son mandant est particulièrement évocatrice de l'intention frauduleuse, surtout en présence d'une personne âgée et de la fortune en cause* » ;

Que les juges d'appel ont ainsi, au regard des éléments factuels de l'espèce, caractérisé l'élément intentionnel à la base de l'institution frauduleuse comme légataire universel ;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatorzième (quinzième selon le mémoire) moyen de cassation :

tiré, « **en sa première branche**, de la violation de l'article 496 du Code pénal,

en sa deuxième branche, de l'article 51 du Code pénal,

et en sa troisième branche, de l'article 89 de la Constitution,

en ce que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a retenu, à charge de X, la prévention de tentative d'escroquerie en relation avec l'établissement d'un testament instaurant cette dernière légataire universelle, et l'a condamnée à une peine d'emprisonnement de vingt-quatre mois, dont quinze mois assortis d'un suris, au motif notamment que :

les manœuvres reprochées à X sont suffisantes pour constituer un commencement d'exécution, dès lors que ces manœuvres << ne laissent aucun doute sur l'intention de l'auteur de se voir conférer la qualité de légataire universel avec les conséquences en découlant, en l'occurrence se voir attribuer la quotité disponible de la succession du testateur. Ces manœuvres constituent un commencement d'exécution du projet criminel >>

*alors que la tentative est punissable dès lors qu'est constaté un commencement d'exécution, qu'en matière d'escroquerie, le commencement d'exécution est donné lorsqu'il existe une sollicitation de remise ; que les actes qui auraient été accomplis par la demanderesse pour se faire instituer en tant que légataire universelle ne peuvent pas être analysés comme contenant une sollicitation de remise puisque la remise suppose l'accomplissement d'un envoi en possession ; qu'en jugeant le contraire, alors même qu'elle a reconnu que l'institution de légataire universel et l'envoi en possession constituent deux étapes distinctes, la Cour d'appel a méconnu l'article 496 du Code pénal (**première branche**) ainsi que l'article 51 du même Code (**deuxième branche**), et l'article 89 de la Constitution (**troisième branche**) » ;*

Attendu qu'il y a tentative punissable lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur ;

Attendu qu'il y a commencement d'exécution dès que la personne poursuivie a mis en œuvre les moyens destinés à réaliser son projet criminel ;

Attendu que la Cour d'appel a énoncé qu'« *une institution frauduleuse comme légataire universel ne fait pas de sens si elle ne vise pas la possession de la succession* » ; qu'elle ajoute que « *les deux étapes, en l'occurrence celle d'institution comme légataire universel et celle de demande en possession, constituent un ensemble indissociable. Celui qui entame la première étape, en se faisant instituer par fraude légataire universel envisage déjà et anticipe la*

seconde étape (demande d'envoi en possession), qui en constitue une suite nécessaire et indissociable » pour retenir qu'en l'espèce le fait de provoquer frauduleusement son institution comme légataire universel constitue un commencement d'exécution de l'escroquerie et non un simple acte préparatoire ; que l'arrêt attaqué retient finalement que « les manœuvres de X n'ont manqué leur effet qu'en raison de circonstances indépendantes de sa volonté, en l'occurrence la vigilance et la conscience professionnelle du notaire B) (...). » ;

Attendu qu'en retenant que la demanderesse en cassation a usé « de manœuvres frauduleuses consistant dans une démarche auprès du notaire B) tendant à faire authentifier un testament manuscrit dicté de toutes pièces à A) instaurant la prévenue légataire universelle de la succession à venir d'A), en abusant de sa qualité d'avocat de celle-ci, lui faisant croire qu'une telle disposition permettrait la mise en place post mortem d'une fondation à son nom » , les juges d'appel ont caractérisé des actes qui présentent un rapport immédiat et direct avec l'infraction que la demanderesse en cassation se proposait de commettre et qui, sans équivoque, permettent de déterminer avec certitude l'infraction projetée ;

Attendu que le fait que l'institution frauduleuse comme légataire universel n'aurait pleinement produit ses effets qu'après le décès de la testatrice et la demande en délivrance du legs, en présence d'héritiers réservataires, n'est pas de nature à enlever aux manœuvres employées pour aboutir à l'institution frauduleuse comme légataire universel, le caractère de commencement d'exécution de l'infraction retenue en l'espèce à l'encontre de la demanderesse en cassation ;

Que contrairement aux affirmations de la demanderesse en cassation, la demande en délivrance n'est, au regard des éléments constitutifs de la tentative punissable, pas une étape distincte de l'institution comme légataire universel, mais elle n'est que la suite nécessaire et indissociable de l'institution comme légataire universel, tel que l'ont retenu à bon droit les juges d'appel ; que la demande en délivrance n'ajoute rien aux moyens à mettre en œuvre pour arriver à l'institution frauduleuse comme légataire universel ;

Attendu que la demande en délivrance n'a en l'espèce pas non plus d'incidence en relation avec l'exercice d'un repentir actif ;

Attendu que la tentative n'est punissable que si les actes formant un commencement d'exécution n'ont pas atteint leur objectif à cause de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur ;

Attendu que les juges d'appel ont en l'espèce retenu que « les manœuvres de X n'ont manqué leur effet qu'en raison de circonstances indépendantes de sa volonté, en l'occurrence la vigilance et la conscience professionnelle du notaire B) (...). » ;

Que les juges d'appel ont encore caractérisé l'absence de repentir actif de la demanderesse en cassation en relevant « les vives critiques à l'égard du notaire après la rédaction du testament authentique l'évinçant en tant que légataire » ;

Attendu qu'au regard des considérations qui précèdent, les juges d'appel ont caractérisé, par des motifs non emprunts de contradictions, les éléments constitutifs de la tentative punissable d'escroquerie dont ils ont déclaré la demanderesse en cassation coupable ;

Qu'il en suit que le moyen n'est fondé dans aucune de ses branches ;

Par ces motifs,

rejette le pourvoi,

condamne la demanderesse en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 22.- euros.

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

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Nico EDON, conseiller à la Cour de cassation,
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,
Carole KERSCHEN, conseiller à la Cour d'appel,
Yola SCHMIT, conseiller à la Cour d'appel,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Viviane PROBST.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Madame Sandra KERSCH, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.