

**N° 30 / 2019 pénal.
du 14.02.2019.
Not. 32536/13/CD
Numéro 4084 du registre.**

La Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg a rendu en son audience publique du jeudi, **quatorze février deux mille dix-neuf,**

sur le pourvoi de :

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

prévenu et défendeur au civil,

demandeur en cassation,

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

en présence du **Ministère public,**

et de :

Y, demeurant à (...),

demandeur au civil,

défendeur en cassation,

l'arrêt qui suit :

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué, rendu 21 février 2018 sous le numéro 83/18 par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître Philippe PENNING, avocat à la Cour, au nom de X, suivant déclaration du 20 mars 2018 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 19 avril 2018 par X à Y, déposé au greffe de la Cour le 20 avril 2018 ;

Sur le rapport du président Jean-Claude WIWINIUS et les conclusions du premier avocat général Marc HARPES ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, avait acquitté X de la prévention d'avoir établi une attestation testimoniale faisant état de faits matériellement inexacts ; que la Cour d'appel, réformant, a retenu X dans les liens de la prévention lui reprochée, l'a condamné à une peine d'emprisonnement, assortie du sursis, et à une amende et, au civil, l'a condamné à payer au demandeur au civil l'euro symbolique en réparation du préjudice moral subi;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 2 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme

En ce que l'arrêt attaqué

<< reçoit les appels du Ministère public et du demandeur au civil en la forme

;

(...)

dit ces appels fondés ;

réformant :

(...) >>

Aux motifs que

<< Aux termes de l'article 2 du protocole n° 7 à la Convention européenne, toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. Le paragraphe 2 autorise toutefois des exceptions à ce droit, notamment, lorsque l'intéressé a été condamné à la suite d'un recours contre son acquittement.

Cette hypothèse est en l'occurrence en cause : A) et X ont été acquittés en première instance et la Cour est saisie suite au recours du Ministère public et de la partie civile de l'entière du litige et il n'y a pas lieu de limiter les débats à la seule question relative au caractère juridictionnel des instances disciplinaires. >> (page 18)

Alors que

En l'espèce, même si A) et X ont été acquittés en première instance, ils l'ont été pour de purs motifs en droit liés à l'infraction même qui leur été reprochée.

Ainsi ils n'ont pas été jugés une première fois sur les faits à la base de leur condamnation en appel.

Même si les faits ont été brièvement examinés durant l'audience en première instance, ils n'ont fait l'objet ni d'une discussion, ni d'une décision par les premiers juges.

L'acquittement prononcé ainsi en pur droit, ne correspondant pas à un acquittement au sens, sinon à l'esprit et à la ratio legis, de l'article 2 du protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme.

En effet ce texte prévoit que : << 1. Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi.

Ce droit peut faire l'objet d'exceptions pour des infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi ou lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ou a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre son acquittement. >>

En faisant référence à une << personne déclarée coupable >> et à une << déclaration de culpabilité >>, le texte vise bien une situation où une décision de condamnation repose sur la recherche de la culpabilité d'une personne, et ainsi en toute logique l'exception visée par le terme << acquittement >> vise la situation strictement contraire à la première hypothèse, à savoir un acquittement qui repose sur une décision de non-culpabilité par rapport aux faits reprochés.

Dès lors, en se dispensant de renvoyer l'affaire en première instance après avoir donné une autre interprétation en droit que les premières juges de l'article 209-1 du Code pénal, la Cour d'appel a violé l'article 2 du protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme. » ;

Attendu que la disposition visée au moyen consacre le droit à un double degré de juridiction en matière pénale en disposant que toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation ; que le paragraphe 2, in fine, de cette disposition prévoit une exception à ce droit, à savoir l'hypothèse où l'intéressé a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre son

acquiescement ; que cette disposition ne distingue pas selon le motif pour lequel l'acquiescement en première instance est intervenu ;

Attendu qu'en l'espèce l'acquiescement a été prononcé par une juridiction répressive statuant au fond sur l'accusation pénale, hypothèse visée par le paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole ;

Attendu que la disposition visée au moyen n'a partant pas été violée ;

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

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de la violation des articles 154, 155, 156 et 189 du Code de procédure pénale et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

En ce que l'arrêt attaqué

<< reçoit les appels du Ministère public et du demandeur au civil en la forme ;

dit que A) et X sont forclos à demander l'annulation de leur audition des 29 juillet 2014 et du 6 août 2014 ;

(...) >>

Aux motifs que

<< Or en l'espèce, A) et X avaient, en application de l'article 126 du Code de procédure pénale et la jurisprudence de la Chambre du conseil du (de la) Cour d'appel, constante depuis 2012, la possibilité de dénoncer à la chambre du conseil, l'irrégularité dont ils se plaignent.

A condition que A) et X aient usé de la faculté qui leur était offerte, l'objectif poursuivi par la Convention aurait été atteint, l'article 126 du Code de procédure pénale garantissant le respect des droits de la défense de manière effective pendant l'instruction préparatoire.

Il n'appartient pas aux juridictions du fond de suppléer à la carence d'un prévenu ou inculpé ayant omis d'introduire dans le délai, une demande en annulation contre un acte de l'enquête préliminaire ou de l'instruction judiciaire de sorte que les prévenus sont actuellement forclos à invoquer la nullité et à demander que leur audition soit en conséquence écartée des débats. >> (page 21)

Alors que

La question de la légalité des preuves est une question de fond qui est d'ordre public (voy. p.ex. : Cour, 9 mars 1912, 8, 429) et qu'il appartient par conséquent à chaque juridiction de fond d'examiner la légalité des preuves qui lui sont soumises.

De plus, il est généralement admis que le juge pénal fonde sa décision sur l'intime conviction, il faut cependant que cette conviction résulte de moyens de preuve légalement admis et administrés dans les formes. (voy. p. ex. : Cour 4 novembre 1974, 23, 40)

Enfin, il est de principe que les juges ne peuvent retenir des éléments de preuve obtenus par des moyens délicieux ou déloyaux. (voy. p. ex. : Cour, 26 juin 1972, 22, 216)

Dès lors, en n'examinant pas la légalité des auditions policières de A) et de X, voire en admettant une preuve illégale ou déloyale, la Cour d'appel a violé les articles 154, 155, 156 et 189 du Code de procédure pénale.

Dans ce sens, il n'y a pas non plus eu de procès équitable et, partant, la Cour d'appel viole aussi l'article 6 Convention européenne des droits de l'homme. » ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt entrepris que la Cour d'appel a écarté le moyen de X tendant à voir écarter son audition effectuée auprès de la police au motif que cette demande était à considérer comme une demande en nullité qui devait, en application de l'article 126 du Code de procédure pénale, être présentée devant la chambre du conseil dans le délai de forclusion de cinq jours et qu'à défaut de l'avoir fait, X était forclos à invoquer ce moyen une nouvelle fois devant le juge du fond ;

Attendu que l'article 126, paragraphe 3, du Code de procédure pénale, qui prévoit que la demande en nullité d'un acte de la procédure de l'instruction préparatoire doit être produite à peine de forclusion, au cours même de l'instruction, dans un délai de cinq jours ouvrables à partir de la connaissance de l'acte, s'applique à toutes les nullités affectant l'instruction préparatoire, quelle que soit la violation de la règle de droit invoquée, législation nationale ou internationale ;

Qu'il en suit que la Cour d'appel, en déclarant X forclos à demander à voir écarter son audition des débats, n'a pas violé les dispositions visées au moyen ;

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

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré « de la violation des articles 48-2 et 126 du Code de procédure pénale et de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (1^{ère} branche) et de l'article 6 § 1 et § 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (2^e branche)

En ce que l'arrêt attaqué

<< reçoit les appels du Ministère public et du demandeur au civil en la forme ;

dit que A) et X sont forclos à demander l'annulation de leur audition des 29 juillet 2014 et du 6 août 2014 ;

Aux motifs que

<< Or en l'espèce, A) et X avaient, en application de l'article 126 du Code de procédure pénale et la jurisprudence de la chambre du conseil du (de la) Cour d'appel, constante depuis 2012, la possibilité de dénoncer à la chambre du conseil, l'irrégularité dont ils se plaignent.

A condition que A) et X aient usé de la faculté qui leur était offerte, l'objectif poursuivi par la Convention aurait été atteint, l'article 126 du Code de procédure pénale garantissant le respect des droits de la défense de manière effective pendant l'instruction préparatoire.

Il n'appartient pas aux juridictions du fond de suppléer à la carence d'un prévenu ou inculqué ayant omis d'introduire dans le délai, une demande en annulation contre un acte de l'enquête préliminaire ou de l'instruction judiciaire de sorte que les prévenus sont actuellement forclos à invoquer la nullité et à demander que leur audition soit en conséquence écartée des débats. >> (page 21)

Alors que

première branche, *pour violation des articles 48-2 et 126 du Code de procédure pénale et de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme*

Le délai de 5 jours (francs à l'époque de l'instruction judiciaire) des articles 48-2, respectivement 126 du Code de procédure pénale, qui court au plus tard à partir de l'inculpation est insuffisant pour déceler et contester efficacement une éventuelle nullité contenue dans les actes de l'enquête préliminaire ou de l'instruction judiciaire.

Il l'est d'abord en pratique puisque le justiciable ne choisit pas le moment de son inculpation et n'a pas les moyens et capacités personnelles à déceler de telles nullités, et le délai est encore insuffisant aux avocats, qui découvrent le dossier d'instruction avec l'inculpation de leur client, pour instruire et introduire efficacement un tel recours qui est souvent de nature hautement technique.

Il l'est ensuite en droit puisqu'en laissant passer ledit délai de 5 jours dès les premiers contacts avec les autorités judiciaires de poursuites, le justiciable devient automatiquement forclos à invoquer ultérieurement une telle nullité à tout autres stade de procédure.

Dès lors, en n'examinant pas la légalité des auditions policières de A) et de X, pour ainsi leur refuser une possibilité de les contester efficacement, la Cour d'appel a violé les articles 126 du Code de procédure pénale et l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

deuxième branche, pour violation de l'article 6 § 1 et § 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme

Malgré les délais de forclusion prévus notamment par les articles 48-2, respectivement 126 du Code de procédure pénale, la Cour d'appel doit, en vertu notamment de l'arrêt A.T. c/ Luxembourg rendu en date du 9 avril 2015 par la Cour Européenne des Droits de l'Homme et nonobstant une forclusion, analyser s'il y a eu ou non violation notamment de l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'Homme. (voy. p.ex., Cour d'appel, Vème Chambre, arrêt n°263/17 V du 27 juin 2017)

Notamment l'article 6 § 3, b) dispose que tout accusé a droit notamment à <<disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense>>.

Or, les délais de forclusion de 5 jours prévus par lesdits articles, même ouvrables, sont contraires à l'article 6 § 3 de la Convention, pour être manifestement insuffisant pour constater une éventuelle irrégularité de la procédure et puis de rédiger et déposer un recours effectif.

En l'occurrence, la Cour d'appel, en disant forclos les demandes en nullités, viole l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. » ;

Sur la première branche du moyen :

Attendu que l'article 48-2 du Code de procédure pénale est étranger à l'arrêt attaqué, les juges d'appel ayant fait application, non de cet article, mais de l'article 126 du même code relatif aux nullités de la procédure d'instruction ;

Qu'il en suit que, sous ce rapport, le moyen est irrecevable ;

Attendu qu'il résulte de la réponse au deuxième moyen de cassation que l'article 126 visé au moyen prévoit un délai de forclusion de cinq jours ;

Attendu que la Cour d'appel, en déclarant le demandeur en cassation forclos à soulever la nullité d'un acte de la procédure d'enquête devant la juridiction de jugement, n'a partant pas violé la disposition visée au moyen ;

Qu'il en suit que, sous ce rapport, le moyen n'est pas fondé ;

Attendu que le droit d'accès au juge n'est pas absolu ; que les Etats peuvent édicter des prescriptions destinées à régler les recours qu'ils organisent et à en fixer les conditions d'exercice, pourvu que ces réglementations aient pour but d'assurer une bonne administration de la justice ;

Attendu que l'article 126 du Code de procédure pénale prévoit un recours en nullité de la procédure de l'instruction préparatoire ou d'un acte quelconque de cette procédure devant la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement ;

Attendu que la Cour d'appel, en déclarant le demandeur en cassation forclos à soulever la nullité d'un acte de la procédure d'enquête devant la juridiction de

jugement, n'a pas privé le demandeur en cassation d'un recours effectif prévu par la loi ;

Qu'il en suit que par rapport à l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le moyen n'est pas fondé ;

Sur la seconde branche du moyen :

Attendu que le demandeur en cassation n'indique pas en quoi la disposition de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aurait été violée ;

Qu'il en suit que, sous ce rapport, le moyen est irrecevable ;

Attendu que par rapport au grief tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le demandeur critique non la décision des juges d'appel mais, d'une façon générale, les dispositions des articles 48-2 et 126 du Code de procédure pénale qui prévoiraient des délais de recours trop brefs et seraient dès lors contraires aux dispositions conventionnelles visées au moyen ;

Attendu qu'en l'espèce, le demandeur en cassation a été déclaré forclos à présenter ses demandes en nullité non en raison d'un éventuel dépassement du délai d'action de cinq jours, mais en raison du fait qu'il n'a « *pas introduit une requête en annulation devant la Chambre du conseil* » ;

Attendu que le grief invoqué est partant étranger à la décision attaquée ;

Qu'il en suit que, sous ce rapport, le moyen est irrecevable ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré « *de la violation de l'article 209-1 du Code pénal.*

En ce que l'arrêt attaqué

<< reçoit les appels du Ministère public et du demandeur au civil en la forme

;

(...)

dit ces appels fondés ;

réformant :

déclare X convaincu de la prévention d'avoir établi une fausse attestation testimoniale, telle que spécifiée dans le corps du présent arrêt ;

condamne X du chef de l'infraction retenue à sa charge à une peine d'emprisonnement de 12 (douze) mois ;

dit qu'il sera sursis à l'exécution de l'intégralité de cette peine d'emprisonnement ;

condamne X à une amende de 3.000 (trois mille) euros ;

fixe la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement à 60 jours ;

condamne X aux frais de sa poursuite de première instance et en instance d'appel, ces frais liquidés à 29,80 euros ; (...) >>

Aux motifs que

<< L'infraction visée à l'article 209-1, point 1 du Code pénal, est ainsi constituée dès que l'auteur établit une attestation faisant état d'un fait dont il connaît l'inexactitude matérielle, indépendamment de l'usage qui pourra être fait de cette attestation (à rapprocher Cassation française, chambre criminelle 26 juillet 1989). Cette solution est d'ailleurs conforme au texte même de l'article 209-1 de Code pénal, qui distingue en son point 1, l'établissement de la fausse attestation, et en son point 3, l'usage de cette attestation inexacte, l'établissement et l'usage de la fausse attestation étant nécessairement le fait d'auteurs différents, les attestations visées par l'article 209-1 ne pouvant émaner que de personnes pouvant avoir la qualité de témoins, c'est-à-dire par des personnes tierces aux parties au procès au cours duquel les parties produisent ces attestations.

(...)

Ainsi qu'il a été relevé ci-avant, l'infraction de la fausse attestation testimoniale est consommée, dès son émission, dès lors qu'elle a été destinée à être remise à une juridiction, peu importe si en définitive elle ne lui a pas été soumise ou si la juridiction ne l'a pas prise en considération, la loi distinguant entre l'établissement de l'attestation et l'usage qui en sera fait.

(...)

Par réformation des premiers juges, A) et X sont dès lors convaincus d'avoir : [...]. (page 22 et s.)

Alors que

A l'instar des premiers juges, en se référant à un arrêt de la Cour d'appel ayant considéré que le délit de fausse attestation testimoniale ne sera consommée qu'à partir de la prise en délibéré de l'affaire, le délit de fausse attestation n'est pas consommée dès lors qu'aucune instance contentieuse n'a débuté et que l'introduction d'une instance reste purement hypothétique.

Dès lors, en estimant que l'infraction de fausse attestation était une infraction instantanée, la Cour d'appel a violé l'article 209-1 du Code pénal. » ;

Attendu que par les motifs reproduits au moyen, les juges d'appel ont fait l'exacte application de la loi ;

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

Sur le cinquième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

En ce que l'arrêt attaqué

<< (...)

déclare X convaincu de la prévention d'avoir établi une fausse attestation testimoniale, telle que spécifiée dans le corps du présent arrêt ;

condamne X du chef de l'infraction retenue à sa charge à une peine d'emprisonnement de 12 (douze) mois ;

dit qu'il sera sursis à l'exécution de l'intégralité de cette peine d'emprisonnement ;

condamne X à une amende de 3.000 (trois mille) euros ;

fixe la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement à 60 jours ;

condamne X aux frais de sa poursuite de première instance et en instance d'appel, ces frais liquidés à 29,80 euros ; (...) >>

Aux motifs que

<< Il s'en suit que l'information judiciaire n'a connu à aucun moment une période d'inaction prolongée imputable aux autorités de poursuites. Par ailleurs aucun déperissement de preuves n'en est résulté de la circonstance que le présent volet n'a pas été instruit pendant la période d'octobre 2014 à octobre 2015 et les droits de la défense des prévenus et n'ont pas été irrémédiablement compromis, étant donné que les enquêteurs avaient déjà procédé aux auditions des prévenus et témoins à une période antérieure, avaient procédé à la saisie des relevés téléphoniques, aux perquisitions bancaires et vérifié les jours de congé des différents protagonistes. >> (page 28)

Alors que

L'affaire a connu des périodes d'inaction particulièrement longues, comme par exemple entre le dépôt du premier rapport de police en octobre 2014 suite aux

auditions policières de A) et X en août 2014, et leur inculpation en octobre 2015, soit un an plus tard,

Dès lors, en ne retenant pas qu'il y a eu dépassement du délai raisonnable, la Cour d'appel a violé l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. » ;

Attendu que sous le couvert du grief de la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation souveraine, par les juges du fond, du respect du délai raisonnable ;

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

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 8 euros.

Ainsi jugé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du **jeudi, quatorze février deux mille dix-neuf**, 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,
Yannick DIDLINGER, 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 Monique SCHMITZ, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.