

N° 18 / 2013 pénal.
du 21.3.2013.
Not. 1064/06/CD
Numéro 3170 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 et un mars deux mille treize**,

dans la poursuite pénale dirigée contre

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

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 :

Sur le rapport du conseiller Monique BETZ et les conclusions de l'avocat général Serge WAGNER ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 20 juin 2012 sous le numéro 330/12 X par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 20 juillet 2012 par Maître Marc LENTZ en remplacement de Maître Philippe PENNING pour et au nom de **X.**) au greffe de la Cour supérieure de justice du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 20 août 2012 par Maître Philippe PENNING pour et au nom de **X.**) au greffe de la Cour ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait condamné X.) du chef d'infractions à la loi modifiée du 12 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie et au règlement grand-ducal du 23 mars 1974, compte tenu du dépassement du délai raisonnable, à une peine d'emprisonnement et une amende; que sur appel de X.) et du Ministère public, la Cour d'appel a dit que le délai raisonnable de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'a pas été dépassé et a confirmé pour le surplus le jugement lui déféré;

Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis:

tirés, **le premier**, « de la violation de l'article 6.1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme consacrant le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable,

En ce que l'arrêt a :

<< dit l'appel du Ministère public fondé ;

réformant,

dit que le délai raisonnable de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme n'a pas été dépassé ;

Confirme pour le surplus le jugement entrepris. >>

AUX MOTIFS QUE

<< Concernant le délai raisonnable, la Cour retient, conformément aux conclusions du Ministère public et par réformation du jugement entrepris, que le point de départ dudit délai est à fixer en l'espèce au 25 février 2010, date de l'inculpation du prévenu, et non pas au 31 juillet 2008. En effet même si le prévenu a été présent au domicile de A.) le 31 juillet 2008, quand les agents s'y sont présentés, il n'a pas été auditionné à cette date, ni informé des charges pesant contre lui. A partir de l'inculpation du prévenu le 25 février 2010, il n'y a eu aucun retard indu imputable aux autorités judiciaires qui aurait eu pour conséquence un dépassement du délai raisonnable. >>

ALORS QUE

Comme l'indique la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt N. c. Autriche, du 27 juin 1968, ainsi qu'une série d'autres arrêts en la matière: au pénal,

<< la période à prendre en considération (...) commence nécessairement le jour où une personne se trouve accusée >>. (CEDH, N. c. Autriche, 27 juin 1968, §18).

Telle que l'utilise l'article 6, la notion d'accusation a un sens autonome et plutôt matériel que formel.

D'après la Cour de Strasbourg, on peut, en général, la définir << comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale » (CEDH, D. c. Belgique, 27 février 1980, §44), mais « elle peut, dans certains cas, revêtir la forme d'autres mesures impliquant un tel reproche et entraînant, elles aussi, des ''répercussions importantes sur la situation'' du suspect» (ibidem, §46)

<< La Cour rappelle que la période à prendre en considération au regard de l'article 6 paragraphe 1 débute dès qu'une personne est formellement accusée ou lorsque les soupçons dont elle est l'objet ont des répercussions importantes sur sa situation, en raison des mesures prises par les autorités de poursuite. Ainsi, ''il peut s'agir d'une date antérieure à la saisine de la juridiction de jugement, celle notamment (...) de l'arrestation, de l'inculpation ou de l'ouverture des enquêtes préliminaires (...). Si l'accusation au sens de l'article 6 paragraphe 1 peut, en général, se définir comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale, elle peut, dans certains, cas revêtir la forme d'autres mesures impliquant un tel reproche et entraînant, elle aussi, des répercussions importantes sur la situation du suspect'' >> (CEDH, P. B.-M. c. France, 2 août 2000 §52)

[source: Frédéric EBEL, La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Dossiers sur les droits de l'homme n°16, éditions du Conseil de l'Europe, 2007].

ET QUE

Les faits pour lesquels le sieur X.) a été jugé remontent au 13 janvier 2006.

Le 19 janvier 2006, le Ministère public a requis l'ouverture d'une information judiciaire contre deux autres inculpés dans cette affaire, dans le cadre de laquelle le prénom de X.) a été cité (<< X.) >> cf Bericht Nr. 27-106/2006 Service de Police Judiciaire Section Stupéfians du 27 janvier 2006 — pièce n°1 versée ensemble avec le présent mémoire).

<< Concernant X.), le Tribunal retient que même si ce dernier n'a été officiellement inculpé par le juge d'instruction que le 25 février 2010, que la date de l'accusation qui fait courir le point de départ pour déterminer le délai raisonnable se situe au 31 juillet 2008, étant donné qu'il fut oralement auditionné par les enquêteurs, confronté aux éléments d'enquête, notamment l'exploitation des listings et informé des charges pesant à l'encontre tant de sa compagne qu'à son encontre. C'est donc à partir de cette date qu'il a pu légitimement déduire de certains événements qu'il est soupçonné d'avoir commis certaines infractions et qu'une procédure est susceptible d'être conduite contre lui » (jugement de première instance n°2214/2011).

En effet, dans leur procès-verbal (Bericht Nr. JDA 854/10 dressé le 31 juillet 2008 par le Service de Police Judiciaire Section des stupéfiants - pièce n°2 versée ensemble avec le présent mémoire), les enquêteurs mentionnent avoir rencontré le 30 juillet 2008 la coïnculpée A.) en présence de X.). Ce dernier avait ouvert la porte aux Policiers et ceux-ci ont posé des questions à X.) au sujet des faits.

Il s'en est suivi que les enquêteurs concluent dans leur rapport << (...) wäre es angebracht, sowohl A.) und deren Freund X.) als mögliche Tatverdächtige anzusehen. Es ist mehr als offensichtlich, dass X.) der Verkäufer der tödlichen Dosis von V.) ist. (...). >>

Ainsi, l'accusation, au sens autonome de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, se situait au 19 janvier 2006 pour ce qui concerne Monsieur X.), sinon au plus tard au 31 juillet 2008 tel que retenu par les juges de première instance.

DÈS LORS

En décidant par réformation des premiers juges que le délai raisonnable n'était pas dépassé dans le cadre de l'affaire pénale poursuivie par le Ministère public à l'encontre de Monsieur X.) et en fixant le point de départ de l'appréciation du délai raisonnable à la date de l'inculpation du prévenu par le juge d'instruction sans pour autant vérifier s'il n'y a pas eu accusation au sens autonome de la CEDH avant cette date, la Cour d'appel a violé l'article 6.1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. »

le deuxième, « Pour contradiction de motifs, sinon pour insuffisance de motifs valant absence de base légale,

En ce que l'arrêt a :

« dit l'appel du ministère public fondé ;

réformant,

dit que le délai raisonnable de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme n'a pas été dépassé ;

Confirme pour le surplus le jugement entrepris. »

AUX MOTIFS QUE

<< Concernant le délai raisonnable, la Cour retient, conformément aux conclusions du ministère public et par réformation du jugement entrepris, que le point de départ dudit délai est à fixer en l'espèce du 25 février 2010, date de l'inculpation du prévenu, et non pas au 31 juillet 2008. En effet même si le prévenu a été présent à

domicile de A.) le 31 juillet 2008, quand les agents s'y sont présentés, il n'a pas été auditionné à cette date, ni informé des charges pesant contre lui. A partir de l'inculpation du prévenu le 25 février 2010, il n'y a eu aucun retard indu imputable aux autorités judiciaires qui aurait eu pour conséquence un dépassement du délai raisonnable. >>

ALORS QUE

<< Concernant X.), le Tribunal retient que même si ce dernier n'a été officiellement inculpé par le juge d'instruction que le 25 février 2010, que la date de l'accusation qui fait courir le point de départ pour déterminer le délai raisonnable se situe au 31 juillet 2008, étant donné qu'il fut oralement auditionné par les enquêteurs, confronté aux éléments d'enquête, notamment l'exploitation des listings et informé des charges pesant à l'encontre tant de sa compagne qu'à son encontre. C'est donc à partir de cette date qu'il a pu légitimement déduire de certains événements qu'il est soupçonné d'avoir commis certaines infractions et qu'une procédure est susceptible d'être conduite contre lui >> (jugement de première instance n°2214/2011).

ET QUE

Le procès-verbal Bericht Nr. JDA 854/10 dressé le 31 juillet 2008 par le Service de Police Judiciaire Section des stupéfiants mentionne clairement que les enquêteurs ont rencontré le 30 juillet 2008 la coïnculpée A.) en présence de X.). Ce dernier avait ouvert la porte aux Policiers et ceux-ci ont posé des questions à X.) au sujet des faits.

Il s'en est suivi que les enquêteurs concluent dans leur rapport << es ist mehr als offensichtlich, dass X.) der Verkäufer der tödlichen Dosis von V.) ist. (...).

ET QUE

<< La dénaturation des documents de preuve n'est guère admise en tant que telle par la Chambre criminelle qui préfère la censurer sous une autre qualification. Lorsque le fait affirmé par l'arrêt se trouve en contradiction avec ceux énoncés dans le rapport d'expertise auquel il prétend l'emprunter, la Chambre criminelle préfère casser l'arrêt pour contradiction de motifs et manque de base légale. Puisque l'arrêt se réfère au rapport d'expertise, la Chambre criminelle fait de celui-ci une annexe de l'arrêt lui-même, ce qui lui permet de conclure à l'existence d'une contradiction de motifs de l'arrêt ; grâce à cette analyse, le recours au grief de dénaturation devient inutile >> (BORE, La cassation en matière pénale, 2012, 2013, éd. Dalloz action, n°85.21, p.238 ; Crim. fr. 25 avril 1974, n°73-91.297, Bull. crim. n°154)

En l'espèce, il résulte du prédit procès-verbal de Police du 31 juillet 2008, tel que l'ont retenu à bon escient les juges de première instance, que, contrairement à ce qui a été indiqué par la Cour d'Appel, X.) a été auditionné (au sens autonome de la CEDH) par les Policiers.

DÈS LORS

En décidant, en mépris des termes clairs et univoques du Bericht Nr. JDA 854/10 dressé le 31 juillet 2008 par le Service de Police Judiciaire Section des

stupéfiants, que X.) n'avait pas été auditionné par les Policiers le 31 juillet 2008 (au sens autonome de la CEDH), et en réformant ainsi le premier jugement en décidant que le délai raisonnable n'était pas dépassé dans le cadre de l'affaire pénale poursuivie par le Ministère public à l'encontre de Monsieur X.), la Cour d'appel a procédé par contradiction de motifs, sinon par insuffisance de motifs valant absence de base légale. »

Attendu que la contradiction de motifs doit affecter les motifs de la décision attaquée ; que le demandeur en cassation ne peut donc se prévaloir dans son deuxième moyen des motifs contraires du jugement déféré à la Cour d'appel et réformé par elle ;

Attendu qu'en retenant sur base des éléments du dossier répressif, souverainement constatés par eux, que « *même si le prévenu a été présent au domicile de A.) le 31 juillet 2008, quand les agents s'y sont présentés, il n'a pas été auditionné à cette date, ni informé des charges pesant sur lui* », et en en déduisant que le point de départ du délai raisonnable est à fixer au 25 février 2010, date de l'inculpation de X.) par le juge d'instruction, les juges d'appel ont, sans encourir ni le grief d'une violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni celui du défaut de base légale, pu dire que le délai raisonnable n'était en l'espèce pas dépassé ;

Que les moyens ne sont dès lors pas fondés ;

Sur le troisième moyen de cassation

« Pour violation de l'article 628-3 du Code d'instruction criminelle,

En ce que l'arrêt a:

<< dit l'appel du ministère public fondé ;

(...)

Confirme pour le surplus le jugement entrepris. >>

AUX MOTIFS QUE

Il n'y a cependant pas lieu d'assortir la peine d'emprisonnement du sursis à son exécution tant le sursis simple que le sursis probatoire étant légalement exclus au vu du casier judiciaire du prévenu renseignant une condamnation, par un jugement du tribunal correctionnel de Thionville du 3 mai 2005, à une peine d'emprisonnement de six mois assortie du sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de deux ans.

ALORS QUE

L'article 628-3 du Code d'instruction criminelle assimile les condamnations contradictoires subies à l'étranger pour infractions de droit commun punies également

par les lois luxembourgeoises, ceci en ce qui concerne les dispositions concernant le sursis aux condamnations prononcées par les juridictions luxembourgeoises.

Cet article est inséré à la section IV du chapitre IV du titre VII, Livre II du Code d'instruction criminelle et porte le titre << sursis à l'exécution des peines >>

Le sursis probatoire n'est visé que par la section suivante (n° V) s'intitulant << Probation >>.

En effet, l'article 628-3 du Code d'instruction criminelle ne constitue qu'un héritage législatif introduit par la loi du 10 mai 1892 sur la condamnation conditionnelle, loi introduisant le sursis dans notre législation, mais ne connaissant pas encore des dispositions par rapport au sursis probatoire. Par ailleurs, cette disposition, pour vouloir s'appliquer également au régime du sursis probatoire (et de la suspension probatoire), aurait dû se trouver aux côtés de l'article 634 du Code d'instruction criminelle, réglementant une situation d'extranéité comme le cas des étrangers condamnés au Luxembourg, et qui vise expressément l'ensemble des différents régimes de sursis et de suspension de peine.

Le droit pénal étant d'interprétation stricte, il y a lieu de conclure que l'article 628-3 du Code d'instruction criminelle et partant le principe de l'assimilation des condamnations étrangères aux condamnations luxembourgeoises s'applique uniquement en ce qui concerne le sursis simple et non pas le sursis probatoire.

Ainsi, la prédite première condamnation du tribunal correctionnel de Thionville du 3 mai 2005 (pièce n°3 versée ensemble avec le présent mémoire) - à la supposer exister encore au moment du prononcé par la Cour d'Appel - n'aurait pas dû être prise en considération par cette dernière pour apprécier l'octroi d'un sursis probatoire au profit du prévenu X.).

DÈS LORS

En décidant de ne pas assortir la peine d'emprisonnement du demandeur en cassation du sursis probatoire en raison d'une condamnation prononcée contre lui par une juridiction étrangère, la Cour d'Appel a violé l'article 628-3 du Code d'instruction criminelle. »

Mais attendu que l'article 628-3 du Code d'instruction criminelle, en assimilant, quant aux dispositions concernant le sursis, les condamnations contradictoires subies à l'étranger pour des infractions punies également par les lois luxembourgeoises aux condamnations prononcées par les juridictions luxembourgeoises, vise le sursis probatoire comme le sursis simple ; qu'une limitation du terme « sursis » au seul sursis simple, en raison de l'emplacement de l'article 628-3 dans le chapitre IV du Code d'instruction criminelle, serait contraire à l'esprit de la loi et à la finalité du régime de la mise à l'épreuve ;

qu'en décidant qu'il n'y a pas lieu d'assortir la peine d'emprisonnement du sursis à l'exécution, tant le sursis simple que le sursis probatoire étant légalement exclus au vu du casier judiciaire de X.), renseignant une condamnation par le tribunal correctionnel de Thionville du 3 mai 2005 à une peine d'emprisonnement de six mois assortie du sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de deux ans, les juges d'appel n'ont pas violé la disposition légale visée au moyen ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen de cassation

« Pour violation de l'article 132-52 du Code Pénal français et de l'article 629 du Code d'instruction criminelle,

Pour violation de l'article 132-52 du Code Pénal français et de l'article 629 du Code d'instruction criminelle,

En ce que l'arrêt a :

« dit l'appel du ministère public fondé ;

(...)

Confirme pour le surplus le jugement entrepris. »

AUX MOTIFS QUE

Il n'y a cependant pas lieu d'assortir la peine d'emprisonnement du sursis à son exécution tant le sursis simple que le sursis probatoire étant légalement exclus au vu du casier judiciaire du prévenu renseignant une condamnation, par un jugement du tribunal correctionnel de Thionville du 3 mai 2005, à une peine d'emprisonnement de six mois assortie du sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de deux ans.

ALORS QUE

D'après les dispositions de l'article 132-52 du Code Pénal français (pièce n°4 versée ensemble avec le présent mémoire), << la condamnation assortie du sursis avec mise à l'épreuve est réputée non avenue lorsque le condamné n'a pas fait l'objet d'une décision ordonnant l'exécution de la totalité de l'emprisonnement >>.

Le << casier judiciaire français >> versé par le Ministère Public (pièce n°5 versée ensemble avec le présent mémoire) renseigne comme dernière condamnation pour crime ou délit un jugement rendu le 3 mai 2005 par le Tribunal correctionnel de Thionville (inscription 2/4) l'ayant condamné à 6 mois d'emprisonnement délictuel avec sursis assorti d'une mise à l'épreuve pendant 2 ans, cette condamnation étant exécutoire provisoirement.

Le sursis avec mise à l'épreuve français est assimilable au sursis probatoire visé par l'article 629 et suiv. du Code d'instruction criminelle, en ce qui concerne ses finalités et modalités.

<< Une condamnation à l'emprisonnement assortie partiellement d'un sursis avec mise à l'épreuve est réputée non avenue dans tous ses éléments à l'échéance du délai d'épreuve et perd ainsi son caractère exécutoire à partir de cette date, à moins qu'elle ne fasse l'objet d'une décision ordonnant la révocation totale du sursis >> (Cass. crim. fr., 28 avril 2011, n°10-87.986, Bull. crim. 2011, n°84 ; Cass. crim. fr. 28 avril 2011, n°10-87.978, Bull. crim. n°85).

Cette condamnation à une peine d'emprisonnement assortie du sursis avec mise à l'épreuve telle que prononcée par le Tribunal correctionnel de Thionville est donc réputée non avenue, conformément à l'article 132-52 du Code pénal français, X.) n'ayant pas fait l'objet d'une décision ordonnant l'exécution de la totalité de l'emprisonnement.

<< Contrairement au sursis simple qui est exclu si le prévenu a fait l'objet d'une condamnation définitive avant le fait motivant la poursuite, le sursis probatoire est exclu si la condamnation antérieure définitive existe au moment où la seconde condamnation est prononcée. >> (Cour d'appel, 15 mars 2006, Pas. 34, p. 3 et suiv.).

Or, au moment où les juges luxembourgeois prononçaient la condamnation de Monsieur X.) dans la présente espèce, que ce soit le 29 juin 2011 pour la première instance, ou que ce soit le 20 juin 2012 pour l'instance d'appel, la prédite condamnation française qui aurait pu faire échec, le cas échéant - quod non - (cf développements sub. troisième moyen), à l'octroi d'un sursis probatoire, ne pouvait plus être considérée parce qu'elle était réputée non avenue.

A fortiori, les juridictions luxembourgeoises ne pourront pas statuer sur une révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve prononcé par une juridiction française.

À plus forte raison, le forfait commis par le prévenu au Luxembourg ne pourra pas non plus, à lui seul, être à la base d'une révocation du sursis avec mise à l'épreuve prononcée par une juridiction française.

ET QUE << La loi étrangère est une règle de droit. >> (Cass. civ. fr., 1ère, 13 janvier 1993, n°91-14.415. Bull. civ. I, n°14) et << attendu qu'il incombe au juge français qui applique une loi étrangère de rechercher la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif en vigueur dans l'Etat concerné. >> (Cass. civ. fr., 1ère, 24 novembre 1998, n°96-15.078, Bull. civ. I, n°327).

Une application correcte par les juges luxembourgeois de l'article 132-52 du Code pénal français aurait nécessairement dû mener au constat que la condamnation par le Tribunal correctionnel de Thionville du 3 mai 2005 était non avenue.

Ainsi, les conditions légales prévues par l'article 629 du Code d'instruction criminelle afin de pouvoir bénéficier d'une condamnation à une peine d'emprisonnement assortie du sursis probatoire étaient remplies dans le chef du prévenu X.).

DÈS LORS

En décidant de ne pas assortir la peine d'emprisonnement du demandeur en cassation du sursis probatoire au motif que celui-ci serait légalement exclu, alors que la condamnation étrangère était non avenue au jour où les juges ont prononcé leur seconde condamnation, la Cour d'Appel a violé l'article 132-52 du Code pénal français ainsi que l'article 629 du Code d'instruction criminelle. »

Mais attendu que la cohérence et la finalité du régime de la mise à l'épreuve, qui se réalise notamment par le sursis à l'exécution des peines, simple ou probatoire, commandent d'interpréter la notion de « *condamnation antérieure* », figurant à l'article 629, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle, comme visant la condamnation irrévocable dont le délinquant a fait l'objet avant le fait motivant sa poursuite, condamnation telle que définie à l'article 626, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle ;

qu'en retenant que la peine d'emprisonnement encourue pour des faits commis le 13 janvier 2006 ne peut être assortie du sursis à son exécution, légalement exclu au vu du casier judiciaire du prévenu, renseignant une condamnation par un jugement du tribunal correctionnel de Thionville du 3 mai 2005 à une peine d'emprisonnement de six mois assortie du sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de deux ans, les juges du fond, qui ont par ailleurs souverainement interprété la loi française, n'ont pas violé l'article 629 du Code d'instruction criminelle ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen de cassation:

« Pour violation de l'article 6.1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (égalité des armes) et de l'article 6.3 de cette même Convention (droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense),

En ce que l'arrêt a :

<< dit l'appel du ministère public fondé ;

(...)

Confirme pour le surplus le jugement entrepris. » AUX MOTIFS QUE

Il n'y a cependant pas lieu d'assortir la peine d'emprisonnement du sursis à son exécution tant le sursis simple que le sursis probatoire étant légalement exclus au vu du casier judiciaire du prévenu renseignant une condamnation, par un jugement du

tribunal correctionnel de Thionville du 3 mai 2005, à une peine d'emprisonnement de six mois assortie du sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de deux ans.

ALORS QUE

De manière générale, l'extrait du casier judiciaire (national ou étranger) n'est pas communiqué par le Ministère Public ensemble avec tous les procès-verbaux et autres pièces constituant le dossier répressif.

À défaut de disposer d'un tel extrait du casier judiciaire, l'avocat de la défense ne dispose pas du temps nécessaire pour en vérifier l'exactitude.

Même la possibilité offerte par le Parquet à l'avocat de la défense de consulter l'extrait du casier judiciaire en toute précipitation le jour des plaidoiries dans la salle d'audience très peu de temps avant l'arrivée des magistrats, n'est pas de nature à permettre à la défense de s'organiser et de vérifier l'exactitude dudit document.

Le Ministère Public seul dispose matériellement de cette pièce avant et durant les débats, alors que ni le prévenu, ni son conseil n'ont accès par voie légale au casier judiciaire intégral, que ce soit le casier français (bulletin no 1) ou luxembourgeois (bulletin no 1).

Le principe de l'égalité des armes tel qu'il résulte de l'exigence d'une procédure équitable et contradictoire, exige cependant que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits.

De cette rupture de l'égalité des armes s'en est suivi un grief dans le chef du demandeur en cassation dans la mesure où une vérification approfondie et en temps utile de ladite pièce (casier judiciaire) aurait pu permettre de découvrir une condamnation étrangère, respectivement une inscription qui n'aurait plus dû y figurer et de remédier en temps utile à cette situation.

DÈS LORS

En fondant sa décision sur une pièce qui n'a été communiquée à l'avance ni à l'avocat du prévenu, ni au prévenu lui-même, et que ces derniers ne peuvent légalement obtenir et dont le Ministère Public disposait cependant matériellement avant et durant les plaidoiries, la Cour d'Appel a violé les articles 6.1 et 6.3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. »

Attendu que le moyen n'a été soulevé ni en première instance, ni en instance d'appel ; qu'il est dès lors nouveau et, étant mélangé de fait et de droit, il est irrecevable ;

Sur les sixième et septième moyens de cassation réunis:

le sixième, « *Pour violation des articles 154 et 189 du Code d'instruction criminelle, ainsi que de l'article 6.1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme,*

En ce que l'arrêt a:

<< dit l'appel du ministère public fondé ;

(...)

Confirme pour le surplus le jugement entrepris. >>

AUX MOTIFS QUE

Il n'y a cependant pas lieu d'assortir la peine d'emprisonnement du sursis à son exécution tant le sursis simple que le sursis probatoire étant légalement exclus au vu du casier judiciaire du prévenu renseignant une condamnation, par un jugement du tribunal correctionnel de Thionville du 3 mai 2005, à une peine d'emprisonnement de six mois assortie du sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de deux ans.

ALORS QUE

La Cour de Strasbourg considère qu'elle << doit (...) rechercher si les éléments de preuve relatifs aux poursuites contre les requérants avaient été recueillis d'une manière propre à garantir un procès équitable >> (CEDH., B., M. et J. c. Espagne, 6 décembre 1988, série A n° 146, § 83).

Le principe de loyauté de la preuve, découlant de l'exigence d'un procès équitable, interdit l'utilisation de moyens de preuve désuets ou non probants.

Ce principe de loyauté de la preuve ne doit s'appliquer non seulement à la recherche d'une éventuelle culpabilité du prévenu par la juridiction de jugement, mais également aux conditions de l'octroi d'un aménagement de la peine tel que le bénéfice d'un sursis probatoire prononcé par cette même juridiction.

La pièce versée par le Ministère Public à la défense à titre exceptionnel et pour les besoins du présent recours uniquement et ce après la procédure d'appel seulement (pièce n°5 versée avec le présent mémoire en cassation) ne présente cependant pas les garanties nécessaires pour pouvoir emporter la conviction des juges quant à la fiabilité des informations y contenues alors qu'elle ne renseigne ni la date, ni la signature, ni clairement s'il s'agit d'un extrait du casier judiciaire français, ni de quelle autorité elle émane, ni porte-t-elle le cachet de son émetteur.

De plus, le << casier judiciaire >> n'était pas à jour au moment où il était soumis à la Cour d'Appel le 21 mai 2012 alors qu'il porte comme référence (première page) le numéro de dossier 1064/06/CD 0706.2011 XIII. Ce numéro fait expressément référence à la procédure de première instance : les plaidoiries devant la XIIIe chambre du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg ayant effectivement eu lieu en date du 7 juin 2011.

Il est donc clair que cette pièce n'a pas été mise à jour après le jugement de première instance et que la Cour d'Appel s'est toujours basée sur cette pièce désuète et renseignant toujours la condamnation du Tribunal de Thionville qui devrait cependant ne plus y figurer (cf moyens précédents). Cette pièce est dès lors à considérer comme déloyale.

DÈS LORS

En appuyant sa décision sur un moyen de preuve déloyal, la Cour d'Appel a violé les articles 154 et 189 du Code d'instruction criminelle, ainsi que de l'article 6.1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

le septième, « Pour violation de l'article 629 du Code d'instruction criminelle,

En ce que l'arrêt a:

<< dit l'appel du ministère public fondé ;

Confirme pour le surplus le jugement entrepris. >>

AUX MOTIFS QUE

Il n'y a cependant pas lieu d'assortir la peine d'emprisonnement du sursis à son exécution tant le sursis simple que le sursis probatoire étant légalement exclus au vu du casier judiciaire du prévenu renseignant une condamnation, par un jugement du tribunal correctionnel de Thionville du 3 mai 2005, à une peine d'emprisonnement de six mois assortie du sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de deux ans.

ALORS QUE

Le << casier judiciaire >> n'était pas à jour au moment où il était soumis à la Cour d'Appel le 21 mai 2012 alors qu'il porte comme référence (première page) le numéro de dossier 1064/06/CD 07.06.2011 XIII. Ce numéro fait expressément référence à la procédure de première instance : les plaidoiries devant la XIIIe chambre du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg ayant effectivement eu lieu en date du 7 juin 2011.

<< Contrairement au sursis simple qui est exclu si le prévenu a fait l'objet d'une condamnation définitive avant le fait motivant la poursuite, le sursis probatoire est exclu si la condamnation antérieure définitive existe au moment où la seconde condamnation est prononcée. >> (Cour d'appel, 15 mars 2006, Pas. 34, p. 3 et suiv.).

Les magistrats de la Cour d'Appel auraient donc dû disposer d'une pièce à jour au moment où ils statuaient alors que la situation aurait pu changer par rapport au moment des débats en première instance.

DÈS LORS

En ne disposant pas d'un casier judiciaire du prévenu à jour au moment où elle prononçait sa condamnation, la Cour d'Appel a violé l'article 629 du Code d'instruction criminelle. »

Mais attendu que le juge répressif apprécie souverainement la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde son intime conviction ;

Attendu qu'il résulte par ailleurs de la réponse donnée au quatrième moyen que la « *condamnation antérieure* » figurant à l'article 629, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle, vise la condamnation irrévocable dont a fait l'objet le délinquant avant le fait motivant sa poursuite ;

que l'extrait du casier judiciaire à eux soumis, renseignant une condamnation à une peine d'emprisonnement assortie du sursis avec mise à l'épreuve pendant une durée de deux ans, prononcée le 3 mai 2005, permettait aux juges du fond de constater qu'avant le fait motivant sa poursuite, intervenu le 13 janvier 2006, **X.**) avait fait l'objet d'une condamnation s'opposant à l'octroi du sursis, sans violer les dispositions visées aux deux moyens ;

qu'il s'en suit que les moyens ne sont pas fondés ;

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 5,50 euros.

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **vingt et un mars deux mille treize**, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St.Esprit, composée de :

Georges SANTER, président de la Cour,
Irène FOLSCHIED, conseiller à la Cour de cassation,
Monique BETZ, conseiller à la Cour de cassation,
Danielle SCHWEITZER, conseiller à la Cour d'appel,
Elisabeth WEYRICH, conseiller à la Cour d'appel,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour,

qui, à l'exception du représentant du Ministère public, ont signé le présent arrêt.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Madame Jeanne GUILLAUME, premier avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.