

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**N° 185 / 2024 pénal
du 12.12.2024
Not. 22111/23/CD
Numéro CAS-2024-00035 du registre**

La **Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg** a rendu en son audience publique du jeudi, **douze décembre deux mille vingt-quatre,**

sur le pourvoi de

- 1) **PERSONNE1.)**, demeurant à I-ADRESSE1.),
- 2) **PERSONNE2.)**, demeurant à B-ADRESSE2.),
- 3) **PERSONNE3.)**, demeurant à B-ADRESSE3.),

demandeurs en cassation,

comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, 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 6 février 2024 sous le numéro 124/24 Ch.c.C. par la chambre du conseil de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître Fanny GILLIERS, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, au nom de PERSONNE1.), de PERSONNE2.) et de PERSONNE3.), suivant déclaration du 5 mars 2024 au greffe de la Cour supérieure de Justice ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 5 avril 2024 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY ;

Écartant le mémoire complémentaire déposé le 19 novembre 2024, en ce qu'il n'est pas prévu par la procédure de cassation en matière pénale ;

Entendus Maîtres Nicolas THIELTGEN, Fanny GILLIERS et Gwennaëlle BARRAL en leurs plaidoiries à l'audience publique du 21 novembre 2024.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, un juge d'instruction du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait déclaré irrecevable, sur base de l'article 35 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (ci-après « *la loi du 16 avril 1979* »), la plainte avec constitution de partie civile déposée par les demandeurs en cassation pour violation du secret de l'instruction suite à la transmission, par le Ministère public à l'Administration des contributions directes, de rapports de police tirés d'un dossier d'instruction. La chambre du conseil de la Cour d'appel a confirmé l'ordonnance du juge d'instruction.

Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis

Enoncé des moyens

le premier, « *tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon du refus d'application, sinon de la fausse interprétation des principes d'effet direct et de primauté de la Convention européenne des droits de l'homme* »

*En ce que l'Arrêt Attaqué a rejeté les moyens d'appel fondés sur la violation de l'article 13 de la Convention, lequel garantit le droit à un recours effectif, et appliqué les dispositions de l'article 35 de la loi de 1979 sur le statut général des fonctionnaires de l'Etat (ci-après « *Loi de 1979* ») ;*

Alors que, les dispositions de l'article 35 de la Loi de 1979 sont en contradiction avec les dispositions de l'article 13 de la Convention garantissant le droit à un recours effectif ;

Que par l'application combinée du principe d'effet direct et de primauté de la Convention, les juges de la Chambre du conseil de la Cour d'appel, face à cette contradiction manifeste, devaient écarter l'application de l'article 35 de la loi de 1979 et faire primer les dispositions de l'article 13 de la Convention ;

Qu'en appliquant l'article 35 de la Loi de 1979 alors que celui-ci est manifestement contraire à l'article 13 de la Convention garantissant le droit à un recours effectif, les juges de la Chambre du conseil de la Cour d'appel ont violé les principes de primauté et d'effet direct de la Convention (branche unique du moyen) ;

L'Arrêt Attaqué encourt cassation de ce chef. »

et

le deuxième, « *tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon du refus d'application, sinon de la fausse interprétation de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme*

En ce que l'Arrêt Attaqué a rejeté le moyen tiré de la violation de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif que :

<< (...) la Cour de cassation retient dans un arrêt du 12 novembre 2020 que "Le droit d'accès au juge tel que prévu par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas absolu. Les états peuvent édicter des prescriptions destinées à réglementer les recours et en fixer les conditions d'exercice. Les limitations au droit d'accès peuvent résulter de règles procédurales tenant aux conditions de recevabilité d'un recours.". Par ailleurs, et dans le même sens la Cour de cassation retient : "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." >>

Alors que les restrictions procédurales prévues par l'article 35 de la Loi de 1979 ne constituent pas une simple limitation, mais un empêchement total fait aux victimes d'une violation du secret de l'instruction de disposer d'un recours effectif, puisque ces dernières n'ont pas d'autre possibilité que de déposer plainte entre les mains de l'auteur potentiel de l'infraction,

Que le Procureur d'Etat, en application du principe de l'opportunité des poursuites, est autorisé à ne pas engager des poursuites et ce même si les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis ;

Que partant, la plainte pour violation du secret de l'instruction, en ce qu'elle est déposée entre les mains de l'auteur potentiel de l'infraction ou de l'un de ses collaborateurs, n'a aucune chance d'aboutir ;

Que cela constitue de facto une violation du droit à un recours effectif tel que garanti par l'article 13 de la Convention (branche unique du moyen). ».

Réponse de la Cour

Les demandeurs en cassation, qui affirment être victimes d'une violation du secret de l'instruction protégé par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « *la Convention* ») consacrant la présomption d'innocence, font grief aux juges d'appel de ne pas avoir écarté l'article 35 de la loi du 16 avril 1979 pour être contraire à l'article 13 de la Convention et d'avoir retenu que l'article 35 précité n'impliquait pas, pour la victime d'une infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, un « *empêchement total* » de disposer d'un recours effectif garanti par l'article 13 précité, alors même qu'il obligerait la victime à déposer sa plainte entre les mains du Ministère public, auteur potentiel de l'infraction, qui classerait la plainte sans suite, la privant ainsi de tout recours.

L'affirmation « *qu'une plainte pour violation du secret de l'instruction, en ce qu'elle est déposée entre les mains de l'auteur potentiel de l'infraction ou de l'un de ses collaborateurs, n'a aucune chance d'aboutir* » repose sur l'hypothèse non étayée de partialité de l'ensemble du Ministère public.

L'article 13 de la Convention garantit à toute personne, dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés, un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Il n'a cependant pas d'existence indépendante et ne peut être appliqué que combiné avec ou au regard d'un ou de plusieurs articles de la Convention.

Le droit d'accès à un tribunal, de même que le droit à un recours effectif, prévus par la Convention, ne garantissent pas, en tant que tels, un droit à faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers.

L'article 35, paragraphe 1, de la loi du 16 avril 1979 dispose

« 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. ».

Cet article 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, aux fins de faire valoir dans ce cadre une violation de la présomption d'innocence.

La victime d'une infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions peut, en outre, saisir le Procureur d'Etat d'une plainte aux fins de l'inviter à mettre en mouvement l'action publique. En cas de classement sans suites de sa plainte, elle peut, en application de l'article 23, paragraphe 5, du Code de procédure pénale, s'adresser au Procureur général d'Etat qui peut enjoindre au Procureur d'Etat d'engager des poursuites. La victime d'une telle infraction peut également la dénoncer directement au Procureur général d'Etat qui, sur base des articles 71, paragraphe 1, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire et 20 du Code de procédure pénale, peut enjoindre au Procureur d'Etat de mettre en mouvement l'action publique, à l'occasion de laquelle la victime pourra se constituer partie civile.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation, sinon de la fausse interprétation, sinon de l'interprétation erronée des dispositions de l'article 35 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat

En ce que l'Arrêt Attaqué a confirmé l'Ordonnance d'Irrecevabilité rendue par le juge d'instruction au visa de l'article 35 de la Loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat au motif que :

<< même si ledit article ne vise pas expressément la plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, la volonté du législateur, de réserver au seul Ministère Public l'appréciation de l'opportunité des poursuites pénales impose néanmoins d'étendre la restriction du droit d'agir des personnes prétendument lésées à cette hypothèse, afin d'empêcher qu'elle ne soit contournée au moyen d'une plainte avec constitution de partie civile, qui a, comme la citation directe, pour effet de mettre l'action publique en mouvement sur l'initiative de la victime >> ;

Alors que pour aboutir à la solution consistant à étendre la restriction posée par l'article 35 de la Loi de 1979 à la plainte avec constitution de partie civile, la Chambre du conseil de la Cour d'appel s'est livrée à un travail d'interprétation dudit article ;

Qu'en application de la théorie de l'acte clair, << quand une loi est claire, il ne faut point éluder le texte sous prétexte d'en interpréter l'esprit >>. L'essence de l'interprétation consiste à rechercher le sens d'un texte. Lorsqu'un texte est clair, l'interprétation cesse en vertu du principe selon lequel : << interpretation cessat in claris >> ;

Qu'en interprétant un texte clair, les juges de la chambre du conseil de la Cour d'appel ont violé la loi ;

L'Arrêt Attaqué encourt donc cassation de ce chef (Première branche) ;

Alors que, à supposer, malgré la clarté du texte, que l'article 35 de la Loi de 1979 nécessite un travail d'interprétation, celui-ci devait se réaliser en considérant les dispositions de l'article 13 de la Convention qui garantit aux justiciables le droit à un recours effectif ;

Qu'en application du principe de la primauté de la Convention et de l'effet direct de celle-ci, le juge national est tenu d'interpréter la norme nationale de manière à la faire coïncider avec la norme européenne,

Qu'en application du principe susmentionné, les juges de la Chambre du conseil de la Cour d'appel devaient interpréter les dispositions de l'article 35 de la Loi de 1979 afin de les faire coïncider avec l'article 13 de la Convention,

Que cette interprétation devait aboutir à la conclusion que les dispositions l'article 35 de la Loi de 1979 ne peuvent pas faire obstacle au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile en raison du statut des auteurs potentiels de l'infraction ;

Qu'en décidant le contraire, les juges de la Chambre du conseil de la Cour d'appel ont violé l'article 35 de la Loi de 1979 (Seconde branche du moyen subsidiaire par rapport à la première) ;

Alors que, à supposer, malgré la clarté du texte, que l'article 35 de la loi de 1979 doit faire l'objet d'une interprétation selon la volonté du législateur, la théorie de l'autonomie des textes devait conduire les juges de la Chambre du conseil de la Cour d'appel à se fonder exclusivement sur la volonté formulée du législateur, c'est-à-dire sur le texte formel de la loi ;

Qu'en étendant à la plainte avec constitution de partie civile les restrictions posées par l'article 35 de la Loi de 1979, les juges de la Chambre du conseil de la Cour d'appel ont violé le principe de l'interprétation formelle de la loi (Troisième branche du moyen) ;

Alors que, à supposer que l'article 35 de la Loi de 1979 puisse faire l'objet d'une interprétation téléologique, cette interprétation ne saurait aboutir à l'application de la restriction posée par l'article 35 de la Loi de 1979 à la plainte avec constitution de partie civile ;

Que l'action directe et la plainte avec constitution de partie civile sont deux types de recours qui diffèrent l'une de l'autre par le rôle que jouent la partie civile et le Procureur, de sorte que la restriction prévue pour la citation directe ne saurait s'appliquer à la plainte avec constitution de partie civile ;

Qu'en étendant à la plainte avec constitution de civile les restrictions posées par l'article 35 de la Loi de 1979, les juges de la chambre du conseil de la Cour d'appel ont violé l'article 35 de la Loi de 1979 (Quatrième branche du moyen) ;

Alors que, à supposer pertinente l'interprétation qui est faite de l'article 35 de la Loi de 1979 par la jurisprudence, notamment l'arrêt du 12 novembre 2020 auquel se réfère l'Arrêt Attaqué, celle-ci n'aboutit pas à une impossibilité totale pour les victimes d'une violation du secret de l'instruction de déposer plainte avec constitution de partie civile (cinquième branche du moyen) ;

Que d'après la jurisprudence, l'article 35 de la Loi de 1979 << (...) 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 >> Que les restrictions de l'article 35 visent les poursuites téméraires, injustifiées ou vexatoires et non toutes les poursuites en général ;

Que pour justifier l'irrecevabilité de la plainte pénale sur le fondement de l'article 35 de la Loi de 1979, les juges devaient préalablement déterminer que la plainte en question était téméraire, injustifiée ou vexatoire,

Qu'en l'absence d'une telle justification, la plainte doit être déclarée recevable ;

Qu'en confirmant l'ordonnance d'irrecevabilité sans rechercher si les justifications sus-énoncées étaient données, les Juges de la Chambre du conseil de la Cour d'appel ont violé l'article 35 de la Loi de 1979. ».

Réponse de la Cour

Sur les cinq branches du moyen réunies

Les demandeurs en cassation font grief aux juges d'appel d'avoir violé la disposition visée au moyen, en ayant inclus dans son champ d'application, par une interprétation extensive, les plaintes avec constitution de partie civile.

L'article 35, paragraphes 1 et 2, de la loi du 16 avril 1979 dispose

« 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.

Lorsqu'un fonctionnaire assigné devant un tribunal civil en réparation de pareils dommages soutient que la responsabilité incombe à l'Etat, le juge peut ordonner la mise en cause de l'Etat par la partie la plus diligente. (...) ».

Cette disposition est reprise de l'article 19 de la loi du 8 mai 1872 concernant les droits et devoirs des fonctionnaires de l'Etat, qui l'a reprise de l'article 21 de l'ordonnance royale grand-ducale du 23 septembre 1857 concernant les droits et devoirs des fonctionnaires publics. Elle vise les modalités d'exercice des demandes civiles dirigées contre les fonctionnaires pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions.

L'expression « *tribunal de répression* », qui s'oppose dans la logique du texte à celle de « *tribunal civil* », désigne toutes les juridictions pénales compétentes pour être saisies d'une demande civile, à savoir tant les juridictions pénales de jugement que les juges d'instruction.

Par ce motif de pur droit, substitué à ceux des juges d'appel, l'arrêt attaqué se trouve légalement justifié sur le point considéré.

Il s'ensuit que le moyen, pris en ses cinq branches, n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation de l'article 15 de la Constitution (anciennement article 10)

Alors que l'interprétation donnée à l'article 35 de la Loi de 1979 par l'Arrêt Attaqué confère aux fonctionnaires une immunité totale ;

Que cette immunité entraîne des disparités entre les fonctionnaires et les citoyens lambda, sinon entre les victimes d'agissements commis par des fonctionnaires et les victimes d'agissements commis par des citoyens lambda,

Que ces disparités ne sont en rien justifiées et qu'elles conduisent à une rupture d'égalité devant la Loi ;

Que cette rupture d'égalité viole l'article 15 (anciennement 10) de la Constitution qui garantit l'égalité des citoyens devant la loi (branche unique)

Que l'arrêt encourt donc cassation de ce chef. ».

Réponse de la Cour

Les demandeurs en cassation font grief aux juges d'appel d'avoir violé la disposition visée au moyen en ayant déclaré irrecevable leur plainte avec constitution de partie civile, opérant ainsi une discrimination entre le fonctionnaire bénéficiant d'une immunité totale pour les infractions commises dans l'exercice de ses fonctions et un citoyen non-fonctionnaire, auteur d'infractions, ne bénéficiant pas d'une telle

immunité, sinon entre les victimes d'infractions commises par ces deux catégories de personnes.

Il résulte de la réponse donnée aux deux premiers moyens de cassation réunis que les fonctionnaires ne bénéficient pas d'une « *immunité totale* » concernant les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions.

Il s'ensuit que le moyen, qui repose sur une prémisse erronée, manque en fait.

Il n'y a dès lors pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle concernant la conformité de l'article 35 de la loi du 16 avril 1979 à l'article 15 de la Constitution.

Sur le cinquième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon du refus d'application, sinon de la fausse interprétation de que le moyen tiré d'une transmission injustifiée des Rapports de police n'était pas fondé

En ce que l'Arrêt Attaqué a jugé que le moyen tiré d'une transmission injustifiée des Rapports de police n'était pas fondé en regard des dispositions de l'article 16 (3) de la loi de 2008 ayant pour objet la coopération inter administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises (ci-après désignée << Loi de 2008 >>) au motif que cet arrêt autoriserait la transmission par les autorités judiciaires aux autorités administratives, d'informations susceptibles d'être utiles dans le cadre d'une procédure pendante devant le Tribunal administratif :

<< Quant à l'article 16 (3) de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises, celui-ci dispose que « sans préjudice de l'article 8 du Code d'instruction criminelle (actuellement code de procédure pénale), les autorités judiciaires transmettent à l'Administration des contributions directes ainsi qu'à l'Administration de l'enregistrement et des domaines, les informations susceptibles d'être utiles dans le cadre de l'établissement correct et du recouvrement des impôts, droits, taxes et cotisations dont la perception leur est attribuée. >>

(...)

<< le moyen tiré d'une transmission injustifiée sur base de l'article 16 (3) de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter administrative et

judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises ne sont pas fondés >>

Alors que, il ressort de la lettre de l'article 16 (3) de la Loi de 2008 que celui-ci permet la communication d'« informations susceptibles d'être utiles dans le cadre de l'établissement correct et du recouvrement des impôts, droits, taxes et cotisations dont la perception leur est attribuée » et non de rapports de police ou d'acte d'instruction ;

Qu'en justifiant, par l'application des dispositions de l'article 16 (3) de la Loi de 2008, le transfert de deux Rapports de police et de l'intégralité de leurs annexes, les juges de la Chambre du conseil de la Cour d'appel ont violé, sinon fait une fausse application, sinon une fausse interprétation desdites dispositions (Première branche du moyen) ;

Alors que, l'article 16 (3) de la Loi de 2008 autorise une telle communication dans les limites et le but fixé par la Loi, à savoir l'établissement correct et le recouvrement des impôts ;

Qu'il est manifestement impossible, et du reste pas même soutenu, que la communication in extenso des informations visées ne peut intervenir que pour déterminer le quantum de l'impôt et procéder à son recouvrement ;

Qu'en l'espèce, les bulletins d'imposition étaient déjà émis au moment de la transmission des Rapports, ce qui implique que le quantum de l'impôt était déjà déterminé ;

Qu'il n'était cependant pas encore question de procéder au recouvrement de l'impôt ;

Que, partant, la communication des Rapports de police ne pouvait en aucun cas se justifier par l'application de l'article 16 (3) de la Loi de 2008 ;

Qu'en justifiant, par l'application des dispositions de l'article 16 (3) de la Loi de 2008, le transfert de deux rapports de police et de l'intégralité de leurs annexes, les juges de la Chambre du conseil de la Cour d'appel ont violé, sinon fait une fausse application desdites dispositions (Seconde branche du moyen) ;

Alors que, à supposer que la communication des Rapports de police puisse être admise dans le cadre d'un recours devant le Tribunal administratif introduit contre un bulletin d'imposition, cette communication ne pourrait concerner que les seules données nécessaires à la résolution du litige ;

Que cette possibilité de communication ne saurait s'admettre comme la possibilité pour les autorités judiciaires de communiquer l'intégralité des Rapports de Police ou de tout autre acte d'instruction ;

Que cette communication suppose nécessairement, de la part des autorités judiciaires, un travail de tri afin de ne retenir que les éléments strictement nécessaires à la procédure administrative,

Que ce travail de sélection n'a pas été effectué dans le présent cas d'espèce, alors que l'intégralité des Rapports de Police et de leurs annexes ont été communiqués, sans retrait ni caviardage ;

Que cette communication intégrale n'était pas justifiée en regard du litige dont était saisi le Tribunal administratif ;

Qu'en confirmant que la communication de l'intégralité des Rapports de Police et de leurs annexes étaient justifiée en regard des dispositions de l'article 16 (3) de la Loi de 2008, les juges de la Chambre du conseil de la Cour d'appel ont violé, sinon fait une fausse application, sinon une fausse interprétation desdites dispositions (Troisième branche). ».

Réponse de la Cour

Sur les trois branches du moyen réunies

Les demandeurs en cassation font grief aux juges d'appel d'avoir violé la disposition visée au moyen, en ayant retenu que le moyen tiré d'une transmission injustifiée des rapports de police n'était pas fondé, alors qu'il ne s'agissait pas de la transmission d'informations mais de rapports de police, que l'utilité d'une telle transmission faisait défaut, et qu'il incombait aux autorités judiciaires d'opérer un tri et de ne pas transmettre l'intégralité des rapports de police.

Les juges d'appel ayant déclaré la plainte avec constitution de partie civile irrecevable, les motifs énoncés au moyen, qui concernent la régularité de la transmission d'informations effectuée sur base de l'article 16, paragraphe 3, de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises, étaient surabondants.

Il s'ensuit que le moyen, pris en ses trois branches, est inopérant.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation

dit qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle ;

rejette le pourvoi ;

condamne les demandeurs en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 2,25 euros ;

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

Thierry HOSCHEIT, président de la Cour,
Monique HENTGEN, conseiller à la Cour de cassation,
Jeanne GUILLAUME, conseiller à la Cour de cassation,
Laurent LUCAS, conseiller à la Cour d'appel,
Claudine ELCHEROTH, conseiller à la Cour d'appel,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier à la Cour Daniel SCHROEDER.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Thierry HOSCHEIT en présence du procureur général d'Etat adjoint Christiane BISENIUS et du greffier Daniel SCHROEDER.

Conclusions du Parquet Général dans le cadre du pourvoi en cassation de PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.)

en présence du Ministère Public

(Affaire numéro CAS-2024-00035 du registre)

Sur la recevabilité du pourvoi

Par déclaration faite le 5 mars 2024 au greffe de la Cour supérieure de justice, Maître Fanny GILLIERS, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, forma au nom pour le compte de PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) un recours en cassation contre un arrêt n° 124/24 rendu le 6 février 2024 par la chambre du conseil de la Cour d'appel.

Cette déclaration a été suivie en date du 5 avril 2024 du dépôt d'un mémoire en cassation, signé par Maître Nicolas THIELTGEN.

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 d'un juge d'instruction déclarant, sur base de l'article 58, paragraphe 3, du Code de procédure pénale, irrecevable une plainte avec constitution de partie civile des demandeurs en cassation. Le pourvoi contre une telle décision est, suivant votre jurisprudence et sur base de l'article 416 du Code de procédure pénale, recevable¹.

Le pourvoi respecte par ailleurs les conditions de recevabilité définies par les articles 41 et 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation².

Il s'ensuit qu'il est recevable.

Sur les faits

Il résulte de l'arrêt attaqué que, saisi par PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) d'une plainte avec constitution de partie civile pour violation du secret professionnel par suite de la transmission, par le Parquet du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à l'Administration des

¹ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 10 octobre 2024, n° 129/2024 pénal, numéro CAS-2024-00006 du registre.

² Le délai du pourvoi, d'un mois, prévu par l'article 41 de la loi précitée de 1885 a été respecté, la déclaration du pourvoi, le 5 mars 2024, contre un arrêt contradictoire, prononcé le 6 février 2024, ayant eu lieu moins d'un mois après la date de prononcé de l'arrêt, donc, à plus forte raison, moins d'un mois après la date de notification de l'arrêt, point de départ du délai. Le mémoire a été, conformément à l'article 43, alinéa 1, de la loi précitée de 1885, déposé moins d'un mois après la date du pourvoi, soit le 5 avril 2024.

contributions directes, de rapports tirés d'un dossier d'instruction, ayant été motivée par référence à l'article 16, paragraphe 3, de la loi modifiée du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises (ci-après « *la loi de 2008* »)³, le juge d'instruction, considérant que la plainte vise des fonctionnaires et que 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* ») réserve dans ce cas le droit de déclencher l'action publique au Ministère public, avait rendu une ordonnance d'irrecevabilité sur base de l'article 58, paragraphe 3, du Code de procédure pénale. Sur appel de la partie civile, la chambre du conseil de la Cour d'appel confirma l'ordonnance entreprise.

Sur le premier et le deuxième moyen de cassation réunis

Le premier moyen de cassation est tiré de la violation des principes d'effet direct et de primauté de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « *la Convention* »), en ce que la chambre du conseil de la Cour d'appel rejeta les moyens d'appel fondés sur la violation de l'article 13 de la Convention, aux motifs que : « *Quant au moyen tiré d'une violation de l'article 13 de la Convention, celui-ci est également à rejeter. Il y a lieu de souligner à cet égard que la Cour de cassation retient dans un arrêt du 12 novembre 2020 que « Le droit d'accès au juge ... tel que prévu par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas absolu. Les Etats peuvent édicter des prescriptions destinées à réglementer les recours et en fixer les conditions d'exercice. Les limitations au droit d'accès peuvent résulter de règles procédurales tenant aux conditions de recevabilité d'un recours. » Par ailleurs, et dans ce même sens la Cour de cassation retient : « 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. » (Cour de cassation, 18 juin 2020, no 85/2020). »⁴, alors que l'article 35 de la loi de 1979 est en contradiction avec l'article 13 de la Convention, de sorte que, au regard des principes d'effet direct et de primauté de cette Convention, la chambre du conseil aurait dû l'écarter.*

Le deuxième moyen de cassation est tiré de la violation de l'article 13 de la Convention, en ce que la chambre du conseil de la Cour d'appel rejeta les moyens d'appel fondés sur la violation de

³ Cet article a été inséré dans la loi précitée par l'article 10, point 2°, sous b), de la loi du 23 décembre 2016 portant mise en œuvre de la réforme fiscale 2017 (Mémorial, A, 2016, n° 274, page 5149, voir page 5151).

⁴ Arrêt attaqué, page 4, deuxième alinéa.

l'article 13 de la Convention, aux motifs que : « *Quant au moyen tiré d'une violation de l'article 13 de la Convention, celui-ci est également à rejeter. Il y a lieu de souligner à cet égard que la Cour de cassation retient dans un arrêt du 12 novembre 2020 que « Le droit d'accès au juge ... tel que prévu par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas absolu. Les Etats peuvent édicter des prescriptions destinées à régler les recours et en fixer les conditions d'exercice. Les limitations au droit d'accès peuvent résulter de règles procédurales tenant aux conditions de recevabilité d'un recours. » Par ailleurs, et dans ce même sens la Cour de cassation retient : « 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. » (Cour de cassation, 18 juin 2020, no 85/2020). »⁵, alors que les restrictions procédurales prévues par l'article 35 de la loi de 1979, à savoir l'exclusion pour les victimes d'une infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions de mettre en mouvement contre ce dernier l'action publique par citation directe devant la juridiction pénale de fond ou par plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, ne constituent pas une simple limitation, mais un empêchement total fait aux victimes d'une violation du secret de l'instruction commise par des magistrats du Parquet de disposer d'un recours effectif, puisqu'elles n'ont, à défaut de pouvoir mettre elles-mêmes en mouvement l'action publique, pas d'autre possibilité que de déposer plainte entre les mains du Parquet et d'espérer que ce dernier, qui a le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites, acceptera d'engager des poursuites contre ses propres membres, ce qui est, en fait, à exclure, de sorte que cette voie est, en fait, dépourvue de toute effectivité.*

Les demandeurs en cassation soutiennent dans leurs deux premiers moyens que la chambre du conseil de la Cour d'appel aurait dû écarter l'article 35 de la loi de 1979 pour être contraire à l'article 13 de la Convention (premier moyen) et que ce serait à tort qu'elle a considéré que l'article 35 n'est pas de nature à empêcher tout accès au juge pour la victime d'une infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions (deuxième moyen).

Ces deux moyens sont nouveaux, ce qui ne les empêche toutefois pas d'être recevables, vu qu'ils sont de pur droit, donc n'appellent aucune constatation de fait.

L'article 13 de la Convention dispose :

« Art. 13 – Droit à un recours effectif

Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même

⁵ Idem et loc.cit.

que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. ».

L'article 35 de la loi de 1979 dispose :

« Art. 35. 1. 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.

2. Lorsqu'un fonctionnaire assigné devant un tribunal civil en réparation de pareils dommages soutient que la responsabilité incombe à l'Etat, le juge ordonne la mise en cause de l'Etat à la demande de la partie la plus diligente.

3. L'Etat peut assurer, auprès de compagnies d'assurances privées, certaines catégories de fonctionnaires contre les risques de responsabilité civile en rapport avec l'exercice de leurs fonctions. ».

Les demandeurs en cassation considèrent que l'article 35 de la loi de 1979 est contraire à l'article 13 de la Convention, partant aurait dû être écarté, parce que le second de ces textes garantit un droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale contre des violations des droits au titre de la Convention et que ce droit s'applique *« alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles »* tandis que le premier de ces textes définit une restriction aux recours ouverts à la victime d'une infraction pénale *« par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions »*.

Ce grief est dépourvu de pertinence dans la mesure où il critique que l'article 35, paragraphe 1, empêche la victime d'une infraction pénale commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions de mettre elle-même en mouvement l'action publique, donc d'engager elle-même des poursuites pénales.

En effet, le droit d'accès à un tribunal, prévu par la Convention, ne garantit pas en tant que tel un droit à faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers⁶ : *« la Convention ne garantit ni le droit [...] à la « vengeance privée », ni l'actio popularis [de sorte que] le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers ne saurait être admis en soi »*⁷.

L'article 13 de la Convention n'est donc pas pertinent pour critiquer que l'article 35, paragraphe 1, de la loi de 1979 déroge au droit commun en privant la victime d'une infraction pénale commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions de la possibilité de mettre elle-même en mouvement l'action publique, donc d'engager directement une poursuite pénale. Il est rappelé qu'en droit commun la victime d'une infraction pénale peut, dans certains cas, engager elle-même une poursuite pénale. Cette mise en mouvement d'une poursuite pénale est alors la conséquence

⁶ Cour de cassation, 10 octobre 2024, n° 129/2024 pénal, numéro CAS-2024-0006 du registre (réponse à l'unique moyen de cassation), reprenant : Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, 25 juin 2019, *Nicolae Virgiliu Tanase c. Roumanie*, requête n° 41720/13, § 194.

⁷ Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, 12 février 2004, *Perez c. France*, requête n° 47287/99, § 70.

indirecte de l'exercice par la victime de l'action civile, donc de l'action aux fins de réparation du préjudice, devant les juridictions pénales. Cette conséquence indirecte de l'exercice de l'action civile se produit, en droit commun, dans deux cas de figure : d'une part, lorsque la victime saisit, en matière de contraventions⁸ ou de délits⁹, la juridiction pénale de fond (tribunal de simple police ou tribunal d'arrondissement siégeant en matière correctionnelle) d'une citation directe¹⁰ ou lorsqu'elle saisit, en matière de délits ou de crimes¹¹, le juge d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile¹². Dans ces deux cas de figure sa démarche a pour objet immédiat de demander la réparation du préjudice subi par elle du fait de l'infraction, donc l'exercice de l'action civile. Elle a cependant pour effet indirect de mettre en mouvement l'action publique, donc d'engager une poursuite pénale, qui est alors exercée par le Ministère public¹³.

S'agissant de la possibilité, non garantie par l'article 13 de la Convention, pour la victime d'une infraction pénale commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions de mettre en mouvement l'action publique, donc d'engager des poursuites pénales, il est ajouté que si, du fait de l'article 35 de la loi de 1979, cette victime n'est pas en droit de saisir la juridiction pénale de fond d'une citation directe ou le juge d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile, elle dispose cependant du droit de saisir le Procureur d'Etat d'une plainte, aux fins de l'inviter à mettre en mouvement l'action publique¹⁴. Ce dernier a certes le pouvoir de classer cette plainte sans suites¹⁵, mais la victime doit en être informée et elle dispose du droit, de l'existence duquel elle doit être avertie¹⁶, de saisir le Procureur général d'Etat, qui est le supérieur hiérarchique du Procureur d'Etat, d'une réclamation, la loi conférant à cette autorité le pouvoir d'enjoindre au Procureur d'Etat d'engager des poursuites¹⁷. Si ce recours hiérarchique n'est certes pas à considérer comme recours juridictionnel, il confère cependant à la victime une voie de droit pour faire réexaminer la décision de classement sans suites et de faire imposer au Procureur d'Etat de mettre en mouvement l'action publique, dans le cadre de laquelle la victime peut ensuite se constituer partie civile par voie d'intervention. Plus fondamentalement, la victime d'une infraction qui aurait été commise par un magistrat des Parquets dans l'exercice de ses fonctions est en droit de s'adresser directement au Procureur général d'Etat pour la lui dénoncer. Ce dernier a, sur base de l'article 71, paragraphe 1, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, pouvoir de surveillance et de direction sur les magistrats du Ministère public, y compris ceux des Parquets. Il a, sur base de l'article 20, alinéa 1, du Code de procédure pénale, autorité sur tous les magistrats du Ministère public, y compris ceux des Parquets. Il dispose, sur base de l'article 20, alinéa 2, du Code précité, du pouvoir d'enjoindre aux Procureurs d'Etat d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites qu'il juge opportunes.

⁸ Article 145 du Code de procédure pénale.

⁹ Article 182 du même Code.

¹⁰ Articles 145 et 182 du même Code.

¹¹ Article 56 du même Code. 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).

¹² Idem.

¹³ L'article 1^{er} du même Code dispose que l'action publique est susceptible d'être mise en mouvement et d'être exercée « par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi », tandis que « la partie lésée » a seulement la faculté de la mettre en mouvement, mais non de l'exercer.

¹⁴ Article 23, paragraphe 1, du même Code.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Article 23, paragraphe 5, du même Code.

¹⁷ Idem.

Cet ordre de poursuite met en échec le pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites du Procureur d'Etat. Une telle dénonciation directe, au Procureur général d'Etat, de faits reprochés à un magistrat du Parquet lui permettra d'exercer son pouvoir hiérarchique et d'ordonner la mise en mouvement de l'action publique. Comme le Procureur général d'Etat a autorité sur les magistrats des Parquets et qu'il est leur supérieur hiérarchique, cette voie ne s'expose pas au reproche, exprimé dans le deuxième moyen, que la décision sur la mise en mouvement de l'action publique appartient en cas de plainte adressée au Procureur d'Etat à l'autorité même qui est visée par les reproches.

Le grief exprimé par les deux premiers moyens, que l'article 35 de la loi de 1979 prive la victime d'une infraction pénale commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions de l'exercice du droit à un recours effectif au titre de l'article 13 de la Convention n'est, par ailleurs, pas fondé dans la mesure où il est reproché à l'article 35 d'empêcher la victime d'exercer son action civile, donc de réclamer en justice la réparation du préjudice subi par lui du fait de l'infraction.

La victime d'une infraction pénale peut, en droit luxembourgeois, former l'action civile, donc demander la réparation du préjudice résultant de l'infraction pénale, soit devant les juridictions civiles, soit devant les juridictions pénales. 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 d'intervention¹⁸. 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 civile¹⁹. 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 fond²⁰.

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 devant les juridictions pénales 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. En revanche il ne porte 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.

La loi de 1979 n'empêche donc les victimes ni d'exercer leur action civile devant les juridictions civiles, ni de l'exercer devant les juridictions pénales, ce dernier cas faisant seulement l'objet d'une réserve tirée de ce que l'exercice de cette action devant ces juridictions ne peut avoir lieu, non par voie d'action (sous forme de citation directe ou de plainte avec constitution de partie civile), mais que par voie d'intervention (devant la juridiction pénale de fond ou devant le juge d'instruction), donc suppose que l'action publique ait été déclenchée par le Ministère public.

¹⁸ Roger THIRY, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, n° 188 et n° 189, page 131.

¹⁹ 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).

²⁰ THIRY, précité, n° 199, sous 3, page 134.

Il ne saurait donc être soutenu que la loi de 1979 prive la victime d'une infraction pénale commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions d'un recours aux fins de réclamer l'indemnisation de son préjudice. S'agissant de l'option de la constitution, par la victime, de partie civile par intervention devant le juge pénal, il est à renvoyer aux développements ci-avant relatifs au droit de la victime d'exercer, auprès du Procureur général d'Etat, un recours hiérarchique contre une décision, du Procureur d'Etat, de classement de sa plainte et à celui d'adresser, ce qui est particulièrement pertinent en cas de reproche d'infraction imputée à un magistrat des Parquets, une dénonciation au Procureur général d'Etat. Ces deux voies mettent ce dernier en mesure d'exercer son pouvoir d'injonction prévu par l'article 20, alinéa 2, du Code de procédure pénale, donc lui permettent de provoquer la mise en mouvement de l'action publique, à l'occasion de laquelle la victime pourra se constituer partie civile, donc exercer son action en réparation, par voie d'intervention.

Suivant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, « *dans les affaires où l'abandon des poursuites [ou, dans notre contexte, l'exclusion d'office de poursuites en raison de l'application de l'article 35, paragraphe 1, de la loi de 1979] avait mis obstacle à l'examen d'une constitution de partie civile intervenue dans le cadre d'une procédure pénale, la Cour a recherché si les requérants pouvaient user d'autres voies pour faire valoir leurs droits civils [et] [d]ans les cas où elle a conclu qu'ils disposaient d'autres voies de recours accessibles et effectives, elle a jugé qu'il n'y avait pas eu atteinte à leur droit d'accès à un tribunal* »²¹. Ce critère est, au regard des motifs exposés ci-avant, respecté en l'espèce.

L'article 35 de la loi de 1979 n'a donc pas pour effet de priver la victime d'une infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions d'un recours effectif.

Il s'ensuit qu'il n'y avait pas lieu d'écarter l'article 35 de la loi de 1979 pour être contraire à l'article 13 de la Convention (premier moyen) et que c'est à juste titre que la chambre du conseil de la Cour d'appel a jugé, en s'inspirant de votre jurisprudence²², que cet article ne prive pas la victime d'une infraction pénale commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions d'un recours effectif, puisqu'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* »²³ (deuxième moyen).

Il s'ensuit que les deux premiers moyens ne sont pas fondés.

²¹ Arrêt *Nicolae Virgiliu Tanase c. Roumanie*, précité, § 198 et les références y citées. Voir également : Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, volet civil, [Guide sur l'article 6 - Droit à un procès équitable \(volet civil\) \(coe.int\)](#), août 2023, n° 135, page 40.

²² Cour de cassation, 18 juin 2020, n° 85/2020 pénal, numéro CAS-2019-00096 du registre (réponse au troisième moyen).

²³ Idem.

Sur le troisième moyen de cassation

Le troisième moyen est tiré de la violation de l'article 35 de la loi de 1979, en ce que la chambre du conseil de la Cour d'appel a décidé que cet article était applicable au cas d'espèce, aux motifs que : « *La question qui est à trancher est celle de savoir si la plainte avec constitution de partie civile est visée par l'article 35 de la loi du 16 avril 1979[9] fixant le statut général des fonctionnaires d'Etat. D'après la jurisprudence en la matière « cette disposition réserve le droit de déclencher l'action publique au Ministère Public en empêchant la personne qui se prétend victime des agissements d'un fonctionnaire de saisir une juridiction répressive par voie de citation directe. » et selon cette même jurisprudence « Même si ledit article ne vise pas expressément la plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, la volonté du législateur, de réserver au seul Ministère Public l'appréciation de l'opportunité des poursuites pénales, impose néanmoins d'étendre la restriction du droit d'agir des personnes prétendument lésées à cette hypothèse, afin d'empêcher qu'elle ne soit contournée au moyen d'une plainte avec constitution de partie civile, qui a, comme la citation directe, pour effet de mettre l'action publique en mouvement sur l'initiative de la victime. » (Cour d'appel ch.c.C. du 28 mai 2020). Dans ce même sens, la chambre du conseil de la Cour d'appel retient dans un arrêt du 12 décembre 2023 que c'est à bon droit que la plainte avec partie civile visant des fonctionnaires a été déclarée irrecevable sur base de l'article 35 de la loi du 16 avril 1979[9]. »²⁴, alors que, première branche, un texte clair n'autorise pas d'interprétation, de sorte que c'est à tort que la chambre du conseil a étendu, par interprétation, les termes « *tribunal de répression* » utilisés par cette disposition, qui visent la juridiction pénale de fond saisie par citation directe de la victime d'une infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, au juge d'instruction saisi par une plainte avec constitution de partie civile d'une telle victime ; que, deuxième branche, subsidiaire par rapport à la première, l'interprétation de cette disposition doit, à la supposer possible, être faite à la lumière de l'article 13 de la Convention, ce qui aurait obligé d'admettre la possibilité pour une telle victime de saisir le juge d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile ; que, troisième branche, une interprétation conforme à la volonté du législateur telle qu'elle s'est exprimée dans le texte de la loi aurait obligé la chambre du conseil de décider que l'article 35 ne s'applique pas à la plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, qui n'est pas un « tribunal répressif » ; que, quatrième branche, même à admettre la possibilité d'une interprétation téléologique de l'article 35, ce dernier n'aurait pas dû être étendu à la plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction qui, du point de vue du rôle conféré à la partie civile, est un recours d'un type différent de celui exercé par citation directe devant la juridiction pénale de fond ; que, cinquième branche, en tenant compte de la finalité conférée par la chambre du conseil à l'article 35, comme moyen visant, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, à protéger le fonctionnaire de poursuites téméraires, injustifiées ou vexatoires, le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction est recevable tant que ce recours n'est pas à considérer comme poursuite téméraire, injustifiée ou vexatoire, ce qui oblige le juge à ne prononcer cette irrecevabilité qu'après avoir constaté, après examen préalable, que le recours présente ces caractéristiques.*

Dans leur troisième moyen, les demandeurs en cassation critiquent la chambre du conseil de la Cour d'appel d'avoir, par interprétation, étendu la portée de l'article 35 de la loi de 1979. Cette

²⁴ Arrêt attaqué, page 3, antépénultième alinéa.

dernière a, en effet, en citant sa propre jurisprudence²⁵, considéré que cet article « *ne vise pas expressément la plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction* »²⁶, mais que « *la volonté du législateur, de réserver au seul Ministère public l'appréciation de l'opportunité des poursuites, impose néanmoins d'étendre la restriction du droit d'agir des personnes prétendument lésées à cette hypothèse* »²⁷.

L'article 35, paragraphe 1, de la loi de 1979 est repris de l'article 19 de la loi du 8 mai 1872 concernant les droits et les devoirs des fonctionnaires de l'Etat²⁸, 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 publics²⁹.

Les termes « *tribunal de répression* », utilisés par le premier paragraphe de l'article 35, dont le caractère désuet s'explique au regard de la genèse du texte, s'opposent à ceux de « *tribunal civil* », du deuxième paragraphe de l'article. L'article 35 précise les modalités particulières auxquelles obéit l'« *action civile en réparation de prétendus dommages causés par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions* »³⁰. Le premier paragraphe énonce de ce point de vue les modalités qui s'appliquent lorsque cette action est « *portée devant un tribunal de répression* », à savoir qu'elle ne peut être portée devant un tel tribunal que lorsque ce dernier est déjà saisi de l'action publique. Le deuxième paragraphe énonce celles applicables à l'action civile portée « *devant un tribunal civil* », à savoir que le juge doit ordonner la mise en cause de l'Etat. Le troisième paragraphe est relatif à la possibilité, pour l'Etat, de contracter des assurances contre les risques de responsabilité civile engagée par certaines catégories de fonctionnaires en rapport avec l'exercice de leurs fonctions, cas de figure commun applicable tant à l'action civile engagée devant le « *tribunal de répression* » qu'à celle portée devant le « *tribunal civil* ».

Le « *tribunal de répression* » s'oppose donc, dans la logique du texte, au « *tribunal civil* ». Cette opposition a pour objet de définir les modalités d'exercice de l'action civile dans le cas particulier d'une action civile dirigée contre un fonctionnaire pour des faits commis dans l'exercice de ses fonctions.

Les termes de « *tribunal de répression* » désignent donc, sans distinction, toutes les juridictions pénales compétentes pour être saisies d'une action civile. L'article 3, alinéa 1, du Code de procédure pénale dispose à ce sujet que « [l']*action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique [...]* ». Ces « *juges* » sont, au regard des dispositions du Code de procédure pénale, le juge d'instruction³¹, qui, suivant le Titre III du Livre I du Code de procédure pénale, relève des juridictions d'instruction, et les juridictions pénales de jugement³². Ces juges ou juridictions pénales s'opposent au « *tribunal civil* », visé par le paragraphe 2 de

²⁵ Cour d'appel, chambre du conseil, 28 mai 2020, n° 526/20 Ch.c.C., décision également citée par l'ordonnance d'irrecevabilité du juge d'instruction directeur.

²⁶ Arrêt attaqué, page 3, antépénultième alinéa.

²⁷ Idem et loc.cit.

²⁸ Mémorial, 1872, n° 12, page 85.

²⁹ Mémorial, 1857, n° 55, page 381.

³⁰ Article 35, paragraphe 1, de la loi de 1979. Le paragraphe 2

³¹ Articles 56 à 62 du Code de procédure pénale.

³² Voir notamment les articles 145 et 182 du même Code.

l'article 35, donc aux juridictions civiles³³, devant lesquelles, suivant l'article 3, alinéa 2, du Code de procédure pénale, l'action civile peut être poursuivie séparément de l'action publique.

Les termes « *tribunal de répression* » ne désignent donc pas les juridictions pénales de jugement, à opposer au juge d'instruction, mais les juridictions pénales (juge d'instruction (qui relève de la juridiction d'instruction) et juridictions pénales de jugement confondus), à opposer aux juridictions civiles. Ils incluent donc le juge d'instruction. Ce dernier est, en effet, comme les juridictions pénales de jugement, compétent pour être saisi d'une action civile par voie de plainte avec constitution de partie civile ou, dans le cadre d'une instruction préparatoire en cours, par voie d'intervention, exercée « *en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique* »³⁴.

Le « *tribunal répressif* » incluant, dans la logique du texte, le juge d'instruction, il n'y a pas lieu de constater une lacune de la loi et de combler cette lacune par une interprétation extensive dans le cadre de laquelle la notion de « *tribunal répressif* », restrictivement et par erreur comprise comme ne visant que les juridictions pénales de jugement, serait à étendre au juge d'instruction. En réalité, ce constat de l'existence d'une lacune procède d'une lecture erronée de la loi, négligeant que le « *tribunal répressif* » qui, dans la logique des paragraphes 1 et 2 de l'article 35, s'oppose au « *tribunal civil* » et vise toutes les juridictions compétentes pour être saisies d'une action civile, donc, outre les juridictions pénales de jugement également le juge d'instruction, constituant la juridiction d'instruction de première instance.

Par ce motif de pur droit, à substituer à celui, erroné, de la chambre du conseil de la Cour d'appel et rendant le moyen de cassation sans objet, la décision déferée se trouve légalement justifiée³⁵.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation

Le quatrième moyen est tiré de la violation de l'article 15 de la Constitution, en ce que la chambre du conseil de la Cour d'appel confirma l'irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile des demandeurs en cassation, aux motifs que cette plainte, dirigée contre des fonctionnaires pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions, se heurte à l'article 35 de la loi de 1979, alors que cet article, qui confère aux fonctionnaires pour de tels faits une « *immunité totale* »³⁶, consacre une rupture de l'égalité devant la loi, tout autre auteur d'infraction ne bénéficiant pas de cette immunité et, la disposition empêchant les victimes d'infractions commises par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions d'agir contre eux au civil devant les juridictions pénales tandis que toute autre victime d'infraction bénéficie de ce droit, cette différence, reposant sur le « *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*

³³ Voir l'article 3, sixième alinéa, du même Code.

³⁴ Article 3, alinéa 1, du même Code.

³⁵ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 10 octobre 2024, n° 131/2024 pénal, numéro CAS-2023-00182 du registre (réponse au premier moyen).

³⁶ Mémoire en cassation, page 24, sous 6.4. (énoncé du quatrième moyen), premier alinéa.

fonctions »³⁷, n'étant pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ; qu'à défaut de déclarer le moyen d'office fondé la Cour de cassation devrait saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle à libeller comme suit : « *L'article 35 de la Loi de 1979 et l'interprétation qu'en fait l'Arrêt Attaqué est-il compatible avec le principe d'égalité de la loi consacré par l'article 15 (anciennement 10) de la Constitution, quant à la différence de traitement consacrée par l'article 35 de la Loi de 1979 et l'interprétation qu'en fait l'Arrêt Attaqué entre la situation d'un fonctionnaire et celle d'un citoyen lambda, sinon entre la situation de la victime des agissements d'un fonctionnaire et la victime des agissements d'un citoyen lambda ?* »³⁸.

Dans leur quatrième moyen les demandeurs en cassation font valoir l'existence d'une discrimination entre les fonctionnaires, qui, s'agissant des infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, bénéficieraient d'une « *immunité totale* »³⁹, sinon des victimes de ces infractions, qui s'y heurtent, et les autres auteurs d'infractions, qui ne bénéficient pas de cette immunité, sinon les victimes de ces infractions, qui ne s'y heurtent pas.

Le moyen méconnaît que les fonctionnaires ne bénéficient nullement, du fait des infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, d'une « *immunité totale* »⁴⁰. En effet, « [l]'article 35 [de la loi de 1979], 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 »⁴¹.

Il s'ensuit que le moyen, qui repose sur une prémisse erronée, manque en fait.

Dans un ordre subsidiaire il est renvoyé à votre arrêt n° 85/2020 pénal, numéro CAS-2019-00096 du registre, du 18 juin 2020, dans lequel vous avez constaté que c'était à juste titre que la chambre du conseil de la Cour d'appel avait, dans l'arrêt attaqué par le pourvoi jugé par votre arrêt, retenu que la question de la constitutionnalité, au regard du principe d'égalité de traitement, de l'article 35 de la loi de 1979 était dénuée de tout fondement au sens de l'article 6, alinéa 2, point b), de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle.

La Cour d'appel était parvenue à cette conclusion aux motifs que :

« 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.

³⁷ Arrêt attaqué, page 4, deuxième alinéa (motifs cités dans le contexte de la réponse donnée par la Cour d'appel au moyen tiré de la violation de l'article 13 de la Convention).

³⁸ Mémoire en cassation, page 32, deuxième alinéa.

³⁹ Idem, page 24, sous 6.4. (énoncé du quatrième moyen), premier alinéa.

⁴⁰ Idem et loc.cit.

⁴¹ Arrêt précité n° 85/2020 pénal, numéro CAS-2019-00096 du registre, du 18 juin 2020 (réponse au troisième moyen).

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 [l'appelant] 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. »⁴².

Votre Cour rejeta des moyens tirés de l'excès de pouvoir et de la violation de l'article 6 de la loi précitée de 1997 dirigés contre cet arrêt aux motifs que :

« 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. »⁴³.

Il s'ensuit que le moyen tiré de la violation, par l'article 35 de la loi de 1979, du principe constitutionnel d'égalité de traitement est, parce que comparant des situations non comparables (en l'occurrence celle du fonctionnaire se voyant reprocher une infraction dans l'exercice de ses fonctions publiques et des personnes se considérant être des victimes de ces infractions, avec celle d'auteurs d'infractions non commises dans l'exercice de fonctions publiques et des personnes se considérant être victimes de ces infractions) est dénué de tout fondement et vous êtes dispensés à saisir la Cour constitutionnelle.

⁴² Cour d'appel, chambre du conseil, 11 juin 2019, n° 525/19 Ch.c.C.

⁴³ Arrêt précité n° 85/2020 pénal, numéro CAS-2019-00096 du registre, du 18 juin 2020 (réponse aux deux premiers moyens réunis).

Le Ministère public avait, dans ses conclusions, justifié cette conclusion, retenue par vous, comme suit :

« La discrimination alléguée concerne [...] les conditions dans lesquelles une victime d'infraction peut saisir les juridictions pénales de son action civile⁴⁴.

Il est à rappeler que la victime peut former l'action civile soit devant les juridictions civiles, soit devant les juridictions pénales⁴⁵. 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 d'intervention⁴⁶. 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 civile⁴⁷. 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 fond⁴⁸. 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 publique⁴⁹. Elle est susceptible d'être exercée soit par plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction⁵⁰, soit par citation directe⁵¹. La première voie est susceptible d'être exercée en matière de délits et de crimes⁵², mais non pour des contraventions⁵³, tandis que la seconde se conçoit pour des contraventions⁵⁴ ou des délits⁵⁵, à l'exclusion de crimes⁵⁶.

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

⁴⁴ La victime a également l'option de saisir les juridictions civiles de son action civile (article 3, alinéa 2, du Code de procédure pénale).

⁴⁵ Article 3, alinéas 1 et 2, du Code de procédure pénale.

⁴⁶ Roger THIRY, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, n° 188 et n° 189, page 131.

⁴⁷ 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).

⁴⁸ THIRY, précité, n° 199, sous 3, page 134.

⁴⁹ Idem, n° 188, page 131.

⁵⁰ Article 56 du Code de procédure pénale.

⁵¹ Articles 145 et 182 du même Code.

⁵² Article 56 du même Code.

⁵³ 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).

⁵⁴ Article 145 du même Code.

⁵⁵ Article 182 du même Code.

⁵⁶ 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.

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'Etat⁵⁷, 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 publics⁵⁸.

Il vise les fonctionnaires, dont la mission consiste à participer à l'exécution du service public⁵⁹ 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 volonté⁶⁰. La 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 vexatoires⁶¹. 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. ».

Il s'ensuit, à titre subsidiaire, que le moyen n'est pas fondé et qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle.

Sur le cinquième moyen de cassation

Le cinquième moyen est tiré de la violation de l'article 16, paragraphe 3, de la loi de 2008, en ce que la chambre du conseil de la Cour d'appel a jugé que le moyen tiré d'une transmission injustifiée de rapports de police n'était pas fondé au regard de cette disposition, aux motifs que : « *Quant à l'article 16(3) de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises, celui-ci dispose que : « Sans préjudice de l'article 8 du Code d'instruction criminelle (actuellement Code de procédure pénale), les autorités judiciaires transmettent à l'Administration des contributions directes ainsi qu'à l'Administration de l'enregistrement et des domaines, les*

⁵⁷ *Mémorial*, 1872, n° 12, page 85.

⁵⁸ *Mémorial*, 1857, n° 55, page 381.

⁵⁹ *Jurisclasseur Administratif, Synthèse – Fonction publique*, par Antony TAILLEFAIT (juin 2019), n° 15.

⁶⁰ *Idem, Synthèse – Actes administratifs*, par Vincent TCHEN, mai 2019, n° 1.

⁶¹ *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.

informations susceptibles d'être utiles dans le cadre de l'établissement correct et du recouvrement des impôts, droits, taxes et cotisations dont la perception leur est attribuée.» Dès lors, et étant donné qu'en l'occurrence, les personnes visées par la plainte, même si celle-ci est dirigée à l'encontre «d'inconnu(s)», sont des fonctionnaires qui sont tenues au secret professionnel et qui ont agi dans l'exercice de leurs fonctions lorsqu'ils ont transmis des informations susceptibles d'être utiles dans le cadre d'une procédure pendante devant le tribunal administratif de sorte que ni le moyen tiré d'une interprétation inutile et erronée de l'article 35 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat ni le moyen tiré d'une transmission injustifiée sur base de l'article 16(3) de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises ne sont fondés. »⁶², alors que, première branche, la disposition visée autorise la communication d'« informations », terme qui n'autorise pas celle de rapports de police ; que, deuxième branche, la communication autorisée par la loi est relative à des informations susceptibles d'être utiles « dans le cadre de l'établissement correct et du recouvrement » des impôts, mais que cette utilité faisait défaut en l'espèce étant donné que les bulletins d'imposition avaient déjà été émis au moment de la communication et qu'il n'était pas encore question de procéder au recouvrement de l'impôt et que, troisième branche, à supposer que la loi autorise la communication d'informations dans le cadre d'un recours exercé par le contribuable devant les juridictions administratives contre son bulletin d'imposition, elle doit être circonscrite aux seules données nécessaires à la résolution du litige, de sorte qu'il aurait appartenu aux autorités judiciaires, au lieu de communiquer l'intégralité de rapports de police, d'effectuer un travail de tri et de sélection aux fins de circonscrire la communication aux seules informations nécessaires à l'Administration dans le cadre du recours administratif introduit par le contribuable.

La chambre du conseil de la Cour d'appel a, en l'espèce, confirmé l'ordonnance d'irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile des demandeurs en cassation au motif que l'article 35 de la loi de 1979 n'autorise pas les victimes d'infractions pénales commises par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions de mettre, accessoirement à leur constitution de partie civile devant le juge d'instruction ou la juridiction pénale de jugement, en mouvement l'action publique. Elle a cependant, en outre, déclaré non fondé le moyen des demandeurs en cassation tiré de ce que « l'article 16 de la loi [de 2008] ne saura[it] justifier la communication massive des pièces du dossier d'instruction [...] [, qu'] [u]ne transmission et exploitation du rapport de police ne seraient admises sur base de ces dispositions qu'à des fins précises, à savoir pour asseoir le quantum de l'impôt [...] [et] qu'en l'espèce lorsque ces rapports de police ont été transmis, le quantum de l'impôt en litige était déjà déterminé, de sorte que la diffusion de ces pièces, dont notamment les rapports de police n'était pas justifiée sur base de l'article 16 de la loi du 19 décembre 2018. »⁶³, aux motifs que :

« Quant à l'article 16(3) de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises, celui-ci dispose que : « Sans préjudice de l'article 8 du Code d'instruction criminelle (actuellement Code de procédure pénale), les autorités

⁶² Arrêt attaqué, page 3, avant-dernier et dernier alinéa.

⁶³ Idem, page 2, avant-dernier alinéa.

judiciaires transmettent à l'Administration des contributions directes ainsi qu'à l'Administration de l'enregistrement et des domaines, les informations susceptibles d'être utiles dans le cadre de l'établissement correct et du recouvrement des impôts, droits, taxes et cotisations dont la perception leur est attribuée.»

Dès lors, et étant donné qu'en l'occurrence, les personnes visées par la plainte, même si celle-ci est dirigée à l'encontre «d'inconnu(s)», sont des fonctionnaires qui sont tenues au secret professionnel et qui ont agi dans l'exercice de leurs fonctions lorsqu'ils ont transmis des informations susceptibles d'être utiles dans le cadre d'une procédure pendante devant le tribunal administratif de sorte que ni le moyen tiré d'une interprétation inutile et erronée de l'article 35 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat ni le moyen tiré d'une transmission injustifiée sur base de l'article 16(3) de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises ne sont fondés.»⁶⁴.

Le moyen d'appel relatif à la violation reprochée de l'article 16 de la loi de 2008 concerne le fond. Son examen suppose que la plainte avec constitution de partie civile soit recevable. Ce n'est, en effet, que si cette plainte est recevable que le juge d'instruction et, à sa suite, la chambre du conseil de la Cour d'appel seront appelés à examiner si la transmission des informations tirées d'un dossier d'instruction préparatoire en cours opérée en l'espèce par le Parquet du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à l'Administration fiscale a, ou non, violé le secret de l'instruction, donc si cette transmission est, ou non, conforme à l'article 16 de la loi de 2008, qui autorise en principe de telles transmissions. Or, la chambre du conseil de la Cour d'appel a confirmé en l'espèce l'ordonnance d'irrecevabilité du juge d'instruction, donc a confirmé que le juge d'instruction et, à sa suite, elle-même, ne sont pas valablement saisies de la plainte, donc ne sont pas compétents pour statuer sur le bien-fondé des reproches y exposés.

Les motifs critiqués par le moyen de cassation sont dès lors surabondants. Ils constituent un *obiter dictum* dépourvu de pertinence pour justifier la décision de confirmation de l'irrecevabilité de la plainte déduite de l'article 35 de la loi de 1979.

Il s'ensuit que le moyen, qui critique un motif surabondant, est inopérant.

Dans un ordre subsidiaire il est observé que les demandeurs en cassation soutiennent que l'article 16 de la loi de 2008 n'autoriserait pas la transmission de rapports de police, l'objet de la transmission ne pouvant être que des «*informations*» (première branche), que les informations transmises en l'espèce seraient étrangères à la finalité prévue par la loi, qui est celle de transmettre des informations susceptibles d'être utiles «*dans le cadre de l'établissement correct et du recouvrement des impôts*», l'impôt ayant été établi en l'espèce et la question du recouvrement des impôts ne s'étant pas posée (deuxième branche) et qu'il appartient aux autorités judiciaires de circonscrire la transmission aux informations qui sont réellement utiles à l'Administration fiscale, ce qui suppose un effort de concertation, de sélection et de tri, une transmission indifférenciée de rapports de police entiers n'étant pas compatible avec la loi (troisième branche).

⁶⁴ Idem, page 3, avant-dernier et dernier alinéa.

Suivant les éléments auxquels vous pouvez avoir égard, la plainte a été déposée en l'espèce pour violation du secret de l'instruction et recel de violation de ce secret⁶⁵.

L'article 8, paragraphe 1, du Code de procédure pénale, qui définit ce secret, dispose que : « [s]auf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète ».

Suivant les éléments auxquels vous pouvez avoir égard⁶⁶, la transmission a été justifiée, en l'espèce, par l'existence de l'un des « cas où la loi en dispose autrement », à savoir l'article 16, paragraphe 3, de la loi de 2008⁶⁷, telle qu'elle a été modifiée par l'article 10, point 2°, sous b), de la loi du 23 décembre 2016 portant mise en œuvre de la réforme fiscale 2017⁶⁸, qui dispose que :

« **Art. 16.**

[...]

(3) Sans préjudice de l'article 8 du Code d'instruction criminelle [Code de procédure pénale], les autorités judiciaires transmettent à l'Administration des contributions directes ainsi qu'à l'Administration de l'enregistrement et des domaines, les informations susceptibles d'être utiles dans le cadre de l'établissement correct et du recouvrement des impôts, droits, taxes et cotisations dont la perception leur est attribuée.

[...] ».

S'agissant du reproche exposé dans la première branche, critiquant que l'article 16 de la loi de 2008 n'autoriserait pas la transmission de rapports de police, l'objet de la transmission ne pouvant être que des « informations », il est observé que ce terme neutre et générique ne définit aucune restriction en ce qui concerne la nature et la forme des données transmises. La loi ne définit donc aucune prohibition de transmettre les informations sous la forme d'une copie d'un rapport de police.

S'agissant du reproche exposé dans la deuxième branche, critiquant que les informations transmises en l'espèce seraient étrangères à la finalité prévue par la loi, qui est celle de transmettre des informations susceptibles d'être utiles « dans le cadre de l'établissement correct et du recouvrement des impôts », l'impôt ayant, suivant les demandeurs en cassation, été établi en l'espèce et la question du recouvrement des impôts ne s'étant, suivant les demandeurs en cassation, pas posée, il est relevé que les demandeurs en cassation avaient soutenu ce même moyen en instance d'appel⁶⁹. La Cour d'appel y a répondu en constatant que les personnes visées par la plainte « ont transmis des informations susceptibles d'être utiles dans le cadre d'une procédure pendante devant le tribunal administratif »⁷⁰, ce dont elle déduit que le moyen n'est pas fondé. Il est par

⁶⁵ Idem, page 7, premier alinéa (reproduisant l'ordonnance d'irrecevabilité du juge d'instruction).

⁶⁶ Idem, page 6, passage reproduisant les réquisitions du Procureur d'Etat.

⁶⁷ La version originale de cette loi a été publiée au Mémorial, A, 2008, n° 206, page 3130.

⁶⁸ Mémorial, A, 2016, n° 274, page 5139, voir page 5151.

⁶⁹ Arrêt attaqué, page 2, avant-dernier alinéa.

⁷⁰ Idem, page 3, dernier alinéa.

ailleurs constant que cette procédure est de nature fiscale⁷¹, qu'elle implique un tiers et qu'elle a pour objet l'établissement de l'impôt dû par ce tiers sur le produit qu'il a perçu à la suite d'une vente d'options⁷². Ce constat souverain implique que cette procédure a eu pour objet l'établissement de l'impôt et que les informations transmises ont été susceptibles d'être utiles dans le cadre de cette procédure. La transmission respectait donc la finalité prévue par la loi.

S'agissant du reproche exposé dans la troisième branche, soutenant que l'article 16 de la loi de 2008 impose aux autorités judiciaires de circonscrire la transmission d'informations à celles qui sont réellement utiles à l'Administration fiscale, ce qui suppose un effort de concertation, de sélection et de tri, une transmission indifférenciée de rapports de police entiers n'étant pas compatible avec la loi, il est observé que la loi autorise les autorités judiciaires à transmettre des informations « *susceptibles d'être utiles* » dans le cadre de l'établissement correct et du recouvrement des impôts. Elle n'impose donc pas à ces autorités de circonscrire leur transmission aux informations dont il peut, au moment de la transmission, être anticipé avec certitude qu'elles se révéleront *ex post* être effectivement et réellement utiles. Cette utilité peut n'être que vraisemblable. Il est à préciser qu'en l'espèce les informations transmises ont été jugées suffisamment pertinentes par le Délégué du gouvernement pour l'amener à s'y référer dans son mémoire et baser ce dernier sur elles⁷³. Au regard de ces éléments constants il est d'ores-et-déjà établi que les informations transmises étaient « *susceptibles d'être utiles* » au sens de la loi.

A suivre la thèse des demandeurs en cassation, exposée dans la troisième branche de leur moyen, les autorités judiciaires ne sont justifiées à transmettre que des informations qui se révéleront *ex post* comme ayant eu une utilité effective et réelle dans le cadre de la procédure fiscale telle qu'elle a été poursuivie dans l'espèce considérée par l'Administration. Cette thèse se heurte à deux objections. D'une part, elle est incompatible avec la loi, qui ne circonscrit pas la transmission aux « *informations [qui se révéleront rétrospectivement comme ayant été concrètement] utiles [dans la procédure fiscale telle qu'elle a été, dans le cas d'espèce, effectuée par l'Administration], mais autorise la transmission des « informations susceptibles d'être utiles », donc de celles qui, à première vue, de façon apparente, pourraient de façon plausible être utiles dans le cadre de l'établissement correct de l'impôt. D'autre part, elle imposerait aux autorités judiciaires de faire précéder toute transmission d'une concertation préalable avec l'Administration fiscale dans le cadre de laquelle ces autorités devraient, aux fins de juger du caractère effectivement et concrètement utile des informations qu'elles s'appêtent à transmettre, prendre connaissance du dossier administratif fiscal, de l'appréciation par l'Administration de la situation fiscale du contribuable et des démarches futures que celle-ci entendra mettre en œuvre. Il est inutile de rappeler que le dossier administratif fiscal est, au même titre que le dossier d'enquête et d'instruction, couvert du secret professionnel. Les autorités judiciaires ne sont donc, sauf perquisition et saisie par un juge d'instruction, pas en droit d'y accéder. Il est également inutile de rappeler que les autorités judiciaires violeraient leur secret si, dans le cadre d'une telle concertation informelle préalable à leur décision sur une transmission d'informations, elles révéleraient à l'Administration fiscale qu'elles disposent de telles informations, donc qu'une poursuite pénale est en cours contre un contribuable. La lecture proposée par l'appelant subordonne donc la transmission d'informations prévue par la loi à une violation préalable concomitante de deux*

⁷¹ Idem, page 7, premier alinéa (reproduisant l'ordonnance d'irrecevabilité du juge d'instruction).

⁷² Mémoire en cassation, page 4, avant-dernier alinéa.

⁷³ Idem, page 5, troisième alinéa.

secrets, à savoir du secret fiscal et du secret de l'enquête et de l'instruction. Elle a pour effet de rendre le texte inapplicable, donc de le priver de tout effet utile.

Cette thèse, et la plainte qu'elle a inspirée, reposent donc sur une lecture qui est contraire à la loi.

Il est dès lors manifeste que la plainte repose sur une lecture qui est contraire à la loi.

Ceci est d'autant plus regrettable que, visant personnellement les magistrats en charge d'une poursuite pénale en cours, elle est, sans justification réellement sérieuse, de nature à mettre en cause l'intégrité de ces magistrats et de produire un effet potentiellement disruptif sur cette poursuite pénale.

Il s'ensuit, à titre subsidiaire, que le cinquième moyen n'est fondé dans aucune de ses branches.

Conclusion :

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

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

John PETRY