

**N° 85 / 2020 pénal
du 18.06.2020
Not. 16649/18/CD
Numéro CAS-2019-00096 du registre.**

La Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg a rendu en son audience publique du jeudi, dix-huit juin deux mille vingt,

sur le pourvoi de :

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

demandeur en cassation,

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

en présence du **Ministère public,**

l'arrêt qui suit :

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 11 juin 2019 sous le numéro 525/19 par la chambre du conseil de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître Maximilien LEHNEN, avocat à la Cour, au nom de X, suivant déclaration du 8 juillet 2019 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 6 août 2019 au greffe de la Cour ;

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

Sur les faits :

Selon l'arrêt attaqué, un juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait déclaré irrecevable la plainte avec constitution de partie civile dirigée par X contre des fonctionnaires du chef d'infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, au regard des dispositions de l'article 35, paragraphe 1, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de

l'Etat. La chambre du conseil de la Cour d'appel a dit qu'il n'y avait pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle portant sur la conformité de la disposition précitée à l'article 10bis de la Constitution en ce qu'elle opère à l'égard de la victime une discrimination quant à sa possibilité de déclencher l'action publique, selon que l'auteur de l'infraction est un fonctionnaire ayant agi dans l'exercice de ses fonctions ou tout autre citoyen ne revêtant pas cette qualité. Elle a, pour le surplus, confirmé l'ordonnance entreprise.

Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis :

le **premier moyen**, « *Tiré de l'excès de pouvoir,*

En ce que,

La Chambre du conseil de la Cour d'appel a analysé la comparabilité des catégories de personnes dont l'inégalité de traitement inconstitutionnelle a été soulevée au motif que :

<< Si les juridictions saisies d'une contestation portant sur la constitutionnalité d'une loi sont sans pouvoir pour analyser cette question au regard des critères de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité, cet examen relevant exclusivement des attributions de la Cour Constitutionnelle, ces juridictions peuvent néanmoins procéder à un contrôle préalable de la comparabilité des situations en cause sans empiéter sur les attributions de la Cour Constitutionnelle. >>

Alors que,

l'examen de la comparabilité s'inscrit dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité qui est exclusivement réservé à la Cour Constitutionnelle. »

et

le **deuxième moyen**, « *Tiré de la violation de l'article 6 alinéa 2 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, par mauvaise interprétation, sinon mauvaise application,*

Article 6 alinéa 2 de la loi du 27 juillet 1997 :

<< Une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que :

- a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement ;*
- b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement ;*
- c) la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet. >>*

En ce que,

La Chambre du conseil de la Cour d'appel a refusé d'appliquer, sinon a mal appliqué l'article précité 6 alinéa 2 de la loi du 27 juillet 1997, méconnaissant ainsi l'étendue de son pouvoir juridictionnel, au motif que :

<< Si les juridictions saisies d'une contestation portant sur la constitutionnalité d'une loi sont sans pouvoir pour analyser cette question au regard des critères de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité, cet examen relevant exclusivement des attributions de la Cour Constitutionnelle, ces juridictions peuvent néanmoins procéder à un contrôle préalable de la comparabilité des situations en cause sans empiéter sur les attributions de la Cour Constitutionnelle. >>

Alors que,

l'appréciation du caractère fondé d'une question préjudicielle de constitutionnalité n'implique pas une analyse de la comparabilité des personnes dont l'inégalité de traitement est soulevée. ».

Le demandeur en cassation fait grief à la juridiction d'appel d'avoir outrepassé ses pouvoirs en rejetant la question préjudicielle de constitutionnalité relative à l'article 35, paragraphe 1, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat au motif que la situation des fonctionnaires ayant agi dans l'exercice de leurs fonctions n'était pas comparable à celle des autres citoyens.

La comparabilité des situations dont la discrimination est alléguée entre dans le champ d'appréciation des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif aux fins de déterminer si une question de conformité à l'article 10bis de la Constitution n'est pas dénuée de tout fondement au regard de l'article 6, alinéa 2, sous b), de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle.

La Cour d'appel n'a partant ni excédé ses pouvoirs ni violé la disposition visée au deuxième moyen en appréciant la comparabilité de la situation de la victime des agissements commis par le fonctionnaire ayant agi dans l'exercice de ses fonctions par rapport à celle de la victime des agissements commis par tout autre citoyen quant à son droit de mettre en mouvement l'action publique.

Il en suit que les deux moyens ne sont pas fondés.

Sur le troisième moyen de cassation :

« Tiré de la violation de l'article 6§1 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, ci-après << ConvEDH >>, par mauvaise interprétation, sinon mauvaise application,

Article 6 §1 ConvEDH :

<< Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. >>

En ce que,

La Chambre du conseil de la Cour d'appel a refusé d'appliquer, sinon a mal appliqué l'article précité 6 §1 ConvEDH, méconnaissant ainsi les règles de fond, au motif que :

<< La prétendue victime est donc réduite, soit à attendre que le Ministère public intente l'action publique contre le fonctionnaire pour se constituer partie civile par voie incidente lors de l'audience pour corroborer l'action publique soit à porter sa demande en réparation devant une juridiction civile. >>

Alors que,

L'article 6 §1 ConvEDH garantit au justiciable un droit d'accès concret et effectif devant les tribunaux. ».

L'article 35, paragraphe 1, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat dispose que « *L'action civile en réparation de prétendus dommages causés par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ne peut être portée devant un tribunal de répression que dans le cas où il est déjà saisi de l'action publique. ».*

En retenant que le droit de déclencher l'action publique contre un fonctionnaire ayant agi dans l'exercice de ses fonctions est réservé au ministère public et en empêchant la personne qui se prétend victime des agissements d'un fonctionnaire de saisir une juridiction répressive par voie de citation directe, la chambre du conseil de la Cour d'appel n'a pas violé le droit d'accès à un tribunal garanti par la disposition visée au moyen. L'article 35, précité, qui a pour but d'assurer une bonne administration de la justice en visant à protéger les fonctionnaires de poursuites téméraires, injustifiées ou vexatoires auxquels les expose l'exercice de leurs fonctions n'est pas de nature à empêcher tout accès au juge en ce qu'il ne porte atteinte ni au droit de la victime d'introduire une action civile devant les juridictions pénales par voie d'intervention en se constituant partie civile à l'occasion d'une action publique en cours, ni à son droit d'exercer l'action civile devant les juridictions civiles.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

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 juin deux mille vingt**, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, composée de :

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier à la Cour Viviane PROBST.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER et du greffier Viviane PROBST.

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation

X

en présence du Ministère public

(affaire n° CAS-2019-00096 du registre)

Par déclaration du 8 juillet 2019 effectuée au greffe de la Cour supérieure de justice, Maître Maximilien LEHNEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, forma au nom et pour le compte de X un pourvoi en cassation contre un arrêt rendu le 11 juin 2019 sous le numéro 525/19 Ch.c.C. par la chambre du conseil de la Cour d'appel.

Cette déclaration de pourvoi été suivie en date du 6 août 2019 du dépôt d'un mémoire en cassation.

Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel confirmant, sur appel de la partie civile, une ordonnance déclarant d'office irrecevable une plainte avec constitution de partie civile.

L'arrêt est définitif en ce qu'il statue définitivement sur le principe de l'action civile. Il est dès lors susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation sans que ce dernier ne se heurte aux causes d'irrecevabilité prévues par l'article 416 du Code d'instruction criminelle.

Le pourvoi est, partant, dirigé contre une décision susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

Le pourvoi est recevable du point de vue des délais.

Le demandeur en cassation a déposé, conformément à l'article 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, au greffe de la Cour supérieure de justice un mémoire en cassation signé par un avocat à la Cour, précisant les dispositions attaquées et contenant les moyens de cassation.

Il en suit que le pourvoi est recevable.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, un juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a déclaré d'office irrecevable la plainte avec constitution de partie civile de X au motif que celle-ci, qui est dirigée contre des fonctionnaires en raison d'infractions que ces derniers auraient commises dans l'exercice de leurs fonctions, se heurte à l'article 35, paragraphe 1, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (ci-après

« la loi de 1979 »), qui dispose que « l'action civile en réparation de prétendus dommages causés par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ne peut être portée devant un tribunal de répression que dans le cas où il est déjà saisi de l'action publique ». Sur appel de la partie civile, la Chambre du conseil de la Cour d'appel confirma l'ordonnance entreprise après avoir refusé de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle relative à la conformité de la disposition précitée avec l'article 10bis de la Constitution en ce qu'elle opère du point de vue du droit de la victime de mettre en mouvement l'action publique une distinction suivant que l'action publique est dirigée contre un fonctionnaire ayant agi dans l'exercice de ses fonctions ou contre toute autre personne.

Sur le premier et le deuxième moyen

Le premier moyen est tiré d'un excès de pouvoir, en ce que la Chambre du conseil de la Cour d'appel a analysé la comparabilité des catégories de personnes dont l'inégalité de traitement inconstitutionnelle a été soulevée, alors que l'examen de la comparabilité s'inscrit dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité qui est exclusivement réservé à la Cour constitutionnelle.

Le deuxième moyen est tiré d'une violation de l'article 6, alinéa 2, de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle (ci-après « la loi de 1997 »), en ce que la Chambre du conseil de la Cour d'appel pour justifier le refus de poser la question préjudicielle proposée a considéré que celle-ci est dénuée de tout fondement après avoir examiné la comparabilité des catégories de personnes dont l'inégalité de traitement inconstitutionnelle avait été invoquée, alors qu'une question constitutionnelle cesse d'être dénuée de tout fondement au sens de l'article 6, alinéa 2, sous b), de la loi précitée, si l'examen de ce critère suppose celui de la comparabilité des catégories de personnes au sujet desquelles une inégalité de traitement est alléguée.

Soutenant avoir été blessé à l'occasion d'une intervention de la Police grand-ducale, le demandeur en cassation avait déposé plainte avec constitution de partie civile contre les fonctionnaires à l'origine du préjudice allégué¹. Cette plainte a été déclarée irrecevable par le juge d'instruction au motif que l'article 35, paragraphe 1, dispose que l'action civile en réparation de dommages causés par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ne peut être portée devant les juridictions répressives que si celles-ci sont déjà saisies de l'action publique². Saisi sur appel du demandeur en cassation, la Chambre du conseil de la Cour d'appel confirma l'ordonnance entreprise. Elle refusa de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle en relation avec l'article concerné suggérée par le demandeur en cassation :

« L'article 35 alinéa 1^{er} de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, est-il contraire à l'article 10bis de la Constitution en ce qu'il exclut la possibilité pour une victime de porter l'action civile en réparation de dommages lui causés par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions devant un tribunal de répression non saisi de l'action publique ? »³.

Elle motiva ce refus comme suit :

¹ Pièce n° 1 annexée au mémoire en cassation.

² Ordonnance entreprise du juge d'instruction.

³ Arrêt attaqué, page 1, dernier alinéa.

« Suivant l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement.

La mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard des droits ou mesures invoqués.

Si les juridictions saisies d'une contestation portant sur la constitutionnalité d'une loi sont sans pouvoir pour analyser cette question au regard des critères de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité, cet examen relevant exclusivement des attributions de la Cour Constitutionnelle, ces juridictions peuvent néanmoins procéder à un contrôle préalable de la comparabilité des situations en cause sans empiéter sur les attributions de la Cour Constitutionnelle.

En l'occurrence, les catégories de personnes que X semble comparer au regard du droit d'une victime de mettre l'action publique en mouvement à leur encontre, à savoir, d'un côté, les fonctionnaires ayant agi dans l'exercice de leurs fonctions, et, de l'autre côté, tous les autres citoyens, sont tout à fait distinctes et ne se retrouvent pas dans une même situation comparable, de sorte que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement et la chambre du conseil de la Cour d'appel est dès lors dispensée de déférer une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle à ce sujet. »⁴.

Dans ses deux premiers moyens le demandeur en cassation critique ce refus au motif que la juridiction d'appel aurait empiété sur les pouvoirs de la Cour constitutionnelle en se déclarant compétente pour apprécier si la situation du fonctionnaire, auteur présumé d'une infraction qu'il aurait commise dans l'exercice de ses fonctions et qui aurait causé un préjudice dont la victime réclame réparation par une action civile, est comparable à celle de tout autre auteur présumé d'une infraction ayant causé préjudice donnant lieu à action civile.

Cette critique est tirée, d'une part, d'un excès de pouvoir et, d'autre part, d'une violation de l'article 6, alinéa 2, sous b), de la loi de 1997, qui dispose que « une juridiction est dispensée de saisir la Cour constitutionnelle lorsqu'elle estime que : [...] b) la décision est dénuée de tout fondement [...] ».

L'excès de pouvoir, qui est la transgression par le juge, compétent pour connaître du litige, d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité⁵, constitue une subdivision de la violation de la loi⁶. Or, le demandeur en cassation omet de spécifier dans l'énoncé du premier moyen quelle loi aurait été méconnue par excès de pouvoir. Cette imprécision est toutefois compensée par la circonstance qu'il résulte de la discussion du moyen que la violation visée est celle de l'article 95ter de la Constitution⁷, combinée avec celle de

⁴ Idem, page 3, deuxième au cinquième alinéa.

⁵ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 31 octobre 2019, n° 142/2019 pénal, numéro CAS-2019-00031 du registre.

⁶ Jacques et Louis BOREÉ, La cassation en matière civile, Paris, Dalloz, 5^e édition, 2015, n° 73.32, page 362.

⁷ Article 95ter de la Constitution : «1) La Cour constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution 2) La Cour constitutionnelle est saisie, à titre préjudiciel, suivant les modalités à déterminer

l'article 6, alinéa 2, de la loi de 1997. L'imprécision de l'énoncé du moyen étant corrigée par la discussion du moyen, la recevabilité du moyen ne donne dès lors sous ce rapport pas lieu à critique.

Les deux moyens critiquent que les juridictions seraient dépourvues de compétence pour apprécier si une question de conformité d'une loi à l'article 10bis de la Constitution⁸ est dénuée de tout fondement au motif que les situations dont une discrimination est déduite ne sont pas comparables. Le demandeur en cassation tire argument de votre arrêt n° 11/10, numéro 2698 du registre, dans lequel vous avez, sous le visa de l'article 6 de la loi de 1997, cassé un arrêt du Conseil supérieur des assurances sociales au motif que ce dernier avait empiété sur la compétence de la Cour constitutionnelle pour avoir « *décidé de la constitutionnalité de la disposition légale attaquée au regard des critères de comparabilité, de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité tels que dégagés par la Cour constitutionnelle* »⁹.

Il est à rappeler que la Cour constitutionnelle décide de façon constante « *que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle de l'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans des situations comparables au regard de la disposition légale critiquée* »¹⁰ et « *que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives et qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnelle à son but* »¹¹.

L'appréciation de la conformité d'une loi à l'article 10bis de la Constitution suppose donc de déterminer, d'une part, si les situations donnant lieu à un traitement différent sont comparables et, d'autre part, dans l'affirmative, si cette différence de traitement est justifiable.

A lire votre arrêt précité, les deux appréciations relèvent de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle.

Votre jurisprudence récente s'est cependant départie de cette position ou l'a, suivant le point de vue, précisée¹². Vous considérez actuellement que « *face au constat que les deux situations [dont une discrimination alléguée est déduite] ne sont pas comparables* »¹³, les juges du fond peuvent conclure que la question préjudicielle soulevée est dénuée de tout fondement sans violer l'article 6 de la loi de 1997. Si vous sanctionnez une violation de cette disposition, vous précisez qu'il appartient à la Cour constitutionnelle de déterminer « *si la différenciation opérée par la loi est objective, rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but* »¹⁴, ce

par la loi, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution. [...] ».

⁸ Article 10bis de la Constitution : « *1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. [...] ».*

⁹ Cour de cassation, 25 février 2010, n° 11/10, numéro 2698 du registre (réponse au troisième, quatrième, cinquième et sixième moyen) (c'est nous qui soulignons).

¹⁰ Voir, à titre d'illustration : Cour constitutionnelle, 5 juillet 2019, n° 149 du registre.

¹¹ Idem.

¹² Cour de cassation, 16 février 2012, n° 6/12, numéro 2900 du registre (réponse au troisième moyen) ; idem, 11 juillet 2013, n° 61/12, numéro 3223 du registre (réponse à l'unique moyen) ; idem, 9 novembre 2017, n° 77/2017, numéro 3861 du registre (réponse au troisième moyen) ; idem, 18 octobre 2018, n° 90/2018 pénal, numéro 4015 du registre (réponse à la troisième branche de l'unique moyen) ; idem, 5 décembre 2019, n° 166/2019 pénal, numéro CAS-2018-00116 du registre (réponse au deuxième moyen).

¹³ Arrêt n° 61/13, numéro 3223 du registre, précité.

¹⁴ Idem, 16 février 2017, n° 15/2017, numéro 3753 du registre (réponse au premier moyen).

dont il est susceptible de déduire que vous considérez que la question de la comparabilité des situations peut être appréciée par les juges du fond.

Il en suit que l'appréciation de la comparabilité des situations dont la discrimination alléguée est déduite aux fins de déterminer si une question de conformité d'une loi à l'article 10*bis* de la Constitution n'est pas dénuée de tout fondement au regard de l'article 6, alinéa 2, sous b), de la loi de 1997 ne viole pas ce dernier article et, à plus forte, raison ne constitue pas un excès de pouvoir.

Les deux moyens, qui se limitent à critiquer que les juges du fond ont procédé à une telle appréciation, sans critiquer la façon dont cette appréciation a été effectuée en l'espèce, ne sont, partant, pas fondés.

Si les moyens, qui sont à rejeter, ne critiquent pas le bien-fondé de l'appréciation par les juges du fond de la comparabilité des situations dont résulterait la discrimination alléguée, il reste que l'application correcte de l'article 6 de la loi de 1997 constitue une question d'ordre public, donc susceptible de donner lieu à un contrôle d'office¹⁵, et que votre contrôle sur les décisions de refus de saisine de la Cour constitutionnelle ne se limite pas à vérifier l'existence purement formelle d'une motivation, mais porte sur le fond de cette motivation, à la lumière de la question de constitutionnalité soulevée et de la nécessité de la réponse à la question pour la solution du litige¹⁶.

En l'espèce, la question de constitutionnalité soulevée était de savoir si l'article 35, paragraphe 1, de la loi de 1979 est conforme à l'article 10*bis* de la Constitution « *en ce qu'il exclut la possibilité pour une victime de porter l'action civile en réparation de dommages lui causés par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions devant un tribunal de répression non saisi de l'action publique* »¹⁷.

La juridiction d'appel interpréta cette question comme visant à « *comparer au regard du droit d'une victime de mettre l'action publique en mouvement à [l']égard [des auteurs], d'un côté, les fonctionnaires ayant agi dans l'exercice de leurs fonctions, et, de l'autre côté, tous les autres citoyens* »¹⁸. Elle considéra que ces deux catégories de personnes « *sont tout à fait distinctes et ne se retrouvent pas dans une même situation comparable* »¹⁹.

La discrimination alléguée concerne donc les conditions dans lesquelles une victime d'infraction peut saisir les juridictions pénales de son action civile²⁰.

Il est à rappeler que la victime peut former l'action civile soit devant les juridictions civiles, soit devant les juridictions pénales²¹. Lorsqu'elle choisit cette seconde option, elle dispose en droit commun du choix de former son action civile soit par voie d'action, soit par voie

¹⁵ Idem, 10 juillet 2003, n° 41/03, numéro 2007 du registre ; idem, 16 février 2006, n° 10/06, numéro 2257 du registre ; 25 mars 2010, n° 19/2010 pénal, numéro 2723 du registre.

¹⁶ Nico EDON, Les questions non posées, in : Les 20 ans de la Cour constitutionnelle : Trop jeune pour mourir ?, Luxembourg, Pasirisie, Les dossiers de la Pasirisie luxembourgeoise, n° 2, 2017, page 25, avant-dernier alinéa.

¹⁷ Libellé de la question constitutionnelle proposée par le demandeur en cassation (arrêt attaqué, page 1, dernier alinéa).

¹⁸ Arrêt attaqué, page 3, cinquième alinéa.

¹⁹ Idem et loc.cit.

²⁰ La victime a également l'option de saisir les juridictions civiles de son action civile (article 3, alinéa 2, du Code de procédure pénale).

²¹ Article 3, alinéas 1 et 2, du Code de procédure pénale.

d'intervention²². Dans ce second cas de figure, elle se constitue partie civile à l'occasion d'une action publique qui a déjà été mise en mouvement par le Ministère public ou par une autre partie civile²³. Cette constitution de partie civile par intervention devant les juridictions pénales peut avoir lieu tant devant le juge d'instruction que devant la juridiction pénale de fond²⁴. Dans le premier cas, d'une action civile par voie d'action devant les juridictions pénales, celle-ci déclenche automatiquement et nécessairement, en dehors de toutes réquisitions du Ministère public, l'action publique²⁵. Elle est susceptible d'être exercée soit par plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction²⁶, soit par citation directe²⁷. La première voie est susceptible d'être exercée en matière de délits et de crimes²⁸, mais non pour des contraventions²⁹, tandis que la seconde se conçoit pour des contraventions³⁰ ou des délits³¹, à l'exclusion de crimes³².

L'article 35, paragraphe 1, de la loi de 1979 empêche les victimes d'infractions commises par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions d'exercer l'action civile par voie d'action, donc de former, en matière de délits ou de crimes, plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, ou de saisir, en matière de contraventions ou de délits, la juridiction pénale de fond par citation directe. Il les empêche par voie de conséquence de déclencher, donc de mettre en mouvement, l'action publique. Il ne porte, en revanche, pas atteinte à leur droit de former leur action civile devant les juridictions pénales par voie d'intervention soit en se constituant, en matière de délits ou de crimes, partie civile devant le juge d'instruction dans le cadre d'instructions préparatoires, donc d'actions publiques, en cours, soit en se constituant, en matière de contraventions, de délits ou de crimes, partie civile devant les juridictions pénales de fond à l'occasion d'actions publiques en cours. Il ne porte non plus atteinte à leur droit d'exercer l'action civile devant les juridictions civiles.

Cet article est repris de l'article 19 de la loi du 8 mai 1872 concernant les droits et les devoirs des fonctionnaires de l'Etat³³, qui l'a repris de l'article 21 de l'Ordonnance royale grand-ducale du 23 septembre 1857 concernant les droits et les devoirs des fonctionnaires publics³⁴.

Il vise les fonctionnaires, dont la mission consiste à participer à l'exécution du service public³⁵ en ayant notamment recours à des actes administratifs, donc à des moyens exorbitants du droit commun mis au service de l'intérêt général pour imposer unilatéralement une volonté³⁶. La

²² Roger THIRY, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, n° 188 et n° 189, page 131.

²³ Ce cas est expressément envisagé par le Code de procédure pénale pour ce qui est de la constitution incidente de partie civile au cours de l'instruction préparatoire (article 58 du Code de procédure pénale).

²⁴ THIRY, précité, n° 199, sous 3, page 134.

²⁵ Idem, n° 188, page 131.

²⁶ Article 56 du Code de procédure pénale.

²⁷ Articles 145 et 182 du même Code.

²⁸ Article 56 du même Code.

²⁹ La plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction a pour objet d'ouvrir une instruction préparatoire. Or, celle-ci n'est susceptible de porter que sur des délits ou des crimes, à l'exclusion de contraventions (article 49 du même Code).

³⁰ Article 145 du même Code.

³¹ Article 182 du même Code.

³² En cas de crime, l'instruction préparatoire est obligatoire (article 49 du même Code) et les chambres criminelles des tribunaux d'arrondissement ne peuvent être saisies que par ordonnance de renvoi de la chambre du conseil (rendue dans le cadre de l'instruction préparatoire, réservée aux délits et aux crimes), donc, contrairement au juge de police et aux chambres correctionnelles du tribunal d'arrondissement, pas par citation directe.

³³ Mémorial, 1872, n° 12, page 85.

³⁴ Mémorial, 1857, n° 55, page 381.

³⁵ Jurisclasseur Administratif, Synthèse – Fonction publique, par Antony TAILLEFAIT (juin 2019), n° 15.

³⁶ Idem, Synthèse – Actes administratifs, par Vincent TCHEN, mai 2019, n° 1.

mission leur confiée par la loi et les moyens exorbitants du droit commun le cas échéant mis à leur disposition pour exercer cette mission les exposent à des poursuites téméraires, injustifiées ou vexatoires³⁷. L'article en question les protège contre de telles poursuites.

Eu égard au risque de poursuites téméraires, injustifiées ou vexatoires, auquel les expose l'exercice de leur mission légale et la mise en œuvre de moyens exorbitants du droit commun le cas échéant mis par la loi à leur disposition pour assurer cet exercice, ils se trouvent dans le cadre de leurs fonctions dans une situation distincte de celle de toute autre personne contre laquelle un particulier entend mettre en mouvement l'action publique.

Par ces motifs, complétant ceux des juges d'appel, l'arrêt attaqué se trouve légalement justifié.

Eu égard à ce constat, fondé sur les motifs des juges d'appel et des motifs complémentaires exposés ci-avant, que les deux situations ne sont pas comparables, les juges d'appel, sans violer l'article 6, alinéa 2, de la loi de 1997, ont pu conclure que la question préjudicielle soulevée est dénuée de tout fondement.

Sur le troisième moyen

Le troisième moyen est tiré d'une violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que la Chambre du conseil de la Cour d'appel pour confirmer l'ordonnance d'irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile du demandeur en cassation a appliqué l'article 35, paragraphe 1, de la loi de 1979 et en a déduit que « *la prétendue victime est donc réduite, soit à attendre que le Ministère public intente l'action publique contre le fonctionnaire pour se constituer partie civile par voie incidente lors de l'audience pour corroborer l'action publique, soit à porter sa demande en réparation devant une juridiction civile* »³⁸, alors que cet article méconnaît la disposition précitée, qui garantit au justiciable un droit d'accès concret et effectif aux tribunaux, de sorte qu'il aurait dû être d'office déclaré contraire à cette disposition.

Dans son troisième moyen, le demandeur en cassation reproche aux juges d'appel d'avoir omis d'écarter d'office l'article 35, paragraphe 1, de la loi de 1979 pour être contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le moyen est nouveau. A admettre qu'il puisse être présenté pour la première fois devant vous au regard de son caractère d'ordre public, il y a lieu de préciser que le droit d'accès au juge n'est pas absolu et 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 justice³⁹.

Ainsi qu'il a été exposé ci-avant, dans le cadre de la discussion des deux premiers moyens de cassation, l'article 35, paragraphe 1, de la loi de 1979 vise à protéger les fonctionnaires des poursuites téméraires, injustifiées ou vexatoires, auquel les expose l'exercice de leurs fonctions. Cette réglementation critiquée a donc pour but d'assurer une bonne administration

³⁷ Cour d'arbitrage de Belgique (devenue Cour constitutionnelle), 18 novembre 1998, n° 1274, point B.4, au sujet du privilège de juridiction applicable aux magistrats.

³⁸ Arrêt attaqué, page 2, antépénultième alinéa.

³⁹ Cour de cassation, 9 juillet 2015, n° 36/2015 pénal, numéro 3542 du registre.

de la justice. Elle n'est par ailleurs pas de nature à refuser tout accès au juge aux personnes qui se considèrent être victimes d'infractions commises par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, alors que, comme les juges d'appels l'ont précisé dans leur arrêt, ces personnes restent en droit de saisir les juridictions pénales de leur action civile, sous la seule réserve que cette action ne peut être formée que par voie d'intervention, donc suppose que l'action publique ait été mise en mouvement par le Ministère public. Ces personnes disposent en outre de l'option de former leur action civile devant les juridictions civiles.

Il en suit que le troisième moyen n'est pas fondé.

Conclusion :

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

Pour le Procureur général d'Etat
Le Procureur général d'Etat adjoint

John PETRY