

N° 90 / 2018 pénal.
du 18.10.2018.
Not. 24962/12/CD
Numéro 4015 du registre.

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

sur le pourvoi de :

X, né le (...) à (...), demeurant à (...), actuellement détenu au Centre pénitentiaire de Luxembourg,

demandeur en cassation,

comparant par Maître Philippe PENNING, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

en présence du **Ministère public**,

l'arrêt qui suit :

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 18 août 2017 sous le numéro 326/17 VAC. par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, chambre des vacations, siégeant en matière correctionnelle, statuant en chambre du conseil ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître Sam RIES, en remplacement de Maître Philippe PENNING, avocats à la Cour, pour et au nom de X, suivant déclaration du 14 septembre 2017 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 16 octobre 2017 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Sur le rapport du conseiller Michel REIFFERS et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que X avait été condamné par un jugement du tribunal d'arrondissement de Diekirch du 20 novembre 2008 à une peine d'emprisonnement de six mois assortie du sursis simple, par un jugement du même tribunal du 27 septembre 2012 à une peine d'emprisonnement de neuf mois assortie du sursis probatoire et à une amende et par un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 30 mars 2017 à une peine d'emprisonnement de six ans dont quatre ans assortis du sursis probatoire et à une amende ; que le membre du Parquet général délégué à l'exécution des peines avait décidé que X, par suite de cette dernière condamnation, était déchu du sursis simple de la peine d'emprisonnement de six mois et du sursis probatoire de la peine d'emprisonnement de neuf mois et que ces peines étaient à exécuter sans confusion possible avec la partie ferme de la peine d'emprisonnement prononcée par le jugement du 30 mars 2017 ; que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg s'était déclaré incompétent pour connaître d'une requête en difficulté d'exécution présentée par X, tendant à la confusion des susdites peines ; que la Cour d'appel a réformé la décision d'incompétence, a reçu le recours, mais l'a dit non fondé au motif que des faits à la base de la condamnation du 30 mars 2017 avaient été commis pendant les périodes de probation fixées par les jugements des 20 novembre 2008 et 27 septembre 2012 ;

Sur l'unique moyen de cassation :

« L'arrêt attaqué dit le recours non fondé au motif que : << La requête est donc recevable, mais n'est toutefois pas fondée.

Il y a en effet lieu de distinguer entre d'un côté les conditions permettant l'octroi d'un nouveau sursis par une juridiction statuant sur le fond après une première condamnation assortie d'un sursis et, d'un autre côté, les circonstances qui font déchoir un sursis accordé par une décision précédente.

Ainsi un prévenu peut, nonobstant une condamnation antérieure assortie d'un sursis simple ou probatoire, bénéficier à nouveau d'un sursis simple ou probatoire dès lors qu'une partie des nouveaux faits a été commise antérieurement à la première condamnation - ces nouveaux faits se chevauchant sur la première condamnation - même si d'autres faits ont été commis postérieurement à la première condamnation (Cass. nr. 41/2009 pénal du 12 novembre 2006, numéro registre 2687 ; Cour 26 février 2013, nr. 121/13/13V, Cour 22 janvier 2014, nr 45/14X).

En l'occurrence, les faits ayant donné lieu à condamnation par le jugement du 30 mars 2017 avaient été commis à partir du mois d'avril 2011, partant avant qu'intervienne la condamnation du 27 septembre 2012 sanctionnant les faits commis le 9 novembre 2010 au préjudice de A), de sorte que le tribunal a pu légalement accorder en date du 30 mars 2017, à nouveau, un sursis probatoire à X, nonobstant sa condamnation assortie du sursis probatoire du 27 septembre 2012.

Il appert des trois décisions que X n'a respecté aucun des délais de probation.

Les faits ayant conduit à la troisième condamnation ont été commis entre le 3 mars 2009 et le mois de février 2014, partant pendant une période de probation de cinq ans fixée par le deuxième jugement du 27 septembre 2012.

La troisième condamnation fait donc déchoir le sursis accordé par le deuxième jugement.

Ce troisième jugement fait également déchoir le sursis simple accordé par le premier jugement du 20 novembre 2008, puisque les faits ont été perpétrés entre le 4 mars 2008 et février 2014 partant endéans la période de probation fixée par le premier jugement du 20 novembre 2008 et font donc encore déchoir le sursis simple accordé par la première décision, le prévenu n'ayant pas respecté l'obligation de ne plus commettre d'infraction entraînant une nouvelle peine d'emprisonnement.

Aux termes des articles 629 et 631 du Code de procédure pénale, le sursis probatoire du deuxième jugement du 27 septembre 2012 sera révoqué et la peine sera d'abord exécutée sans qu'elle puisse se confondre avec la seconde, donc la nouvelle condamnation du 30 mars 2017.

En application des articles 627 et 629 du même code, le sursis simple accordé par la première décision, sera révoqué à son tour et la première peine - en l'occurrence les 6 mois d'emprisonnement prononcés par jugement du 20 novembre 2008 - sera exécutée sans qu'elle puisse se confondre avec la deuxième condamnation, dès lors que conformément au dernier alinéa de l'article 629 du même code le sursis probatoire a été révoqué.

Il résulte de ce qui précède que X doit exécuter ainsi que l'a retenu Madame la Déléguée du procureur général d'Etat, les peines d'emprisonnement de 6 mois, de 9 mois et de 2 ans, déduction faite en ce qui concerne cette dernière peine de la durée de la détention préventive, sans qu'il y ait, conformément à la loi, confusion possible entre les trois peines d'emprisonnement.>>

Alors que :

première branche : *pour violation de l'article 631 du Code de procédure pénale*

Les conditions d'octroi et les conditions de révocation du sursis sont intrinsèquement liées entre elles.

Les conditions d'octroi du sursis probatoire. - En effet, la jurisprudence récente, citée notamment dans l'arrêt litigieux, a confirmé que conformément à l'article 629 du Code de procédure pénale un sursis probatoire reste possible

quand bien même les faits poursuivis, entraînant une condamnation, ont été commis avant et après une précédente condamnation.

Par conséquent, les faits poursuivis, qui se trouvent de part et d'autre d'un jugement de condamnation, doivent être interprétés et lus conformément aux 1^{er} et 2^e alinéas de l'article 629 du Code de procédure pénale.

L'alinéa 1^{er} de l'article 629 du Code de procédure pénale prévoit que le sursis probatoire ne peut être accordé que << si le condamné n'a pas fait l'objet, pour crime ou délit de droit commun, d'une condamnation antérieure à une peine d'emprisonnement ou s'il n'a été condamné qu'à une peine d'emprisonnement assortie du sursis simple inférieure ou égale à un an >>.

D'autant plus, suivant l'alinéa 2 de l'article 629 du Code de procédure pénale << [...] au cas où la condamnation antérieure aurait déjà été prononcée avec le bénéfice du sursis probatoire, les dispositions du premier alinéa sont inapplicables>>.

Par conséquent, l'aménagement de la peine du sursis probatoire n'est envisageable que, d'une part, en absence de condamnation d'emprisonnement ferme ou en cas d'un emprisonnement assorti d'un sursis simple inférieure ou égale à un an, et, d'autre part, si le sursis probatoire n'avait déjà pas été accordé dans une condamnation antérieure.

Par conséquent, au vu de ces textes, le tribunal de première instance ayant rendu la 3^e condamnation ne pouvait faire autrement que de considérer qu'il n'existait que la 1^{ère} condamnation dans le chef de Monsieur X.

Les conditions de révocation du sursis. - Ce constat à savoir qu'il y a absence de condamnation antérieure, donc de commission d'infraction, doit s'imposer en toute logique également aux conditions de révocation du sursis pour être conforme à la finalité des textes, qui est d'empêcher l'incarcération d'un prévenu par un aménagement de la peine d'emprisonnement.

En effet, en vertu l'article 631 du Code de procédure pénale en cas de <<[...] nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à l'emprisonnement ou à une peine plus grave, pour crime ou délit de droit commun, la première peine sera d'abord exécutée sans qu'elle puisse se confondre avec la seconde [...] >>.

Ainsi, en cas de troisième infraction commise pendant le délai d'épreuve de probation de la deuxième condamnation, le sursis probatoire de celle-ci est révoqué suite à cette troisième condamnation.

Cependant, lorsqu'un tribunal accorde un deuxième sursis probatoire, dans le cadre de l'hypothèse où les faits poursuivis se trouvent de part et d'autre d'une condamnation antérieure, cela suppose qu'il ne puisse y avoir eu de condamnation antérieure ou de sursis probatoire déjà accordé.

Ainsi, il ne peut y avoir de révocation du sursis prononcée à l'occasion de la dernière condamnation.

Par conséquent, l'arrêt litigieux considère à tort que les faits postérieurs à la 2^e condamnation et à la base de 3^e condamnation constituent << une nouvelle infraction >> révoquant le sursis probatoire aux vœux de l'article 631 du Code de procédure pénale.

Cependant, la décision litigieuse de la Cour d'appel fait, d'une part, abstraction de la 2^e condamnation pour accorder un sursis probatoire, et, d'autre part, l'invoque pour poursuivre son exécution.

Ce faisant la Cour d'appel viole l'article 631 du Code de procédure pénale.

deuxième branche : pour violation de l'article 60 du Code pénal

L'article 60 du Code pénal, qui dispose que << [e] n cas de concours de plusieurs délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. Cette peine pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits >>, régit le calcul de la peine correctionnelle en cas de plusieurs infractions qui n'ont pas encore été jugées et consacre la règle du non-cumul des peines. (voy. notamment D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, Le droit pénal général luxembourgeois, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 476 et s.)

La règle du non-cumul s'impose tant aux infractions poursuivies simultanément devant une même juridiction qu'à celles poursuivies séparément devant différentes juridictions.

En pratique il n'est pas toujours possible de saisir un tribunal de toutes les infractions commises pendant un laps de temps par un prévenu, notamment pour des raisons de compétence.

Dans cette hypothèse des condamnations successives sont prononcées.

En cas de concours d'infractions entre ces différentes condamnations successives, la règle du non-cumul est respectée au niveau de l'exécution des peines en recourant au concept de la << confusion des peines >>.

En l'occurrence, les faits à la base de la 2^e et 3^e condamnation sont identiques quant à leur nature et concomitants. Les reproches et moyens ayant servi à commettre les infractions dans les deux affaires sont exactement les mêmes.

Ainsi, les faits auraient aussi bien pu être poursuivis simultanément devant une même juridiction, en l'occurrence le tribunal ayant rendu la 3^e condamnation.

De plus, les poursuites, qui se sont soldées par la 2^e condamnation, ne constituent qu'un fait isolé, alors que les faits poursuivis dans le cadre de la dernière affaire portent sur plus d'une centaine de faits quasi-identiques, seul le montant et les victimes changent.

Or, pour des raisons de compétence entre les arrondissements de Luxembourg et de Diekirch, ces affaires ont été poursuivies distinctement, à des périodes différentes et devant des tribunaux d'arrondissements différents, alors qu'une bonne administration de la Justice aurait voulu que le Parquet de Diekirch se dessaisisse et dénonce le fait isolé au Parquet de Luxembourg.

En l'occurrence, les faits poursuivis, ayant donné lieu à des condamnations successives, se trouvent ainsi en concours réel entre eux.

Partant, la règle du non-cumul s'impose et seule la peine la plus forte doit être prononcée et exécutée.

Dès lors, il ne peut y avoir de << nouvelle infraction >> au sens de l'article 631 du Code de procédure pénale révoquant le sursis probatoire de la partie demanderesse en cassation, dans la mesure où les infractions se trouvent en concours réel entre elles.

De plus, le tribunal ayant prononcé la 3^e condamnation avait bien connaissance de la 2^e condamnation (voy. p. 193 de ce jugement) et sinon il n'y aurait pas eu de discussion en termes de plaidoiries dans le cadre de la dernière affaire au sujet d'un << deuxième >> sursis probatoire, respectivement d'une extension de celui prononcé en 2012 (2^e condamnation).

Ledit tribunal a, ainsi, en connaissance de cause appliqué les règles du concours réel entre les infractions lui soumises et celles à la base de la 2^e condamnation et n'a pas fait application de la faculté lui réservée in fine par l'article 60 du Code pénal, notamment en ce que la << [...] peine pourra même être élevée au double du maximum [...] >>.

Par l'effet du concours réel, la peine prononcée dans le cadre de la 3^e condamnation absorbe celle de la 2^e condamnation.

En effet, ce n'est que dans le cas où une juridiction ignorerait une précédente condamnation que la règle du non-cumul pourra être rediscutée au niveau de l'exécution des peines pour faire éventuellement application de l'article 60 en ce qu'il permet d'élever au-delà du maximum la peine prévue par la loi (voy. notamment Les observations émises en date du 8 décembre 2016 par Monsieur le Procureur d'Etat de Diekirch Aloyse WEIRICH dans le cadre du projet de loi n°7041 portant réforme de l'exécution des peines, p. 2).

Par conséquent, la Cour d'appel en ne constatant pas le concours réel entre les infractions litigieuses n'applique pas la règle du non-cumul à savoir que seule la peine la plus forte doit être exécutée en l'espèce et, partant, viole la règle du non-cumul consacré par l'article 60 du Code pénal.

troisième branche : pour violation de l'article 10bis de la Constitution

L'application et l'interprétation faite par la Cour d'appel des articles 60 du Code pénal et 631 du Code de procédure pénale dans le cadre de l'hypothèse où les faits poursuivis se trouvent de part et d'autre d'un jugement de condamnation précédent crée un traitement inégal contraire à l'article 10bis de la Constitution entre les personnes susceptibles de pouvoir bénéficier d'un sursis lato sensu dont les infractions sont poursuivies simultanément devant une même juridiction et celles qui sont poursuivies séparément devant différentes juridictions.

Les deux catégories de personnes se trouvent dans une situation comparable, voire identique, mais les effets des condamnations pénales prononcées à leur encontre peuvent diverger au niveau notamment de la révocation ou non d'un sursis lato sensu, ainsi qu'au niveau de l'exécution des peines, selon que les faits sont cumulativement ou séparément poursuivis, tel qu'en l'espèce.

En effet en l'espèce, la révocation du sursis probatoire de la partie demanderesse en cassation est uniquement due aux poursuites séparées engendrées à son encontre et qui se sont soldées par deux condamnations successives, ce qui justifie actuellement la révocation du sursis de la 2^e condamnation par la 3^e condamnation, alors qu'en cas de poursuites simultanées cette question ne se serait pas posée. Il n'y aurait alors pas eu de possibilité de révocation du sursis probatoire.

Cette différenciation de traitement n'est toutefois pas objectivement justifiée et tributaire notamment de règles de procédure, comme celles de la compétence et d'une bonne administration de la Justice.

Ainsi, dans ce sens cette application des articles 60 du Code pénal et 631 du Code de procédure pénale est contraire à l'article 10bis de la Constitution, qui, partant, a été violé par la Cour d'appel.

A titre subsidiaire et pour autant que de besoin

Il convient, conformément à l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, de saisir la Cour Constitutionnelle et de lui soumettre la question suivante :

Les articles 631 du Code de procédure pénale et 60 du Code pénal tels qu'interprétés par la Cour d'appel dans le cadre de l'hypothèse où les faits poursuivis ont été commis avant et après une précédente condamnation en ce qu'elle considère que ces faits commis postérieurement à une précédente condamnation constituent << une nouvelle infraction >> au sens des articles 631 du Code de procédure pénale révoquant ainsi le sursis probatoire, sont-ils conformes, selon qu'il y a poursuite simultanée ou séparée, au principe de l'égalité prévu par l'article 10bis de la Constitution ? » ;

Sur la première branche du moyen :

Attendu que les conditions de révocation du sursis probatoire prévues par l'article 631 du Code de procédure pénale sont indépendantes des conditions d'octroi du sursis probatoire prévues par l'article 629 du Code de procédure pénale ;

Attendu que la Cour d'appel, en constatant que le demandeur en cassation avait, au cours du délai de probation fixé par le jugement du 27 septembre 2012, commis de nouvelles infractions ayant entraîné une condamnation à l'emprisonnement et en disant que X doit exécuter les peines d'emprisonnement, a fait une correcte application des dispositions de l'article 631 du Code de procédure pénale ;

Qu'il en suit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé ;

Sur la deuxième branche du moyen :

Attendu qu'en cas de pluralité de poursuites, le concours réel de délits est exclu lorsque les délits sanctionnés par une seconde condamnation ont été au moins pour partie commis après qu'une première condamnation était devenue irrévocable ;

Attendu que les faits à la base de la condamnation du 30 mars 2017 se situent pour partie après la date à laquelle la condamnation du 27 septembre 2012 était devenue irrévocable, de sorte que les infractions retenues par ces deux décisions ne se trouvent pas en concours réel entre elles ;

Attendu que la Cour d'appel, en disant que X doit exécuter les peines d'emprisonnement sans confusion possible, a fait une correcte application des dispositions de l'article 60 du Code pénal ;

Qu'il en suit que le moyen, pris en sa deuxième branche, n'est pas fondé ;

Sur la troisième branche du moyen :

Attendu qu'il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir, par son interprétation et son application des articles 60 du Code pénal et 631 du Code de procédure pénale, violé l'article 10*bis* de la Constitution en créant un traitement inégal, en ce qui concerne la possibilité de bénéficier d'un sursis, entre les personnes qui sont poursuivies pour plusieurs infractions devant une même juridiction et celles qui sont poursuivies pour les mêmes infractions devant différentes juridictions ;

Attendu que le moyen ne vise pas une violation de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle par omission de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle ;

Attendu que l'examen de la conformité de la loi à la Constitution est réservé à la Cour constitutionnelle ; que la Cour d'appel était partant sans

compétence pour examiner la prétendue non-conformité des articles 60 du Code pénal et 631 du Code de procédure pénale à l'article 10*bis* de la Constitution ;

Qu'il en suit que le moyen, pris en sa troisième branche, n'est pas fondé ;

Attendu qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle proposée qui est dénuée de tout fondement, étant donné que la situation des personnes qui font l'objet de poursuites séparées est manifestement différente de celle des personnes qui font l'objet d'une poursuite unique dans la mesure où les premières, à la différence des secondes, ont perpétré de nouvelles infractions après avoir été condamnées à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis probatoire et ont ainsi méconnu les conditions dont était assorti ledit sursis probatoire ;

Par ces motifs,

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 1,75 euro.

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

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,

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 Monsieur Marc X, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.