

Réflexions

LE DROIT PÉNAL AUX TEMPS DE CHOLÉRA¹

STEFAN BRAUM²

Tout est différent depuis un an maintenant. Jusqu'à présent, nous n'avons connu que les crises de la vie des autres. Cependant, en période de pandémie, personne n'est à l'abri. Habitués à un statut de voyeurs qui observent et commentent de loin les problèmes des autres avec frémissement, avec attendrissement ou avec indifférence, nous sommes devenus nous-mêmes les porteurs du problème, ses victimes, le risque pour tous. Les sociétés occidentales n'ont pas encore trouvé de réponse durable à cette préoccupation générale et concrète de chacun, profondément ancrée dans les réalités systémiques de la politique et de la société, de l'économie, de la santé et – surtout – du droit. Cela peut être dû au fait que malgré tous les vœux, surtout au début de la pandémie, de vouloir réfléchir à nos constantes socioculturelles et économiques de la coexistence sociale, une réflexion plus profonde sur les paradigmes des sociétés occidentales n'a guère lieu. Un virus scandaleux a tout simplement contrecarré notre quête de liberté, ou ce que nous définissons comme tel. Nous nous retrouvons dans l'impuissance et le désarroi. La pandémie agit comme une loupe, éclairant sans ménagement les lacunes de ces paradigmes.

Cela concerne notamment le système de coordonnées de l'État de droit libéral et sa relation avec la politique. Nous avons un problème dans la détermination équilibrée de la relation entre l'individu et la communauté. En particulier, les perspectives juridiques (pénales) sur la pandémie, sa gestion – normative – semblent passer au second plan par rapport aux aspects sanitaires, économiques ou même psychosociaux. Il semble toutefois évident que, même si l'Organisation mondiale de la santé déclare à un moment donné que la situation de pandémie est terminée, ses conséquences pour le droit pénal de l'État de droit seront drastiques et durables. Il n'est pas exagéré de prédire qu'il y aura de nouveaux changements dans le style et le contenu du droit pénal.

Trois aspects peuvent justifier ces glissements et ces changements :

- 1°. l'état d'urgence imposé dans différents systèmes juridiques en Europe laisse des traces dans le droit commun (I) ;
- 2°. on assiste à l'émergence d'un droit exécutif qui renforce un déséquilibre déjà existant entre les trois pouvoirs de l'État (II) ;
- 3°. le concept de liberté, sur lequel se fonde *a priori* un droit pénal constitutionnel, perd encore de son contour et nécessite une affirmation et une reconstruction (III).

I. SUR LES TRACES DE L'ÉTAT D'URGENCE

Lorsque l'Organisation mondiale de la santé a déclaré une pandémie d'ampleur mondiale en janvier 2020³, les sociétés et les démocraties occidentales, habituées à la stabilité et à la normalité, n'y étaient préparées ni sur le plan médical, ni sur le plan des systèmes de prestations d'intérêt général, surtout le système de santé, ni – et non des moindres – sur le plan juridique. La nécessité imminente de contenir la propagation du virus, les réglementations qui en découlent en matière de restriction de sorties et d'interdiction de contacts qui, précisément parce qu'elles sont punies par des peines et sanctions, représentent de profonds empiétements sur les droits fondamentaux et civils, ont reçu différentes formes de légitimation juridique selon la culture juridique.

A. L'état d'urgence, un état de fait paneuropéen

Au début de la pandémie, en février et mars 2020, des États comme l'Espagne, la France ou la Belgique se sont appuyés sur des articles d'urgence garantis par la Constitution. Ainsi, en France, le président prend les mesures nécessaires conformément à l'article 16 de la Constitution française⁴; en Belgique, le parlement peut

1. L'analyse suivante fait référence à trois articles que l'auteur a publiés dans les médias luxembourgeois. En ordre chronologique : « Die Pest im Recht », *Land, d'Letzebuerger Land S.à r.l.*, 3 avril 2020, p. 11; « Rückkehr zur Norm », *Wort, Luxemburger Wort*, 16-17 mai 2020, pp. 14 et 15; « Zeitenwende », *Land, d'Letzebuerger Land S.à r.l.*, 8 janvier 2021. En outre, elle comprend les résultats inédits d'un projet de recherche intitulé « Protection against Infection through (European) regulatory law (ProLaw) », financé par le Fonds National de la Recherche (FNR). Elle fait référence à certaines contributions individuelles des participants au projet.

2. Professeur en Droit pénal européen et international (économique), Procédures pénales, Philosophie du droit pénal, Criminologie à l'Université de Luxembourg.

3. IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV), « WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV) », World Health Organization, 30 janvier 2020, disponible sur [https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ehr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ehr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

4. Art. 16, alinéa 1, de la Constitution française : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés (1) d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. »

autoriser le gouvernement à exercer des pouvoirs d'intervention extraordinaires ; en Espagne, le gouvernement est légalement autorisé à imposer par décret l'« *estado de alarma* », conformément à l'article 116, paragraphe 2, de la Constitution espagnole.⁵ Par ailleurs, et spécifiquement pour la situation de pandémie du printemps 2020, le législateur français a créé une règle d'urgence de droit simple dans le Code sanitaire⁶. D'autres pays, comme l'Allemagne ou la Suisse, ont pu fonder dès le début leurs mesures d'endiguement de la pandémie sur des articles d'urgence de droit simple prévus dans les lois respectives sur la lutte contre les infections ou les pandémies⁷. Certains ont été complétés au cours de la pandémie, comme en Allemagne avec le concept d'« urgence épidémique de portée nationale⁸ ».

Pour de bonnes raisons historiques, les articles d'urgence de la Loi fondamentale (articles 91 et 87 GG) ne seraient pas applicables en Allemagne. L'expérience de l'abus de pouvoir de l'État appartient trop à la génétique immuable de la Loi fondamentale. Par conséquent, les mesures de restriction des contacts relevaient et relèvent toujours de la compétence des États fédéraux et sont mises en œuvre sur la base d'ordonnances légales, que la loi sur la protection contre les infections – une loi fédérale – autorise.

B. L'État de crise au Luxembourg

Si l'on prend l'exemple du Luxembourg, on constate que la réglementation en matière de pandémie a des racines historiques qui se prolongent jusqu'à aujourd'hui. Le 16 mars 2020 encore, le gouvernement luxembourgeois fondait ses mesures d'endiguement du virus sur une loi datant de 1885⁹, dont l'article 2 est un exemple historique du droit pénal exécutif de la fin du XIX^e siècle¹⁰. Les violations des mesures ordonnées par le gouvernement et l'administration sont érigées en délits punissables, les peines sont draconiennes et, surtout, les règles d'imputation pénale applicables en droit pénal statutaire, qui doivent être mesurées par la légalité pénale et le principe de culpabilité, sont écartées. La causalité, la culpabilité et une sanction appropriée à la culpabilité – proportionnée du point de vue actuel – ne jouent aucun rôle dans l'attribution d'une violation des règles. La simple désobéissance à une norme émise par l'exécutif suffit à mobiliser le droit pénal.

Ceci est typique d'un modèle de droit pénal qui, dans sa genèse et son contenu, correspond aux besoins du pouvoir exécutif : il sécurise le contrôle de l'accès des gouvernements et des administrations aux crises. Cette sauvegarde par le droit pénal des urgences générales ou des objectifs politiques de l'exécutif est déjà visible dans la législation pénale européenne du XIX^e siècle et a par la suite très souvent déterminé la législation en droit pénal ordinaire. L'expérience historique prouve ainsi que les crises du droit, en particulier du droit pénal, laissent des traces durables dans la structure de l'État de droit. Il était évident que le cadre juridique du XIX^e siècle était normativement et pratiquement inadapté à la réglementation de la pandémie. En l'absence d'alternatives juridiques, la seule issue pour le législateur luxembourgeois ne pouvait être que la première application de l'article 32, paragraphe 4, de la Constitution luxembourgeoise et du Règlement grand-ducal du 18 mars 2020 qui en découle¹¹. La réponse aux lacunes réglementaires existantes dans le droit commun était l'« état de crise ».

En appliquant l'état d'urgence en mars 2020, le législateur a agi avec prudence : le fait que les intérêts vitaux de la population étaient menacés était dramatiquement visible pour tous. L'examen de la proportionnalité, limite normative de l'article 32, paragraphe 4, a été conscients et a fait ressortir de manière éclatante le manque d'alternatives au moment de mettre en balance les libertés individuelles, d'une part, et le droit à l'intégrité physique et à la santé, d'autre part. Le bien-fondé de ces mesures prend appui sur l'expertise médicale, leur nécessité rapide découlant impérativement de la surcharge menaçante du système de soins de santé. Le Parlement reste un organe de contrôle de l'exécutif. Enfin, les règles de sanction garantissent les mesures nécessaires pour contenir le virus. Le Règlement grand-ducal du 18 mars 2020 introduit dans son article 6 des infractions administratives, avec menaces d'amendes prévisibles par tous. À l'époque, il s'agissait d'une gestion de crise juridique habile, qui a été suivie d'un passage impressionnant de la politique, en particulier du système de santé, et des personnes qui y agissent, à un mode de crise efficace.

C. Un état d'urgence normal ?

Malgré tout, le malaise juridique s'est insinué dès mars 2020. En 2016, le législateur avait inséré dans la

-
- 5. « *El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.* »
 - 6. Art. L. 3131-12 du Code de la santé publique : « *L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population.* »
 - 7. En Suisse, la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies) est en vigueur depuis le 28 septembre 2012.
 - 8. « *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite* », Bundesgesetzblatt, 27 mars 2020, disponible sur http://www.bgbli.de/xaver/bgbli/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbli120s0587.pdf.
 - 9. Loi du 25 mars 1885 concernant les mesures à prendre pour parer à l'invasion et à la propagation des maladies contagieuses.
 - 10. Voir plus concrètement St. BRAUM, « Historische Modelle transnationalen Strafrechts », *Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870 – 1930)*, S. Kesper-Biermann et P. Overath (dir.), Berliner Wissenschaftlicher Verlag, 2007, pp. 111 et s.
 - 11. Règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19.

Constitution l'article 32, paragraphe 4, en réponse directe aux attentats de Paris de novembre 2015¹². Le contexte de légitimité de l'état d'urgence s'est alors vu étroitement lié à la politique de sécurité publique. Le Conseil d'État a toujours été critique vis-à-vis de l'instauration de l'état d'urgence et l'a prise avec une grande prudence juridique. Il craignait qu'à long terme, le paradigme de la sécurité ne détruise les droits et libertés fondamentaux s'il donnait le signal que le droit ordinaire (pénal) n'était plus capable de traiter les violations élémentaires des droits. Malgré les limites que l'article 32, alinéa 4, impose à l'état de crise, le Conseil d'État a constaté un déplacement inévitable de l'équilibre des pouvoirs de l'État du parlement vers l'exécutif¹³.

Cette crainte est-elle justifiée, ou le fait que l'état de crise fasse partie intégrante de la Constitution fait-il apparaître ses conséquences comme maîtrisables ? L'état d'urgence intégré dans la Constitution peut éventuellement limiter la réaction de l'État aux crises et aux menaces graves, et donc la justifier normativement. Enfin, l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme autorise également l'imposition d'un état d'urgence à titre exceptionnel si diverses conditions sont réunies¹⁴. Cependant, l'exception ne doit pas devenir la règle, autrement dit, l'état d'urgence ne doit être que temporaire. Les droits fondamentaux et civils ne peuvent être suspendus de manière générale et, enfin, l'imposition d'un état d'urgence pour éviter un danger imminent doit également être appropriée, nécessaire et proportionnée. Le principe de proportionnalité constitue donc une barrière décisive à la légitimation constitutionnelle de l'état d'urgence¹⁵. Néanmoins, la question se pose de savoir si, face à la pandémie, il existe un « état d'urgence idéal », ou si la meilleure alternative à l'état d'urgence, même si elle semble être limitée par la Constitution, n'est aucun l'état d'urgence.

Les réponses à ces questions diffèrent selon que l'on considère les conditions d'une urgence constitutionnelle comme limitables. Ce qui est déterminant pour le caractère limitatif de l'état d'urgence, c'est de savoir, d'une part, qui décide de l'état d'urgence et, d'autre part, si les droits fondamentaux restent en principe en vigueur et si le principe de proportionnalité est respecté dans toutes

les mesures fondées sur la base constitutionnelle de l'état d'urgence.

D. Réglementation des pandémies : un nouveau style de droit ?

Paraphrasant le célèbre dicton de Carl Schmitt, ce n'est pas moins le souverain qui décide de la fin de l'état d'urgence¹⁶. Nous l'avons vu : dans les démocraties européennes, le législateur démocratique, le peuple et l'opinion publique qui le soutient ont discuté – et discutent encore – du moment et des conditions dans lesquelles les empiétements sur les libertés civiles doivent être assouplis et finalement retirés. Il s'agit d'une question de décision normative : ni le calcul économique ni l'expertise épidémiologique ne peuvent prétendre à la primauté normative, même si ces deux aspects doivent être des arguments de poids pour la prise de décision normative et finalement juridique. Cette décision normative est particulièrement urgente, car les droits fondamentaux et les droits de l'homme – et la publicité qui les rend possibles – risquent d'être structurellement et durablement endommagés, voire ont déjà été endommagés¹⁷.

Dans l'application et la discussion des conditions préalables de l'article 32, paragraphe 4, de la Constitution luxembourgeoise, la lutte pour la préférence de droits contradictoires devient apparente. Encore et toujours, la question est de savoir comment les amener à une relation d'équilibre et de concordance pratique les uns avec les autres.

En outre, une urgence constitutionnelle ne peut être légitimée que si le principe de proportionnalité est respecté¹⁸. Dans une lecture classique, il s'agit donc de savoir si l'imposition de l'état d'urgence est appropriée et nécessaire pour écarter les menaces pesant sur les intérêts vitaux de la société. La nécessité presuppose qu'il n'existe pas de moyens plus doux et moins attentatoires aux droits fondamentaux des citoyens¹⁹. L'adéquation doit être maintenue : la protection des intérêts sociaux vitaux ne doit pas porter une atteinte excessive aux autres intérêts légaux, notamment aux droits fondamentaux et aux libertés civiles. Même au début de la pandémie, on pouvait affirmer avec un haut degré de professionnalisme

-
- 12. Proposition de révision de l'article 32, paragraphe 4, de la Constitution (M. le Député Alex Bodry), disponible sur <http://legilux.public.lu/eli/projet/ppc/10003>.
 - 13. Conseil d'État, Avis du 15 juillet 2016 sur la proposition de révision de l'article 32 (4) de la Constitution.
 - 14. Art. 15 alinéa 1 : « [...] dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. » ; alinéa 2 : « La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7. » Au cours de la pandémie, dix des quarante-sept membres du Conseil de l'Europe ont fait des notifications au titre de cet article. Parmi eux, il n'y avait que trois États membres de l'Union européenne : la Lettonie, l'Estonie et la Roumanie. Voir J. GERKRATH, « Constitutional engineering of State of exception regimes within the European Union », *SSRN Electronic Journal*, Elsevier, 2021, p. 9 (article faisant partie du projet ProLaw, financé par le Fonds National de la Recherche).
 - 15. C. NIWARD, « Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale », *La Revue des Droits de l'Homme*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, avril 2020, disponible sur <https://journals.openedition.org/revdh/8989?lang=en>.
 - 16. C. SCHMITT, *Politische Theologie – Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 9^e éd., Duncker & Humboldt, 2012, p. 13.
 - 17. Voir déjà DEUTSCHER ETHIKRAT, « Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30 mars 2020, p. 6 ; N. BAVEREZ, « Les libertés au temps du coronavirus », *Commentaire*, 2020/2, n° 170, pp. 265 à 270.
 - 18. DEUTSCHER ETHIKRAT, *ibid.*
 - 19. V. SIZAIRE, « L'état d'urgence sanitaire menace-t-il les libertés fondamentales ? », *The Conversation*, 6 avril 2020, disponible sur <https://theconversation.com/l-etat-d-urgence-sanitaire-menace-t-il-les-libertes-fondamentales-135122>.

juridique qu'il n'y avait pas d'alternative à l'application de l'article 32, paragraphe 4, de la Constitution, que la résilience du système de santé était en danger et, surtout, qu'il n'y avait pas de moyen plus doux qui aurait pu rendre superflue l'imposition de restriction et d'interdiction de contacts.

L'article 32, paragraphe 4, de la Constitution contient toutefois un problème que le Conseil d'État a signalé lors de la genèse du nouvel article constitutionnel. Les crises sont indéterminées dans le temps²⁰. Ceux qui imposent des états de crise doivent donc savoir comment et quand ils en sortiront. Le délai de trois mois prévu par la Constitution n'est qu'un critère formel ; ce qui est pertinent, ce sont les conditions matérielles qui peuvent constituer un état de crise, c'est-à-dire le danger d'une atteinte grave aux intérêts vitaux de la société. Les crises ne sont pas des états agrégés normativement fixes, leurs conditions normatives préalables sont fluides : même après la fin formelle de l'état de crise, il y a toujours des empiétements sur les libertés civiles, parfois renforcés, parfois assouplis, et qui s'adaptent de manière flexible à la situation pandémique respective²¹. Les perspectives sur les intérêts juridiques conflictuels et l'évaluation empirique du fonctionnement des systèmes sociaux évoluent de manière dynamique. Les législateurs tentent de suivre cette dynamique. Les règles apparaissent comme de la pâte à modeler qui peut être adaptée aux risques de la situation pandémique connus et apparents à l'heure où il faut les gérer. La vision sombre de Giorgio Agamben est-elle devenue depuis longtemps une réalité pratique ? L'état d'urgence n'est-il pas devenu depuis longtemps un compagnon constant et une partie du droit commun²² ?

Ceci est étayé par le fait que le style de droit associé à l'état d'exception, à savoir la mise en œuvre immédiate du contenu législatif recherché par l'exécutif, persiste. Cependant, la situation juridique est plus complexe que ne le suggère Agamben. Les juristes insistent – à juste titre – sur l'autonomie de la prise de décision normative, surtout face à l'ambivalence. Les juristes, notamment en droit pénal, sont toujours confrontés à l'ambivalence des faits, à l'incertitude empirique²³. Mais, dans le même temps, ils sont obligés de déterminer la vérité. La vérité n'est pas un objet de connaissance scientifiquement déterminable, mais une construction normative, une conséquence de la preuve normative menée dans le cadre d'une procédure équitable. Ce qui est vrai est ce qui peut être prouvé selon

les règles équitables de la procédure pénale. En droit pénal, mais aussi ailleurs, les juristes sont donc habitués à devoir prendre des décisions juridiquement contraignantes malgré des avis d'experts divergents, voire contradictoires. Ce n'est pas l'expert qui rend le jugement, mais le juge, qui place son expertise dans le cadre d'une libre appréciation des preuves au terme de laquelle il existe une conviction raisonnable au-delà de tout doute juridique et qui décide de la sanction ou de l'acquittement.

Une orientation normative et juridique de l'action est donc politiquement nécessaire précisément lorsque les connaissances des experts aboutissent à des résultats inexistant, incomplets ou très contradictoires. Malgré la polyphonie virologique – amplifiée par les médias –, le maintien des règles datant encore de l'état d'urgence était et reste un problème qui doit être négocié publiquement, selon des critères normatifs²⁴. Alors qu'au début de la crise l'ignorance empirique et le risque d'échec systémique ont conduit à une réduction normative encore justifiable à un endiguement radical conseillé par les virologues et explicable par le système, on voit maintenant apparaître des relations moyens-objectifs qui nécessitent une justification politique, avant tout normative. La charge de la preuve de cette justification incombe actuellement à l'exécutif. Mais il s'agit d'un problème constitutionnel, d'une question pour la légitimité de l'Etat de droit démocratique lui-même. La méconnaissance de l'opportunité d'une mesure légale ne peut, en principe, conduire à la volonté d'établir une sécurité biopolitique maximale, mais impose le respect de l'interdiction des mesures excessives. Toutefois, ses éléments, à savoir la nécessité et le caractère approprié, sont de plus en plus difficiles à justifier en termes juridiques.

E. Transformation de la proportionnalité

Parmi les traces de l'état d'exception figurent les changements dans la compréhension de la proportionnalité. La triade de la proportionnalité repose nécessairement sur la clarté empirique. La proportionnalité en tant que principe lie le droit à la raison empirique et oblige les législateurs à réfléchir aux conséquences pratiques de leurs actions²⁵. Compte tenu de l'évolution quotidienne du tableau de la pandémie et des compétences scientifiques divergentes des virologues, l'argumentation juridique dans le cadre de la proportionnalité perd les coordonnées dont elle a

20. Conseil d'État, Avis du 15 juillet 2016 sur la proposition de révision de l'article 32 (4) de la Constitution ; N. QUESTIAUX, « Études sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'état de siège ou d'exception », Doc. ONU, 27 juillet 1982, n° E/CN.4/Sub.2/1985/15, p. 8.
21. N. CITERONI et L. JOLLY, « L'état de droit sacrifié sur l'autel de l'urgence sanitaire? Étude comparée des approches italienne et française », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Nomos, 2020/1, n° 103, pp. 73-91.
22. G. AGAMBEN, *State of Exception*, traduit en anglais par Kevin Attell, University of Chicago Press, 2005, pp. 2, 40 ; voir aussi G. AGAMBEN, *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Suhrkamp, 2019, p. 37.
23. H. M. HEINIG, Th. KINGREEN, O. LEPSIUS, Chr. MöLLERS, U. VOLKMANN et H. WISSMANN, « Why Constitution Matters. Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise », *JuristenZeitung*, Mohr Siebeck, 2020, n° 18, pp. 861 et s., not. p. 866.
24. *Ibid.*
25. Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et des libertés, Assemblée plénière du 26 mai 2020, paragraphe 1 : « [...] que si des mesures limitatives des droits et libertés peuvent être prises compte tenu de situations exceptionnelles, c'est à la condition qu'elles respectent les principes de stricte nécessité, d'adaptation et de proportionnalité [...] ».

réellement besoin pour évaluer les conséquences d'une action législative sur la base de preuves²⁶. Un système de coordonnées basé sur l'expérience est remplacé par une matrice de risques évalués les uns par rapport aux autres. Cette pesée évolue le long d'une ligne rouge aux extrémités de laquelle se trouvent les droits subjectifs de l'individu, d'une part, et l'effondrement du système de santé conduisant au drame des décisions de triage entre la vie et la mort, d'autre part. Entre ces deux extrêmes se situent les risques socioculturels et socio-économiques pour la culture, la religion, l'économie et, surtout, l'État de droit lui-même, qui doivent être discutés publiquement et évalués avec les acteurs sociaux²⁷.

Avec la diffusion encore lente des vaccins, les prémisses de l'évaluation des risques changent à nouveau, on pourrait même redécouvrir les éléments de base fondés sur des preuves du système traditionnel de coordination de la proportionnalité. Il est évident que l'administration d'un vaccin représente le moyen le plus doux par rapport aux autres mesures de confinement. Compte tenu de la disponibilité fondamentale des vaccins, les empiétements sur les libertés civiles actuellement applicables ne semblent pouvoir se justifier que tant que les groupes à risque de la pandémie ne sont pas encore majoritairement immunisés. Toutefois, si l'immunisation de la société continue à progresser, les mesures visant à contenir la pandémie perdront également leur légitimité. Le principe de proportionnalité se tient prêt au début de la pandémie comme principe limitant l'état d'urgence. C'est désormais aussi la charnière qui indiquera la voie légale pour sortir de la pandémie. Ce qui restera, c'est la tentation de remplacer le pronostic rationnel des conséquences de l'action législative par une matrice d'évaluation des risques qui permettra au législateur, et non plus à l'exécutif, de gérer les risques de manière flexible, situationnelle, voire expérimentale²⁸.

II. DROIT (PÉNAL) EXÉCUTIF

Le scénario sombre d'Agamben d'un régime quasi totalitaire de contrôle social biopolitique ne résiste pas à une considération juridique différenciée qui met l'accent sur l'intégration constitutionnelle de l'état d'urgence²⁹. Son élément central est la souveraineté de la législature parlementaire, qui décide de la raison et de l'étendue des

empiétements sur les droits fondamentaux. D'un point de vue optimiste, on peut même affirmer que la législation luxembourgeoise Covid pourrait bien servir de modèle législatif sur la manière dont les pouvoirs d'urgence de l'exécutif peuvent être transférés au législateur parlementaire. D'un point de vue juridique formel, cela peut plaider en faveur d'un renforcement du Parlement, surtout face à une crise de l'État et de la société rarement vue auparavant³⁰. En tout cas, il semble – superficiellement – que la domination de l'exécutif qui caractérisait l'état d'urgence a été soumise au contrôle du législatif.

La question est toutefois de savoir si cela correspond à la réalité juridique. N'y a-t-il pas des réalités systémiques qui surplombent le cadre juridique de la Constitution et en déforment le contenu ? Le droit exécutif n'est pas une simple attribution formelle. Il comprend – et pas seulement – la loi qui est formellement fixée par l'exécutif, par exemple sous la forme d'un règlement grand-ducal. Le droit exécutif est un style de droit : l'exécutif détermine le contenu de la législation et est en même temps la force déterminante au niveau de l'application du système juridique, c'est-à-dire dans l'interprétation et l'exécution de la loi³¹.

A. La connaissance est le pouvoir

En particulier au début de la pandémie, mais aussi dans son évolution ultérieure, l'exécutif s'attribue des compétences d'action et des connaissances spécialisées. Dans des groupes *ad hoc* ou des « task forces », il acquiert et produit des données et des informations³². Les décisions dérivées de l'accumulation de connaissances spécialisées se retrouvent directement dans la législation, dont la justification et les motifs ne sont que partiellement compréhensibles pour le législateur parlementaire. L'accumulation de connaissances spécialisées au niveau de l'exécutif laisse intact le contrôle formel exercé par le pouvoir législatif, mais le prive de son noyau substantiel³³. Il ne s'agit pas d'une simple politique symbolique, mais avant tout d'un problème d'État de droit, étant donné que le principe de la démocratie comprise comme une culture politique dans laquelle les conflits d'objectifs normatifs et leur résolution sont communiqués publiquement et, surtout, débattus se voit en l'occurrence contrarié. Ici aussi, il apparaît clairement que l'équilibre des pouvoirs de l'État se déplace en faveur de l'exécutif. *Nolens volens*, ce changement menace

-
- 26. Le constitutionaliste allemand Friedhelm Hase souligne les problèmes d'application du principe de proportionnalité en cas d'ambivalence empirique. Ce dernier veut cependant, à tort, considérer ce principe comme sans conséquence en droit constitutionnel. Fr. HASE, « Corona-Krise und Verfassungsdiskurs », *JuristenZeitung*, Mohr Siebeck, 2020, n° 14, pp. 697 et s., not. p. 698.
 - 27. DEUTSCHER ETHIKRAT, « Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30 mars 2020, p. 6.
 - 28. En effet, la notion de « droit expérimental » servirait à décrire les tendances législatives apparues en Europe depuis le début de la pandémie. Voir à cet égard, notamment, l'analyse de M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique : cours au Collège de France (1978-1979)*, Gallimard et Seuil, 2004. Voir aussi M. FOUCAULT, « In Verteidigung der Gesellschaft Vorlesung am College de France (1975-76) », *Biopolitik. Ein Reader*, A. FOLKERS et Th. LEMKE (dir.), Suhrkamp, 2014, pp. 95 et s.
 - 29. Voir G. AGAMBEN, *supra*, n° 21.
 - 30. Pour le renforcement du législateur parlementaire allemand dans la crise, voir Chr. SCHÖNBERGER et S. SCHÖNBERGER, « Regiert bald ein Notausschuss ? », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26 mars 2020, p. 9.
 - 31. Voir plus précisément concernant l'épanouissement du droit pénal exécutif dans le système de la justice criminelle, P.-A. ALBRECHT, *Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht*, 3^e éd., Beck, 2005, p. 210.
 - 32. Voir O. LEPSIUS, « Warum lauert die Polizei Spaziergängern auf ? », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25 avril 2020, p. 13.
 - 33. Critique par Oliver Lepsius, *ibid.*

d'être durable et de façonner le système constitutionnel même après la crise.

B. Le droit pénal comme moyen de contrôle des risques systémiques

Le droit exécutif – plus généralement – apparaît comme une caractéristique du droit pénal moderne qui gagne en légitimité par sa prétention préventive à contrôler le risque systémique³⁴. Cette caractéristique se reflète et se condense dans la législation Covid : depuis l'entrée en vigueur de l'état d'urgence, toute une série de règlements grand-ducaux – puis de lois Covid – ont été émis, qui prévoyaient des mesures pour contenir la pandémie, les élargissaient en partie, les supprimaient en partie, les assortissaient de sanctions et les complétaient à plusieurs reprises par des formulations – apparemment – clarifiantes. Les contradictions de la législation de ces dernières années apparaissent clairement lorsqu'on examine l'article 563, alinéa 10, CPL. En réaction sélective au débat sur l'interdiction du port du voile intégral, qui s'est déroulé dans le contexte du danger du terrorisme et de l'islamisation présumée, le législateur luxembourgeois a criminalisé le port du voile partiel ou intégral, du moins dans certaines parties de l'espace public³⁵. Le Conseil d'État s'est déjà plaint du fait que le champ d'application de cette disposition pouvait difficilement être défini avec précision³⁶. Les pertes de prévisibilité et de clarté des normes se reflètent dans la nécessité, face au visage dévoilé de la pandémie, non seulement d'autoriser la couverture partielle du visage dans l'intervalle, mais de la déclarer obligatoire³⁷, et maintenant à son tour de la placer sous la menace d'une sanction.

En termes juridiques, cela ne se fait pas directement, mais par le biais de l'amendement promulgué de ce qui a déjà été promulgué une fois. Il n'a fallu que quelques jours pour passer de la criminalisation du fait de se couvrir le visage à la criminalisation des organes sensoriels non pro-

tégés. Depuis le 24 avril, l'obligation de porter un masque est également en vigueur dans les salles d'audience (RGD du 24 avril, article 3.1)³⁸. Toutes les infractions, y compris à l'obligation de porter un masque³⁹, sont passibles d'une amende (avertissement taxé)⁴⁰. Au passage, les délais de procédure sont abrogés par règlement⁴¹, mais sont expressément maintenus pour les procédures pénales, par exemple en cas de détention provisoire ou de mise en liberté⁴². La possibilité de soumettre les plaidoiries des avocats au greffe par voie électronique est également promulguée⁴³ – à la volée, une modernisation bienvenue du système judiciaire. Dans les procédures de la législation exécutive et les règles qu'elle produit presque quotidiennement se trouve le visage judiciaire de la crise Corona.

C. Perte du contrôle juridictionnel ?

Il est frappant de constater que dans le contexte luxembourgeois, le pouvoir judiciaire n'agit guère comme un contrepoids dans la mise en œuvre pratique du droit exécutif. Les décisions de justice portant sur la légalité et la proportionnalité des mesures individuelles – contrairement au contexte français ou allemand – se comptent presque sur les doigts d'une main. Indépendamment de leur faible nombre, leur contenu prouve que l'application par l'exécutif des mesures Corona comporte le risque d'être disproportionnée ou insuffisamment justifiée.

Par exemple, la gérante d'un débit de boisson a été condamnée à une amende de 8000 euros parce que ses clients consommaient illégalement des boissons en restant debout⁴⁴. Le tribunal administratif a annulé l'amende pour défaut de notification du gérant de l'établissement⁴⁵. Fait plus grave et allant au-delà d'une simple erreur formelle, dans une deuxième affaire, les preuves sur lesquelles était fondée la condamnation pour une infraction pénale se sont révélées totalement insuffisantes⁴⁶. La condamnation n'était fondée que sur la déposition d'un témoin qui avait déclaré que les règles de distance n'étaient pas

34. Voir P.-A. ALBRECHT, *ibid.*, pp. 65 et s.

35. St. BRAUM, « Europäische Burkaverbote. Der strafrechtliche Zwang zur Homogenität », *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Universitat Gießen, 2018, n° 7-8, pp. 268-275, disponible sur http://www.zis-online.com/dat/artikel/2018_7-8_1214.pdf.

36. Conseil d'État, Avis 50.834 du 10 juillet 2015 sur la proposition de loi ayant pour objet d'interdire la dissimulation du visage dans l'espace public et de compléter certaines dispositions du Code pénal.

37. Règlement grand-ducal du 17 avril 2020 portant modification du règlement grand-ducal modifié du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19, *Mém. A/J. O.G.D.L.* n° 303 du 17 avril 2020, art. 5.

38. Règlement grand-ducal du 24 avril 2020 portant modification du règlement grand-ducal modifié du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19, *Mém. A/J. O.G.D.L* n° 326 du 24 avril 2020.

39. Règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19, art. 1-5.

40. *Id.*, art. 6 (concernant les sanctions à l'égard des personnes physiques).

41. Règlement grand-ducal du 25 mars 2020 portant suspension des délais en matière juridictionnelle et adaptation temporaire de certaines autres modalités procédurales, art. 1 ; Règlement grand-ducal du 29 avril 2020 portant modification de l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 25 mars 2020 portant suspension des délais en matière juridictionnelle et adaptation temporaire de certaines autres modalités procédurales tel que modifié.

42. Règlement grand-ducal du 25 mars 2020 portant suspension des délais en matière juridictionnelle et adaptation temporaire de certaines autres modalités procédurales, art. 2 ; Règlement grand-ducal du 17 avril 2020 portant modification de l'article 2 du règlement grand-ducal modifié du 25 mars 2020, art. 1 (1).

43. Règlement grand-ducal du 25 mars 2020 portant suspension des délais en matière juridictionnelle et adaptation temporaire de certaines autres modalités procédurales, art. 1(4) (tel que modifié par le Règlement grand-ducal du 1^{er} avril 2020) ; Règlement grand-ducal du 29 avril 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière pénale, art. 6.

44. Trib. adm., 3^e ch., 7 octobre 2020, n° 45051 du rôle ; cité dans F. CHAOUCHE et S. MENÉTREY, « Le système juridictionnel luxembourgeois face à la pandémie du covid-19. Contribution à l'analyse du contrôle juridictionnel et de l'accès à la justice en temps de crise sanitaire », article faisant partie du projet ProLaw, financé par le Fonds National de la Recherche.

45. F. CHAOUCHE et S. MENÉTREY, *ibid.*

46. Trib. adm., 1^{re} ch., 9 octobre 2020, n° 45061 du rôle ; cité dans F. CHAOUCHE et S. MENÉTREY, *supra*.

respectées dans un restaurant. Le témoin avait également étayé son témoignage par une vidéo de ce qui s'était passé dans le *pub*, qui a circulé sur les médias sociaux. Le tribunal administratif a annulé la condamnation, parce que l'attribution de l'acte sur place a ignoré les exigences formelles de l'État de droit qui doivent être placées sur la rationalité de la preuve, et qu'elle s'est ainsi déplacée sur les limites de l'exercice arbitraire du pouvoir discrétionnaire. Compte tenu de cette emprise sur les droits fondamentaux, l'importance du contrôle juridictionnel pour fixer des limites aux tentations d'imputation arbitraire de délits inhérentes aux lois Covid-19 devient évidente. Cela est particulièrement vrai lorsque la nature et l'étendue des sanctions imposées sont examinées pour vérifier leur compatibilité avec le principe de proportionnalité, ce qui a conduit dans certains cas à des amendes plus légères que celles imposées à l'origine par la police.

On peut voir comment l'état d'urgence s'inscrit dans le style du droit exécutif. Contrairement à la perspective oppressive d'Agamben⁴⁷, il n'y a pas d'identité entre l'état d'exception et le droit commun, mais une différenciation en plusieurs voies de régulation juridique. Le style exécutif du droit est réactif et accéléré ; par conséquent, il est également fragmentaire et accessoire, c'est-à-dire que le contenu juridique ne suit que par référence à d'autres normes. Non seulement il échappe au contrôle qualitatif efficace d'un débat parlementaire, mais il nécessiterait également un contrôle judiciaire condensé afin d'éviter une dérive vers un exercice arbitraire du pouvoir discrétionnaire. Dès le début, il y avait un danger que l'état de crise proclamé laisse des dégâts dans le tissu de l'État de droit. Le droit exécutif de la législation sur les pandémies contribue de manière causale à ces dommages.

III. LA PERTE DE SUBSTANCE DU CONCEPT DE LIBERTÉ

La pandémie limite notre liberté – ou ce que nous entendons par là. Les réponses normatives que nous apportons aux questions posées par la régulation des pandémies disent aussi si et dans quelle mesure la liberté, en tant qu'élément essentiel et impensable des démocraties occidentales, se déforme et subit ainsi la pression de modèles de société et de politique concurrents.

A. Le modèle occidental de l'État de droit démocratique est-il en train d'échouer ?

L'État ne se légitime que dans la mesure où il comprend l'action politique, en particulier la réponse appropriée aux crises, comme une « *res publica* » où les libertés sont exercées de manière raisonnable et mises en balance. Les interventions dans les droits fondamentaux doivent donc être justifiées et soumises à des limitations. Les principes

de légalité et de proportionnalité constituent les limites et les conditions de l'action souveraine. Se peut-il que ces convictions fondamentales des démocraties libérales atteignent elles-mêmes leurs limites face à la pandémie ? Le virus est rampant et hors de contrôle – un scénario traumatique de la souveraineté politique. L'augmentation du nombre d'infections et de victimes en Europe et aux États-Unis contraste maintenant avec une infection contrôlée – du moins on le suppose – en Chine. La stratégie géopolitique de la Chine, qui consiste à étendre le pouvoir de son modèle autoritaire de régime politique au niveau international, exploite la différence apparente d'efficacité de l'action des États. Il semble à première vue que la démocratie libérale ne soit plus à la hauteur dans ses tentatives de régulation équilibrée des conflits entre les droits fondamentaux divergents associés à la lutte contre la pandémie.

Il semble banal d'intérioriser des règles générales de protection contre l'infection, comme garder ses distances, porter des masques, respecter les règles d'hygiène et éviter les contacts. Mais il s'avère que, au contraire, ce n'est pas facile. Il y a des raisons à cela. Elles résident dans l'érosion des principes qui constituent le fondement constitutionnel de la souveraineté politique. Les crises de ces dernières années – et au-delà –, qu'il s'agisse du terrorisme, des migrations ou des marchés financiers, ont été résolues par l'État à travers la promesse populaire de sécurité, à laquelle il sacrifie peu à peu les droits fondamentaux⁴⁸. La société est heureuse de payer pour cette monnaie de sécurité, car les crises semblent alors rester en dehors de ses libertés individuelles. La politique de sécurité de l'État déclenche ainsi une étrange dialectique entre, d'une part, la perte de liberté et, d'autre part, la promotion d'un concept de liberté qui peut se concentrer sur l'exercice presque sans limites de droits subjectifs. Alors que les droits fondamentaux sont affinés, notamment par l'expansion et l'extension des pouvoirs d'enquête de l'exécutif et du droit pénal matériel, un concept social de la liberté se développe simultanément, qui se célèbre avant tout comme une opportunité d'épanouissement personnel. Le sociologue Andreas Reckwitz résume ce concept de liberté comme l'expression d'une « société des singularités⁴⁹ ». Il ne s'agit pas d'un concept – sophistiqué – de liberté qui ne peut résulter que de la reconnaissance mutuelle, mais d'un vulgaire modèle libéral d'un individualisme moderne tardif qui tourne moins autour des droits d'autrui que du développement sans entrave de projets de vie privés. Le démantèlement des droits fondamentaux dans le cadre de la politique de sécurité, d'une part, et, d'autre part, le développement d'un concept de liberté appauvri en contenu qui en découle directement se reflètent dans les déficits normatifs du cadre réglementaire de la lutte contre les pandémies. Ce n'est pas l'État de droit libéral qui n'est pas à

47. Voir G. AGAMBEN, *supra*, n° 21.

48. P.-A. ALBRECHT, *Securitized Societies. The Rule of Law: History of a Free Fall*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2011.

49. A. RECKWITZ, *The Society of singularities. On the structural transformation of modernity*, coll. « Clothbound », Suhrkamp, 2017.

la hauteur du virus, mais seulement la version vestigiale de ce qu'il est devenu.

B. L'Asie du Sud-Est comme défi et modèle géopolitique

Alors que la fonctionnalisation géopolitique et de pouvoir de la pandémie par la Chine peut – de manière immédiatement évidente – être délégitimée *a priori* par une notion universelle de liberté et de droits de l'homme, des contrastes dans le contrôle de la pandémie deviennent également apparents dans d'autres États d'Asie du Sud-Est qui méritent un examen plus approfondi. Dans le cadre d'un projet de recherche financé par le Fonds National de la Recherche, l'Université du Luxembourg a procédé à un examen juridique comparatif de divers modèles d'endiguement réglementaire du virus, dont celui de Singapour. Les conclusions préliminaires de l'étude font état de différences significatives dans la culture juridique, d'une déformation des principes de l'État de droit et, enfin et surtout, de différences dans la qualité de la durabilité réglementaire dans la lutte contre la pandémie⁵⁰.

Singapour, un État de six millions d'habitants, se caractérise par un nombre relativement faible d'infections et de victimes. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour expliquer cela. Alors que les sociétés occidentales peinent à intérioriser les règles de Corona, celles des pays d'Asie du Sud-Est se révèlent une composante solidement implantée de la coexistence quotidienne. Elles sont le résultat d'une culture juridique de communautarisme ancrée dans la société et la culture⁵¹. Les limitations de l'individu par les intérêts publics font partie de la génétique socio-politique. Toutefois, cela signifie également que le principe de l'État de droit est compris de manière purement instrumentale comme la mise en œuvre d'une politique gouvernementale efficace. D'un point de vue normatif, cela ne peut guère être un modèle digne d'être imité. Néanmoins, des stratégies peuvent être tirées de l'expérience de l'Asie du Sud-Est pour renforcer, par une spécialisation dans les domaines de la virologie et de l'épidémiologie, la résilience du système de soins de santé – au lieu de le déréglementer davantage – et pour donner aux individus les moyens d'assumer leurs responsabilités envers eux-mêmes et les autres.

Ce qui a caractérisé les sociétés occidentales au fil des ans, au lieu de la responsabilité libérale exercée dans la reconnaissance mutuelle, c'est la réduction de la politique à la garantie d'une sécurité globale. Nous appelons donc désespérément à une univocité empirique des connaissances des experts, qui n'était disponible à aucun moment de la crise. En particulier, en ce qui concerne la situation des institutions sociales d'intérêt général – y

compris les hôpitaux et les établissements de soins –, il est évident en Europe (certainement aussi aux États-Unis) que la classification correcte de la pandémie et les mesures restrictives qui la rendent nécessaire sans alternative sont aussi les conséquences de déficits déjà existants dans les systèmes de santé. Nous nous protégeons de problèmes que nous avons nous-mêmes créés de manière causale.

La politique de sécurité de l'exécutif s'est accompagnée d'une politique utilitaire de pesée des coûts et des avantages, très éloignée du droit, ce qui est illustré de manière impressionnante par un exemple tiré de la politique allemande. En 2008 déjà, Friedrich Merz, alors membre de la CDU au Bundestag et candidat raté à la présidence de la CDU, s'est placé, en tant qu'éditeur d'une anthologie intitulée *Wachstumsmotor Gesundheit (La santé comme moteur de croissance)*⁵², sous le signe de la protection face à la formulation suivante de l'un des auteurs (Konrad Adam) : « La discussion sur la question de savoir si une prolongation de la vie de deux ou trois mois justifie des dépenses à cinq ou six chiffres ne pourra alors plus être bloquée par le vocabulaire combatif "asocial". » On est loin de la loi, car elle ne comprend la liberté que comme une liberté pour son propre intérêt.

C. Un tournant de temps pour l'État de droit ?

En fin de compte, la régulation normative de la pandémie devra prouver la résilience de l'État de droit libéral lui-même. Elle se situe entre la tentation autoritaire et un modèle libéral de liberté vulgaire, dans lequel chaque intérêt individuel s'affirme également comme un droit subjectif. Il n'est pas facile de trouver une issue à cette situation. Elle ouvre la porte à une idée réciproque de liberté et de législation générale avec un renforcement public simultané des institutions d'intérêt général. Pour cela, il faut tout d'abord tenter de réglementer la protection contre les pandémies au moyen de lois générales qui fixent des critères d'empêtement sur les droits fondamentaux – même s'il ne s'agit que de critères de risque – allant au-delà de la journée, qui fournissent un cadre durable pour l'échange numérique d'informations et, enfin et surtout, qui établissent des critères cohérents et généralement contraignants pour la distribution des vaccins. Les États de droit libéraux sont confrontés à un tournant. Ils doivent être réajustés si l'on veut qu'ils continuent à exister non seulement en tant que forme, mais aussi en tant que lieu où la liberté est vécue et définitie dans la reconnaissance mutuelle. Avant, pendant et après la pandémie. ■

50. L.-A. THIO, « Singapore and Pandemic Regulation », article encore inédit faisant partie du projet ProLaw, financé par le Fonds National de la Recherche.

51. L.-A. THIO, *ibid.*

52. Fr. MERZ (dir.), *Wachstumsmotor Gesundheit. Die Zukunft unseres Gesundheitswesens*, Hanser, 2008, p. 116. Critique par P.-A. ALBRECHT, « Causes of Global Legal Erosion. Paths for Continual Dissolution of Law », in P.-A. ALBRECHT, *Securitized Societies. The Rule of Law: History of a Free Fall*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2011, p. 244.

Doctrine

LA RÉPONSE RÉPRESSIVE DES ÉTATS FACE À LA COVID OU LE DEVOIR À LA SANTÉ DU CITOYEN SUPERLATIF. UN APERÇU DE DROIT COMPARÉ

PROF. SILVIA ALLEGREZZA¹²

« Le rêve de perfection transforme nos États de droit en États policiers »

M. DELMAS-MARTY, *Le Monde*, 1^{er} mars 2021

I. INTRODUCTION

Si l'on cherchait une étiquette pour les douze mois qui viennent de s'écouler, on pourrait les nommer « année de l'empire sanitaire, ayant le pangolin comme mascotte³ ». La pandémie liée au virus SARS-CoV-2 (Covid-19) a déterminé un vrai changement de paradigme dans l'exercice du pouvoir préventif et répressif des États qui devient de plus en plus une police générale de la salubrité⁴. Alors que ce pouvoir est normalement axé sur l'alternative foucaldienne « faire mourir ou laisser vivre », la nécessité de limiter la propagation du virus s'est concentrée sur la protection de la vie pour la vie, faire vivre ou rejeter dans la mort⁵. Le panoptisme biosanitaire – référence à la théorie du panoptique de Michel Foucault, renvoyant aux mécanismes de vigilance et de contrôle mis en place au sein d'une société – a donc prévalu sur toute liberté individuelle en imposant le contrôle de la population dans sa dimension collective, et des individus en tant qu'êtres humains. La « nue vie », comme l'appelle Giorgio Agamben, a gagné sur la vie, sur cette vie qui mérite d'être vécue⁶. Nous avons appris à « vivre sans » : vivre sans sortir, sans toucher, sans manger, boire ou fumer dehors, sans école, sans théâtre, sans cinéma, sans amis, sans famille. Nous avons renoncé même au langage : la proximité de la socialisation humaine est devenue « rassemblement », les visites

des « sorties non autorisées », les voyages des « déplacements interdits ». Nous faisons tous partie de la solution dans un esprit de « civisme superlatif » où les devoirs sont présentés en tant que manifestation d'altruisme et où le citoyen n'a plus un droit, mais plutôt un devoir à la santé⁸.

Comme une vraie monarchie absolue de l'ancien régime, l'État-empire de la pandémie fait usage de tout son arsenal répressif. C'est le triomphe de la « thanato-politique », une gouvernance axée sur la peur, sur le péril imminent et sur l'hibernation collective⁹. À cette fin, toute politique sanctionnatrice trouve sa place dans cette construction axée sur l'état d'urgence¹⁰, sans que sa légitimité soit jamais remise en discussion. Nous assistons donc à un véritable florilège de sanctions administratives édictées par les lois spéciales liées à la pandémie. Les sanctions pénales, à leur tour, sont aussi mobilisées dans la stratégie répressive¹¹, « comme cela arrive ponctuellement lorsque la peur et l'angoisse montent¹² ». Celle-ci utilise des infractions classiques – de droit commun¹³ – tout en introduisant de nouvelles infractions pour que rien n'échappe à cette stratégie de tolérance zéro. Le droit est remplacé par l'ordre, et toute déviation de l'ordre est sanctionnée.

Plutôt que des réactions isolées au niveau étatique, la stratégie répressive de la pandémie témoigne d'un

1. Professeur associé en droit pénal à l'Université de Luxembourg.
2. Cette contribution utilise les données collectées et l'analyse menée par une équipe de chercheurs de l'Université de Luxembourg, composée de Silvia ALLEGREZZA, Lisa URBAN, Georgios BOUCHAGIAR et Leonardo ROMANO, *Sanctioning breaches of emergency measures in time of COVID pandemic: a comparative study on the interplay of administrative and criminal sanctions*. Le rapport est à paraître en juin 2021 dans le cadre du projet « Protection against Infection through (European) regulatory law (ProLaw) », financé par le Fonds National de la Recherche et coordonné par Stefan Braum. Même si la Chine n'était pas incluse dans l'étude, voir les observations de Sun YIRONG, « From SARS to COVID-19: Balance of China's Criminal Law System », *Tsinghua China Law Review*, Tsinghua University, 2020, vol. 12, n° 2, pp. 399-411.
3. D. TRUCHET, « Avant l'État d'urgence sanitaire : premières questions, premières réponses », *RFDA*, Dalloz, 2020, p. 597.
4. S. BRIMO et B. DEFORT, « La police générale de la salubrité à l'épreuve de l'état d'urgence sanitaire : ou l'impossible disparition de la salubrité publique locale », *RDSS*, Dalloz, 2020, n° 5, pp. 848 et s.
5. M. FOUCAUET, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 181.
6. G. AGAMBEN, *Homo Sacer*, t. VI, *L'uso dei corpi*, Pozza, 2014.
7. Voir les essais de l'ouvrage collectif coordonné par P. LARRIEU, *Vivre sans*, Eres, 2020.
8. P. ZYLBERMAN, *Tempêtes microbiennes. Essai sur la politique de sécurité sanitaire dans le monde transatlantique*, Gallimard, 2013.
9. G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, 2020. Voir aussi A. LAKOFF et S. J. COLLIER (dir.), *Biosecurity Interventions: Global Health and Security in Question*, Columbia University Press, 2008 ; A. LAKOFF, *Global Health Security and the Pathogenic Imaginary. Dreamscapes of Modernity*, University of Chicago Press, 2015.
10. St. BRAUM, « Le droit pénal aux temps de choléra », dans cette Revue, p. 3 ; J. GERKRATH, « Constitutional engineering of State of exception regimes within the European Union » (à paraître); B. BAGLAYAN, « COVID stress test for the rule of law: States of emergency under international human rights law », ProLaw (à paraître) ; voir aussi le dossier « Le Covid-19 et le droit public », *RFDA*, Dalloz, 2020, n° 4, pp. 597 et s.
11. « Le droit pénal, en tant que phénomène social, a été et est impliqué par la covid, à la fois en tant qu'outil de contrôle social et en tant que problème social à gérer », C. SOTIS, « Le droit pénal italien à l'épreuve de la covid : un problème à gérer plus qu'un outil de gestion », *RSC*, Dalloz, 2020, n° 4, pp. 1115 à 1122.
12. C. SOTIS, « Le droit pénal italien à l'épreuve de la covid : un problème à gérer plus qu'un outil de gestion », *RSC*, Dalloz, 2020, p. 1116.
13. Voir V. COVOLI, « Non-respect des mesures sanitaires et contamination à la COVID-19 : quelle responsabilité pénale de droit commun ? » dans cette revue, p. 18.

modèle de mondialisation où l'idée de frontière prend une acuité nouvelle : la mondialisation imposée par l'urgence biosanitaire n'implique plus le recul des États-nations, mais plutôt leur exaltation à travers des modèles de sécuritarisme¹⁴ sanitaire mal coordonnés, mais finalement convergents quant à leurs finalités ultimes. Cet épanouissement de l'État-nation intervient au moment de la prise en charge d'un bien commun¹⁵ – la santé publique – et s'organise autour des pouvoirs répressifs étatiques, qui deviennent l'engrenage d'une stratégie globale.

Afin de maîtriser une urgence sanitaire précisément internationale dans sa nature, les États adoptent des solutions globales à travers des déclinaisons tout à fait nationales. Mais le caractère étatique et l'exaltation des frontières de l'État-nation deviennent une stratégie de contrôle total plutôt qu'une véritable réponse aux défis – voire au refus – de la mondialisation.

Les « tempêtes microbiennes » représentent une méthode de gestion de la crise, comme le dit Patrick Zylberman¹⁶. Après des années de crise économique, dont plusieurs pays européens montrent encore les cicatrices, la crise sanitaire a permis le développement, voire l'accélération, de certaines stratégies de contrôle où l'individu est sacrifié au nom de la collectivité, au nom d'un civisme superlatif¹⁷. Renforcer la participation individuelle aux mesures exceptionnelles au nom de la guerre commune au virus devient donc la clé de toute participation civique. Si cette adhésion spontanée est refusée, la répression déclenche tout son pouvoir à travers une panoplie de sanctions.

Cet article vise à disséquer ces réactions normatives à travers l'analyse des sanctions administratives et pénales adoptées dans plusieurs pays européens¹⁸. Seule une compréhension profonde de l'exceptionnalité des conditions actuelles pourra nous aider à revenir à la situation antérieure, à dépasser l'urgence sans qu'elle laisse trace de son passage.

L'héritage de la société du contrôle risque d'être lourd. Les structures d'enforcement, du fait de leur nature, tendent à s'enraciner pour s'assurer une vie après la fin de l'urgence.

Comprendre les coordonnées des politiques sécuritaires peut donc nous aider à refuser l'héritage de ces mesures pour qu'elles restent exceptionnelles, pour éviter que certaines structures de surveillance et de sanction deviennent une partie structurelle de nos sociétés.

II. LE TEMPS ET L'ESPACE : COORDONNÉES VARIABLES DU RISQUE SANITAIRE ET DE LA STRATÉGIE PUNITIVE

Le civisme au superlatif, « où l'accent est mis sur les devoirs et les obligations du citoyen comme sur la nécessité de faire preuve d'altruisme¹⁹ », impose que tout citoyen soit compliant. Toute déviation sera punie : c'est la loi de la biosécurité²⁰.

Dans ce cadre sécuritaire, les États ont développé une architecture complexe d'interactions entre droit pénal et droit administratif. En utilisant les données obtenues dans le cadre d'une étude de droit comparé menée par l'Université de Luxembourg, cette contribution se propose de décrire les paramètres utilisés par plusieurs pays européens et non européens dans leur œuvre édificatrice de l'arsenal punitif associé à la covid. L'analyse s'appuie plus particulièrement sur la législation et, dans la mesure du possible, sur la jurisprudence de sept pays (le Luxembourg, l'Allemagne, la France, l'Espagne, l'Italie, la Grande-Bretagne et la cité-État de Singapour) afin de détecter les convergences et les différences d'approche dans la stratégie punitive²¹.

Toute politique nationale de gestion de la crise sanitaire prévoit une panoplie d'actes législatifs et réglementaires qui vise à réduire la propagation du virus en imposant des limitations aux libertés des citoyens. Confinement, couvre-feu, limites aux déplacements et aux voyages, distanciation sociale, interdiction des rassemblements publics, port du masque sont les composantes de cette stratégie auxquelles les décideurs ont lié la possibilité d'une sanction en cas de violation. Ces violations forment l'océan actuel des sanctions administratives applicables aux violations des restrictions liées à la pandémie.

14. « Autre virus très contagieux », comme le définit C. RIBEYRE, « La procédure pénale à l'épreuve de l'état d'urgence sanitaire », *Droit pénal*, LexisNexis, mai 2020, n° 5, p. 6.

15. M. DELMAS-MARTY, intervention pendant la conférence « Covid-19, nos sociétés démasquées », France Culture,

17 février 2021, disponible sur <https://www.franceculture.fr/conferences/palais-de-la-decouverte-et-cite-des-sciences-et-de-l-industrie/covid-19-nos-societes-demasquees>.

16. P. ZYLBERMAN, *Tempêtes microbiennes. Essai sur la politique de sécurité sanitaire dans le monde transatlantique*, Gallimard, 2013.

17. *Ibid.*

18. La recherche Prolaw a analysé les lois du Luxembourg, de la France, de l'Espagne, de l'Italie, de l'Allemagne, du Royaume-Uni et de Singapour. Afin d'éviter des références excessives, nos indications législatives se limiteront aux lois du Grand-Duché du Luxembourg (Loi du 17 juillet 2020 portant l'introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 et modifiant : 1^o la loi modifiée du 25 novembre 1975 concernant la délivrance au public des médicaments ; 2^o la loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments). Pour les références législatives détaillées des autres pays, voir S. ALLEGREZZA, L. URBAN, G. BOUCHAGIAR et L. ROMANO, *Sanctioning breaches of emergency measures in time of COVID pandemic: the interplay of administrative and criminal sanctions*, FNR, rapport à paraître en juin 2021.

19. P. ZYLBERMAN, *Tempêtes microbiennes. Essai sur la politique de sécurité sanitaire dans le monde transatlantique*, Gallimard, 2013.

20. Voir, bien avant la crise Covid, les contributions dans l'ouvrage *Biosecurity Interventions: Global Health and Security in Question*, A. Lakoff et St. J. Collier (dir.), Columbia University Press, 2008.

21. L'intérêt pour les études comparatives est témoigné par les nombreuses initiatives académiques en ce domaine. Outre l'étude luxembourgeoise, on signale la conférence de l'Université de Bordeaux du 27 mai 2021, *COVID-19 Symposium: Constitutional, political, social and health threats and challenges in France and the United Kingdom*.

Le premier constat de l'étude comparative est la prédominance dans tous les systèmes considérés des sanctions administratives visant à rendre efficaces les politiques de prévention à travers la menace d'une sanction. Il s'agit d'un mécanisme très connu, que l'on dirait presque consolidé : le binaire ordre-sanction est indissociable. L'ordre sans la menace de la sanction est réputé inefficace.

Plutôt que de décrire le comportement visé par l'infraction et de prévoir la sanction en tant que conséquence de la violation au cas par cas, la majorité des États recourt à la formule « toute transgression des règlements/ordres/lois sera punie ». Cette technique législative permet de couvrir toute situation qui peut se présenter dans la réalité, mais laisse aussi une grande marge d'appréciation aux autorités publiques²².

La réponse punitive à la covid s'articule autour de trois variables primaires : le temps, l'espace et l'individu. Si les deux premières variables sont des critères généraux et abstraits liés aux particularités du contexte sanitaire, le facteur lié aux caractéristiques spécifiques de l'individu en cause indique la tendance à attribuer à certaines catégories des citoyens le rôle – forcé – de médiateurs des politiques publiques.

La réponse institutionnelle peut donc varier selon la présence, voire l'absence, d'un ou de plusieurs de ces facteurs.

Quant au facteur temporel, ces douze mois de pandémie nous ont forcés à nous familiariser avec la variabilité des paramètres de liberté qui conditionnent nos vies. Le temps de la vie individuelle et collective, professionnelle et culturelle est désormais dicté par le niveau de risque associé au virus. L'appréciation du risque connaît elle-même plusieurs variables : le taux de diffusion de la covid dans la population est seulement l'une des données considérées par les autorités publiques, la mortalité potentielle liée au virus étant fortement influencée par l'âge et les capacités de réception des patients en thérapie intensive. Par conséquent, la typologie, l'intensité et la durée des mesures dépendent du niveau de risque actuel et varient de ce fait au fil du temps.

Le facteur temporel a même été valorisé en tant que méthode de réduction de la transmission du virus dans les situations hors confinement intégral. À travers l'imposition des mesures de couvre-feu et d'un nombre maximal d'invités externes au ménage, les gouvernements ont tenté de réduire les contacts hors et dans les foyers.

La flexibilité temporelle des mesures fait partie de cette logique d'urgence qui caractérise toute œuvre réglementaire liée à la pandémie. Dictée par l'exigence réelle de limiter la diffusion du virus, elle laisse au citoyen le devoir de s'informer constamment sur la situation sanitaire et sur les règles en vigueur, qui peuvent changer soudainement.

Le critère temporel décide donc de l'intensité des mesures à appliquer à tout le territoire national, ou seulement à des parties déterminées. L'espace, deuxième facteur pertinent, joue donc un rôle essentiel dans la détermination du cadre réglementaire en vigueur.

C'est encore la nécessité tout à fait légitime d'imposer le moins de limitations possible qui a amené à une parcellisation du territoire. Toute mesure devient alors à géographie variable. La cartographie épidémiologique a donc adopté plusieurs couleurs : du blanc au gris, de l'orange au rouge, jusqu'au rouge foncé, ce dernier étant dédié aux zones à haut risque établies par le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies.

La complexité de la cartographie augmente dans les pays où la structure est moins centralisée et où le pouvoir législatif en matière sanitaire suit la partition géographique. Les États fédéraux, mais aussi les États où les régions sont dotées de compétences en matière sanitaire ou du pouvoir d'établir des sanctions administratives, souffrent d'une fragmentation ultérieure des politiques d'urgence. Dictée par la nécessité de mieux « cibler » la réponse pénale, cette fragmentation augmente le pouvoir discrétaire du législateur local et des autorités publiques chargées du contrôle et des sanctions²³. En opposition à l'uniformité de la France ou du Luxembourg, un débat houleux s'est déclenché en Allemagne ou en Italie entre les différents *Länder* ou *Regioni*, qui refusent parfois toute coordination centralisée²⁴. Si l'existence de l'infraction découle des décisions administratives, dépendant du niveau de risque dans une certaine région, province ou municipalité, la mosaïque répressive devient ultérieurement parcellisée. La difficulté de connaître les mesures en vigueur augmente en cas de déplacement d'une région à l'autre ou d'une ville à l'autre, sans que la rigidité du système de sanctions administratives puisse permettre une réponse punitive adéquate.

III. LA VARIABLE INDIVIDUELLE : LES RÉPONSES CIBLÉES

Les deux paramètres du temps et de l'espace s'accompagnent parfois de la variable individuelle. Il s'agit là de certaines caractéristiques personnelles, objectives ou subjectives, desquelles dépendent les règles applicables et, par conséquent, les éventuelles sanctions.

22. Art. 2 de la loi du 17 juillet 2020 portant l'introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19. En novembre 2020, on avait enregistré plus de 2000 amendes pour non-port du masque, disponible sur <https://www.wort.lu/fr/luxembourg/plus-de-2-000-amendes-pour-non-port-du-masque-5fb8ec98de135b92361aacf6>, mise à jour du 21 novembre 2020.

23. Observation partagée même par rapport au système chinois, voir S. YIRONG, « From SARS to COVID-19: Balance of China's Criminal Law System », *Tsinghua China Law Review*, Tsinghua University, 2020, vol. 12, p. 411.

24. R. SICURELLA et S. M. B. PICCITUO, « The legal framework of the covid-19 pandemic: the Italian response to the coronavirus outbreak », 2021, p. 8 ; R. POSCHER et Dr. K. KAPPLER, « The Legal Framework of the Covid-19-Pandemic in Germany ».

Ces caractéristiques font partie intégrante des sanctions, puisque celles-ci sont d'abord déterminées par des conditions objectives propres à l'agent. Ces conditions englobent toutes les hypothèses liées aux mesures relatives à l'exercice de certaines professions ou activités commerciales, qu'il s'agisse de magazines, cafés, restaurants ou hôtels, ou plus généralement de la qualité d'employeurs²⁵. Toute tradition juridique reconnaît en effet la nécessité de règles spéciales liées aux conditions de travail ou de commerce²⁶. Le paramètre individuel lié aux situations professionnelles préexiste à toute législation liée à la crise sanitaire et dépend de procédures d'autorisation qui sont aisément vérifiables. En d'autres mots, la crise sanitaire n'a pas en elle-même engendré de modifications ni d'incertitudes quant à l'application des règles qui se rattachent à la situation personnelle de l'agent.

En revanche, la dimension subjective de la variable individuelle soulève de sérieuses problématiques à la fois dans l'interprétation et dans l'application des textes. Cette seconde dimension est liée à la connaissance par le sujet de son état de santé, autrement dit de sa condition – réelle ou potentielle – de porteur du virus. Si des règles générales susmentionnées nous passons aux mesures spécifiques d'isolement, de quarantaine ou d'auto-surveillance, force est de constater le rôle central joué par la conscience ou la suspicion de sa propre positivité au virus. La ligne de démarcation entre ces deux cas de figure est assez claire : seul le résultat positif au test PCR entraîne l'application de la mesure d'isolement²⁷.

Cela constitue un passage déterminant au regard de la loi : si les mesures de confinement, de couvre-feu, d'interdiction de rassemblement ou de déplacement non nécessaire sont de nature générale et abstraite et applicables à l'ensemble de la population, toute limitation qui suit, sur le plan biologique, la positivité avérée à la covid, implique une décision d'isolement imposée par les autorités publiques vis-à-vis de l'individu infecté.

La personne concernée sera forcée à l'isolement, les « cas contact » seront obligés de respecter la quarantaine ou, dans les cas moins dangereux, de se placer en auto-surveillance. Les conditions spécifiques de l'isolement ou de la quarantaine dans les différents pays étudiés étaient très différenciées au début de l'épidémie, se rapprochant ensuite au fur et à mesure, au point que les différences sont aujourd'hui très limitées (allant de 7 à 10 jours d'isolement ou de quarantaine). Quant aux conditions de « libération », dans chaque pays analysé le sujet peut sortir après

un certain temps (qui varie de 30 à 15, voire 10 jours après la fin des symptômes ou de la date du test positif pour les cas asymptomatiques). Alors qu'au début de la pandémie un test négatif était requis avant de pouvoir sortir à nouveau, les progrès des recherches scientifiques ont permis d'établir que le sujet n'est plus contagieux après un certain laps de temps, bien que le virus soit encore présent.

L'intervention des autorités publiques implique l'adoption d'une ordonnance qui vise le sujet spécifique ainsi que les membres de son foyer, tout en lui imposant un devoir de communication²⁸. L'ordonnance est donc partie intégrante de la procédure. Aucune sanction administrative ne peut suivre la constatation de la contamination, sans qu'une décision spécifique soit adoptée par l'administration. Cependant, toute violation de cette mesure engendre une sanction pénale pour non-respect d'un ordre émis par une autorité publique²⁹. Le risque réel ne joue aucun rôle : s'agissant d'hypothèse d'une désobéissance pure et simple, l'absence de toute contamination n'exclut pas l'infraction.

Les « cas de contact », c'est-à-dire les individus à risque à cause de la proximité avec le sujet contagieux, font aussi l'objet d'un ordre de quarantaine détaillé qui indique les modalités, la durée et les conditions dans lesquelles la mesure prendra fin. Cette partie essentielle de la stratégie de prévention et de lutte contre la diffusion du virus présente des aspects problématiques, car elle se base sur les indications fournies par les sujets testés positifs. C'est à ce moment que l'arsenal répressif montre son côté musclé par rapport aux devoirs de coopération qui incombent au citoyen dans la prévention de la diffusion du virus. Le devoir de dire la vérité implique une responsabilisation renforcée, dont la violation est réprimée par des sanctions pénales assez sérieuses : toute omission et toute déclaration mensongère pourrait alors être considérée comme un faux, hypothèse de droit commun prévue dans tout système national³⁰.

Force est de constater que l'efficacité de la mesure préventive dépend des déclarations faites par la personne positive et de la véracité de ses déclarations. Les infractions de faux prévues par le Code pénal de tous les pays sous analyse veillent à ce que les citoyens participent activement à l'application des mesures de crise à travers leur devoir de déclarer la vérité.

Le citoyen responsable et solidaire devient donc agent de l'État dans cette vision panoptique de la crise sanitaire.

25. Art. 2 de la loi du 17 juillet 2020 portant l'introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19. Les violations sont sanctionnées par une amende administrative d'un montant maximum de 4000 euros (art. 11 de la loi du 17 juillet 2020 portant l'introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19). Sur la criminalisation des infractions liées à l'Horeca et aux employeurs, voir V. CovoLo, « Non-respect des mesures sanitaires et contamination à la COVID-19 : quelle responsabilité pénale de droit commun ? » dans cette revue, p. 18.

26. Tous les pays considérés par l'étude ont introduit des règles sanitaires pour les employeurs et les Horeca.

27. Art. 5, 7 et 8 de la loi du 17 juillet 2020 portant l'introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19.

28. Quant au Luxembourg, le formulaire précise... Il faut noter qu'il n'y a aucune distinction entre les majeurs et les mineurs, les derniers étant soumis aux mêmes règles et menaces de sanctions, que les adultes.

29. Au Luxembourg, il s'agit d'une peine de police (amende de 500 à 1000 euros selon l'article 12 de la loi du 17 juillet 2020 portant l'introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19).

30. Voir V. CovoLo, « Non-respect des mesures sanitaires et contamination à la COVID-19 : quelle responsabilité pénale de droit commun ? » dans cette revue, p. 18.

La gravité particulière de ces infractions tient au fait que la politique de lutte contre le coronavirus dépend de l'authenticité des documents et des déclarations des citoyens. Il n'est donc pas surprenant que le Collège des procureurs généraux belge ait diffusé la directive selon laquelle les parquets procèdent à une citation directe devant le tribunal correctionnel du chef de faux et d'usage du faux pour souligner la centralité des devoirs de coopération³¹.

IV. LE CONTENU DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Venons-en au contenu des sanctions administratives prévues dans les pays qui ont été examinés. Sans aucune surprise, l'on constate de nouveau une convergence presque absolue par rapport aux comportements sanctionnés. Violation du port du masque, du devoir d'isolement et de quarantaine, de l'interdiction de rassemblement, du couvre-feu. Le montant de l'amende, au contraire, peut varier considérablement d'un pays à l'autre : si la France, le Luxembourg, le Royaume-Uni et l'Italie prévoient des amendes qui ne peuvent pas dépasser mille euros (ou 960 livres), l'Allemagne autorise des sanctions pécuniaires jusqu'à 25 000 euros³².

Malgré l'esprit partagé de recherche d'efficacité qui prédomine dans les politiques de gestion de la crise sanitaire, il faut néanmoins reconnaître que la marge discrétionnaire laissée aux autorités publiques dans la détermination des éléments de l'infraction et de sa gravité est remarquable.

La flexibilité imposée par les deux critères temporel et géographique pour mieux poursuivre l'objectif de contrer la transmission du virus a par la force des choses un impact négatif sur le plan des sanctions imposables. Les mesures d'urgence, constamment modifiées, exigent du citoyen qu'il s'informe de la mise à jour constante du cadre réglementaire³³. La structure même de la sanction administrative impose cette charge à l'individu.

Cette flexibilité a également des conséquences pernicieuses sur le principe d'égalité. Les citoyens se différencient géographiquement et temporellement : le même comportement tenu dans une certaine ville ou à un certain moment de la journée peut soit déclencher la sanction, soit être parfaitement légal. Les paramètres de cette différenciation sont multiples : l'âge, les conditions préalables de santé, la localisation géographique, l'intervalle temporel sont des facteurs qu'il faudra apprécier au moment d'imposer la sanction.

Quant aux modalités de transmission de la maladie, l'incertitude scientifique sur la distance à garder, sur les jours

nécessaires au sujet contaminé pour cesser d'être contagieux, se traduit en incertitude juridique dont la gestion incombe aux agents de l'administration. La proportionnalité change de visage : elle n'est plus censée concrétiser la gravité de l'infraction, mais plutôt intégrer le niveau de risque scientifique lié à la propagation du virus.

Si nous pouvons tous adhérer aux finalités poursuivies par les législations d'urgence liées à la crise sanitaire, il n'en demeure pas moins que celles-ci provoquent des tensions, voire des torsions, au regard des principes de légalité – en raison de leur contenu instable –, d'égalité – à cause des coordonnées temporelles et géographiques variables –, ainsi que de proportionnalité – la gravité de l'atteinte à l'intérêt protégé devant être évaluée au regard de l'importance du risque sanitaire. Si l'on ajoute à cela les incertitudes relatives au contrôle juridictionnel³⁴, il y a là suffisamment d'éléments pour réclamer que le caractère exceptionnel des mesures en cause soit respecté, et que ces dernières puissent être levées aussi tôt que possible.

V. LES FRONTIÈRES MOBILES ENTRE RÉPRESSION ADMINISTRATIVE ET RÉPONSE PÉNALE

L'arsenal répressif, on l'a dit, ne se limite pas aux sanctions administratives.

La première constante parmi les pays observés est la pluralité des axes d'intervention : tout pays a eu recours au système binaire administratif-pénal en créant une stratification très articulée des sanctions. La stratégie n'est pas du tout inédite, mais plutôt consolidée au niveau mondial, tel qu'illustré dans le domaine du droit pénal des affaires. La prolifération des règlements et des autorités compétentes pour faire face aux exigences de contrôler les acteurs financiers, conséquence directe de la crise financière, a impliqué la multiplication proportionnelle des sanctions pour non-respect des règlements.

Le rôle dominant des sanctions administratives ne devrait donc pas surprendre : tout comme dans le domaine de la réglementation bancaire ou financière, le citoyen coupable des violations liées à la pandémie ne présente aucun trait commun avec le « criminel » habituel, et la fréquence des violations implique un contrôle exercé par toute une série d'autorités publiques. Il n'a pas pour autant été renoncé à la valeur symbolique du droit pénal et à son effet stigmatisant. Tous les pays considérés par l'étude ont confirmé le rôle de la criminalisation en tant que stratégie intégrative de la tolérance zéro.

L'intégration entre les deux volets – administratif et pénal – est dans la majorité des cas axée sur deux fac-

31. Voir paragraphe 5.

32. Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG), 20 juillet 2000, BGBI. I S. 1045 ('IPA 2000'), Section 75 (1) No. 1, disponible sur <https://perma.cc/B27B-36HD>.

33. Pour un cas d'espèce, voir, par exemple, le commentaire de F. KIRMANN sous TPD, 21 juillet 2020, publié dans ce numéro, p. 29.

34. F. CHAOUCHE et S. MENETREY, *Le système juridictionnel luxembourgeois face à la pandémie du Covid-19. Contribution à l'analyse du contrôle juridictionnel et de l'accès à la justice en temps de crise sanitaire*, Université du Luxembourg, 2021.

teurs : soit l'échelle d'intensité de l'atteinte à l'intérêt protégé, facteur qui fait partie de l'élément matériel, soit l'élément subjectif de la conscience par l'agent de sa positivité au virus. Ce qui implique le passage de la sanction administrative à la contravention pénale est donc, dans le premier cas, la gravité du comportement et, dans le deuxième, l'état conscient de sa propre contagiosité. Nous allons analyser en détail les deux cas de figure en décrivant les trois grandes catégories de sanctions pénales relatives à la covid. Il convient de faire preuve de modestie et de prudence, un cadre stable et des statistiques satisfaisantes faisant encore défaut à ce sujet.

La première catégorie du « droit pénal du confinement » vise les infractions de pure désobéissance, et sanctionne la violation des mesures administratives. Les contraventions relèvent de l'approche éthique et autoritaire, où l'individu en tant que prémissse constitutionnelle doit s'effacer au profit d'impératifs collectifs issus d'une nouvelle moralité nécessaire³⁵.

Elles se définissent par la technique du renvoi : les dispositions incriminantes ne décrivent pas elles-mêmes le comportement érigé en infraction, mais se limitent quant à leur contenu à renvoyer aux législations adoptées pour faire face à l'urgence sanitaire. Cela est le cas au Luxembourg³⁶, en Italie³⁷ et en France³⁸. La conséquence est un phénomène de plus en plus fréquent, qui résulte de l'explosion du *regulatory* : c'est la pratique dite « de la loi pénale en blanc », où le législateur, spécialement celui de l'état d'urgence, se limite à fixer des sanctions pour la violation de toute norme réglementaire, parfois sans même les viser directement et de manière précise. La définition des comportements interdits, quant à elle, est laissée *in fine* au pouvoir réglementaire qui peut rapidement modifier les mesures administratives dont il dépend sans être concerné par la nécessité de mettre à jour les infractions pénales. En raison du renvoi, l'adaptation des infractions aux règles administratives devient en effet automatique.

Le second facteur concerne la transmission, réelle ou potentielle, du virus aux autres individus. Dans ce cas, les éléments essentiels qu'il faut considérer sont l'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique provoquée par le syndrome covid et la conscience du sujet de son état contagieux. Ce sont les infractions de tentative d'homicide ou de coups et blessures qui sont concernées. S'agissant de crimes et

délits de droit commun, la présente contribution n'entend pas procéder à une analyse détaillée du sujet³⁹, mais se limitera à esquisser quelques réflexions d'ordre comparatif.

Comme l'a souligné Stefan Braum dans cette revue, les racines historiques du traitement pénal des épidémies sont profondes. L'exemple le plus récent et sans doute le plus intéressant en termes de criminalisation est celui du sida⁴⁰. La stigmatisation de certaines catégories de personnes et de leurs comportements jugés contraires aux mœurs traditionnelles a entraîné le recours au droit pénal en tant que concrétisation de ce jugement moral. Nonobstant un certain changement dans les mœurs et les nouveaux traitements antirétroviraux qui ont rendu la maladie non mortelle, du moins dans les pays développés, la criminalisation de la transmission du sida est un phénomène encore présent et répandu dans le monde entier. Recenser les arguments juridiques relatifs aux infractions liées à l'épidémie de sida nous fournit des indications précieuses quant aux débats en cours à l'échelle internationale⁴¹. En particulier, l'ONUSIDA⁴² préconise une appréciation toujours actualisée du risque effectif de maladie et des possibilités de traitement pour mieux cibler les potentielles réponses en termes d'incriminations. Ce facteur joue un rôle prépondérant dans le cadre de la covid, étant donné l'extrême variabilité des conséquences que le virus peut entraîner chez les différents sujets, en fonction notamment des conditions cliniques et de l'âge des citoyens.

S'agissant de l'appréciation du risque, la recommandation consiste à valoriser davantage le risque effectif, en abandonnant la désobéissance pure et simple en tant que critère d'incrimination. Mais cela implique l'abandon de la police sanitaire et la valorisation du rôle des experts qui, seuls, peuvent apprécier de façon scientifique l'existence du risque concret⁴³.

Quant à l'élément moral, la preuve de son existence est et reste fondamentale, aucune présomption n'étant acceptable dans ce domaine.

La facilité de propagation, l'absence de comportements stigmatisants favorisant la transmission et la différence de niveau de mortalité sont bien sûr des facteurs qui éloignent la covid du sida. Il est néanmoins important d'observer les lignes directrices internationales pour limiter la réponse pénale aux cas les plus sérieux. Il est vrai

35. C. SOTIS, « Le droit pénal italien à l'épreuve de la covid : un problème à gérer plus qu'un outil de gestion », *RSC*, Dalloz, 2020, p. 1116, en faisant référence à M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Il Mulino, 2003.

36. Art. 2 de la loi du 17 juillet 2020 portant l'introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19.

37. Art. 4 du décret italien n° 19 du 25 mars 2020.

38. Art. 3136-1 du Code de la santé publique.

39. V. COVOLLO, « Non-respect des mesures sanitaires et contamination à la COVID-19 : quelle responsabilité pénale de droit commun ? » dans cette revue, p. 18.

40. Pour un panoramique global, GLOBAL COMMISSION ON HIV AND THE LAW, *Risks, Rights & Health*, 2012, disponible sur <https://hivlawcommission.org/report/>.

41. Pour le cadre détaillé, voir S. ALLEGREZZA, L. URBAN, G. BOUCHAGIAR ET L. ROMANO, *Sanctioning breaches of emergency measures in time of COVID pandemic: a comparative study on the interplay of administrative and criminal sanctions* (à paraître).

42. UNAIDS, « Ending overly broad criminalization of HIV non-disclosure, exposure and transmission: Critical scientific, medical and legal considerations », *Guidance note*, 2013, p. 2, disponible sur https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/20130530_Guidance_Ending_Criminalisation_O.pdf, consulté le 4 mars 2021.

43. Th. CASSUTO, « Crise sanitaire du Covid-19. Perspectives et enjeux d'une réponse pénale », *AJ Pénal*, Dalloz, juillet-août 2020, pp. 342 et ss.

qu'en réalité seule une minorité d'individus infectés par la covid sont à risque de vie. Cependant, l'impossibilité de mettre en place une prévention ciblée se traduit par des limitations presque totales aux libertés individuelles, ce qui étend considérablement le champ d'application des infractions liées à la covid, qui en ressortent nettement plus répandues. Jamais nous n'avons assisté à un tel florilège de règles dont la transgression est pénallement sanctionnée. C'est pourquoi il est essentiel de limiter la réaction punitive aux cas les plus sérieux, dont la gravité justifie une telle sanction. Par exemple, le 23 avril 2021, un homme a été placé en garde à vue par la police espagnole pour avoir infecté 22 personnes sur l'île d'Ibiza. Nonobstant des symptômes importants indiquant la présence du virus, le « *supercontagiador* », tel qu'il a été surnommé par les médias, avait toujours refusé de se faire tester. L'infraction retenue ici est celle de lésions corporelles⁴⁴. C'est à ce genre de situation que le droit pénal devrait – il nous semble – se limiter.

La troisième catégorie d'infractions pénales se vérifie lorsque le sujet omet ou falsifie les déclarations faites aux autorités publiques relatives à son état de santé ou aux personnes avec lesquelles il a été en contact. Tel que nous l'avons évoqué précédemment, les hypothèses de faux sont appelées à protéger le devoir à la vérité qui incombe à tout citoyen dans le cadre de la stratégie sanitaire. Tous les systèmes examinés dans l'étude de droit comparé utilisent ces infractions déjà présentes dans leur Code pénal respectif. Toute infraction de faux est en effet très fermement sanctionnée, c'est là l'héritage historique de ces incriminations dans les Codes pénaux des pays considérés⁴⁵. Les peines prévues sont donc très sévères, et les occasions pour tout citoyen de commettre un faux lors d'une déclaration ou un faux en écriture sont assez fréquentes, puisque les règles sanitaires presupposent bien souvent une participation active des individus. Encore une fois, il est important que la réponse pénale soit limitée aux cas les plus sérieux, et non influencée par la fréquence de faux documents ou de fausses déclarations, qui s'intensifie à certaines périodes spécifiques. Encore un exemple récent : dans la semaine du 19 au 25 avril 2021, 58 personnes ont été interpellées à l'aéroport de Bruxelles parce qu'elles voulaient se rendre à l'étranger avec un faux certificat de test négatif à la covid, indiquait le mardi suivant le parquet de Hal-Vilvorde. La plupart de ces personnes avaient une adresse permanente en Belgique, et toutes se sont vu proposer une transaction de 750 euros. Celles qui ne paieront pas seront traduites en justice. Elles encourront une peine de cinq ans d'emprisonnement et une

amende pouvant aller jusqu'à 2000 euros⁴⁶. La prévention générale gagne en importance avant les vacances !

Quant aux sanctions en rapport avec des infractions administratives et pénales, leur rapport se focalise précisément sur l'intensité accrue de l'atteinte à l'intérêt protégé – on passe du risque d'une circulation majeure du virus au péril d'une vraie contamination. La troisième catégorie d'incriminations est plutôt liée, nous l'avons rappelé, à la gravité des infractions des faux.

Ce dispositif binaire, administratif et pénal, devrait donc être considéré soit en tant qu'échelle (de troubles à l'ordre public, suivis par conséquent de sanctions) à intensité croissante soit en tant que source de réponses alternatives. Dans toute hypothèse, il faudrait encore éviter la double sanction au nom du *non bis in idem*.

VI. CONCLUSIONS

L'analyse comparative des législations révèle davantage de convergences que de différences parmi les États considérés. La maturité des différents systèmes en matière de droit pénal sanitaire reste somme toute assez limitée : la multiplication des réponses punitives et de leurs différents canaux laisse entrevoir la conscience (des décideurs publics) quant à la faiblesse répressive qui soutient cette stratégie de tolérance zéro. Les exemples cités nous montrent comment le cadre normatif abandonne l'idée qu'un comportement neutre, une violation pure et simple d'une mesure administrative, puisse être excusable et non sujet à sanction pénale. Cela se fait au prix de torsions que subissent les principes d'égalité, de légalité et de proportionnalité. L'État-nation est de nouveau promu dans son rôle d'acteur de la globalisation, au prix d'une Europe marginalisé⁴⁷.

La pandémie a finalement fait émerger l'omniprésence des problèmes du droit répressif, de la surcriminalisation et du manque de proportionnalité⁴⁸. Espérons seulement que l'état d'exception en tant qu'argument crucial soit respecté même en fin de pandémie, quand l'on pourra finalement oublier et refuser son héritage (juridique). Comme le dit Philippe Conte, « ce droit pénal de crise aux caractères rébarbatifs, mais reflétant fidèlement une période exceptionnelle, ces dispositions confuses devraient disparaître sans laisser de regret⁴⁹ ». ■

44. « Detenido tras infectar a 22 personas mientras les decía: "Os voy a contagiar a todos" », *El Mundo*, 24 avril 2021, disponible sur <https://www.elmundo.es/baleares/2021/04/24/6083ea9d21efa0e60d8b45ed.html>.

45. Fr. BOUGARD et L. MORELLE, « Prévention, appréciation et sanction du faux documentaire (vi^e-XII^e siècle) », *Juger le faux (Moyen Âge – Temps modernes)*, O. Poncet (dir.), École nationale des chartes, 2011, pp. 19 et s.

46. « Créer de faux documents Covid-19 peut vous coûter cher », RTL.be, actualisé le 7 avril 2021, disponible sur <https://5minutes rtl.be/actu/frontieres/a/1712573.html>.

47. Voir le dossier « L'Union européenne face à la crise de Covid-19 », *RTDEur*, Dalloz, 2020, n° 3, pp. 481 et s.

48. T. SKOLNIK, « Criminal Law during (and after) COVID-19 », *Manitoba Law Journal*, University of Manitoba, 2020, vol. 43, n° 4, pp. 145 et 146.

49. Ph. CONTE, « Le droit pénal de crise : l'exemple du virusCovid-19 », *Droit pénal*, LexisNexis, mai 2020, n° 5, p. 5.

NON-RESPECT DES MESURES SANITAIRES ET CONTAMINATION À LA COVID-19 : QUELLE RESPONSABILITÉ PÉNALE DE DROIT COMMUN ?

DR. VALENTINA COVOLO¹

INTRODUCTION

Port du masque, distanciation sociale, confinement, interdiction des rassemblements publics et couvre-feu sont autant de mesures adoptées par les décideurs publics à travers le monde pour lutter contre la propagation du « coronavirus 2 du syndrome respiratoire aigu sévère », agent pathogène à l'origine de la maladie plus tristement connue sous le nom de Covid-19. Face à la gravité de la pandémie et à la saturation des structures hospitalières, les États ont imposé aux particuliers et aux entreprises un arsenal d'obligations et d'interdictions ayant pour but de limiter le nombre de contaminations². Ils ont également assorti ces mesures de sanctions à la fois administratives et pénales, tout en justifiant les amendes parfois élevées par la nécessité de dissuader et de réprimer sévèrement le non-respect des consignes sanitaires en vigueur. Le législateur luxembourgeois a fait de même, en édictant dès le début de la crise sanitaire des sanctions à l'encontre des personnes physiques, des entreprises commerciales et des artisans pour non-respect desdites mesures³.

Les dispositions sanctionnatriques spéciales ne sont cependant pas les seules à avoir suscité des débats quant à l'opportunité et à l'efficacité des réponses répressives dans un contexte pandémique⁴. Dans nos pays voisins, de nombreux questionnements surgissent quant à la pertinence d'une responsabilité pénale de droit commun lorsqu'un comportement imprudent est à l'origine de la propagation du virus. En France notamment, le Sénat s'inquiétait en mai dernier du risque de condamnation auquel font

face les élus locaux et les entreprises qui pourraient se voir reprocher des infractions non intentionnelles, malgré les difficultés posées par l'urgence sanitaire⁵. Depuis, les plaintes et les poursuites à l'encontre des personnes physiques et des entreprises n'ayant pas respecté les mesures de lutte contre la Covid-19 se sont multipliées. Les infractions visées sont celles d'homicide ou blessures involontaires, mise en danger de la vie d'autrui ou encore non-assistance à personne en danger⁶. En Belgique, une personne a été condamnée sur le fondement de l'article 328bis du Code pénal belge pour avoir craché au visage d'un policier qui lui avait demandé de tenir ses distances. Dans cette affaire, la Cour de cassation a en effet estimé l'infraction caractérisée, car même si le prévenu n'était pas au moment des faits porteur du virus, il a diffusé des substances non dangereuses, mais qui donnent l'impression de l'être ou dont il savait ou devait savoir qu'elles pouvaient inspirer de vives craintes d'attentat contre les personnes⁷.

Qu'en est-il au Luxembourg ? Au moment de rédiger ces lignes, aucune condamnation du chef d'infractions de droit commun n'a été prononcée à notre connaissance par les tribunaux luxembourgeois à l'encontre de personnes ayant violé les mesures sanitaires. Une telle éventualité ne peut cependant être écartée d'emblée, notamment en ce qui concerne les chefs d'entreprises qui, à défaut de mettre en œuvre lesdites mesures, manquent à leur devoir de protéger la sécurité et la santé des salariés et s'exposent ainsi à des sanctions pénales⁸. Dès lors, est-il envisageable d'envisager la responsabilité pénale de droit commun en cas

1. Référendaire auprès du Parquet du Tribunal d'arrondissement du Luxembourg. Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que son auteur et ne sauraient en aucune façon être attribuées à l'institution à laquelle il appartient.
2. La légitimité et la proportionnalité de ces mesures d'urgence ont suscité de vives interrogations, notamment quant à leur impact sur les droits et libertés des citoyens. Voir sur ce point, B. BAGLAYAN et M. BICHLER, « Covid-19 et le respect des droits humains. Une obligation pour l'État, une responsabilité pour les entreprises », RLDP, Legitech, 2020, n° 6, p. 70.
3. Art. 6 et 7 du Règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19, Mém. A/J.O.G.D.L. n° 165 du 18 mars 2020. Bien que le règlement en question ne soit plus en vigueur, d'autres sanctions sont prévues aux articles 11 et 12 de la loi modifiée du 17 juillet 2020 portant introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 et modifiant : 1^o la loi modifiée du 25 novembre 1975 concernant la délivrance au public des médicaments ; 2^o la loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments, Mém. A/J.O.G.D.L. n° 624. Une version consolidée du texte de loi est disponible à l'adresse <<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/2020/07/17/a624/consolide/20210315>>.
4. Voir sur la question S. ALLEGREZZA, « La réponse répressive des États face à la covid ou le devoir à la santé du citoyen superlatif. Un aperçu de droit comparé », publié au présent numéro, p. 11.
5. Sur ce point, J.-P. VIAL, *Infractions non intentionnelles. Faut-il retoucher la loi Fauchon ?*, Gaz. Pal., Lextenso, 28 juillet 2020, n° 386e7, p. 16.
6. Les infractions susvisées ont notamment fait l'objet de débats dans la doctrine française quant au risque pénal encouru par l'employeur. Voir, à titre d'exemple, A. VIOTTOLO et F. TEITGEN, « Covid-19 : quel risque pénal pour l'entreprise ? », Les Cahiers du DRH, Wolters Kluwer, 1^{er} mai 2020, n° 275.
7. Cass. b., 9 juin 2020, n° P.20.0598.N.
8. Voir *infra*.

de non-respect des mesures sanitaires ? Si tel est le cas, quelles infractions du Code pénal pourraient-elles être retenues et quels seraient les obstacles à d'éventuelles condamnations ? Pour répondre à ces questions, la présente contribution se propose d'identifier les principales incriminations pertinentes, tout en se focalisant sur le risque pénal auquel font face particuliers et employeurs⁹. Les considérations à suivre n'ont certes pas la prétention d'offrir une analyse exhaustive de la responsabilité pénale de droit commun à l'aune de la pandémie, mais d'esquisser quelques pistes de réflexion au regard de l'état actuel de la législation.

Pour ce faire, il convient de distinguer deux cas de figure. D'une part, lorsque le non-respect des mesures sanitaires est à l'origine d'une infection ayant entraîné le décès ou des lésions, les infractions de résultat sanctionnant les atteintes à l'intégrité physique de la victime sont à envisager. Plus précisément, la transmission de la maladie pourrait avant tout se traduire sur le plan juridique comme un acte d'administration de substances nuisibles (I) ou, à titre subsidiaire, comme un comportement provoquant des blessures, voire le décès de la victime (II). À cet égard, l'éventuelle responsabilité pénale de l'employeur du fait d'une infraction de droit commun fait appel à des considérations spécifiques (III). D'autre part, indépendamment de la survenance d'un dommage corporel, le manquement aux obligations visant à limiter la propagation du virus pourrait s'analyser en une omission de prêter assistance ou une exposition au risque de contamination. Si l'abstention de venir en aide renvoie à l'infraction de non-assistance à personne en danger (IV), la criminalisation d'une mise en danger délibérée d'autrui n'est pas à ce jour prévue par le droit luxembourgeois, bien que son introduction ait été envisagée par le législateur (V).

I. LA TRANSMISSION DU VIRUS EN TANT QU'ACTE D'ADMINISTRATION DE SUBSTANCE NUISIBLE

Lorsqu'on cherche à identifier les qualifications pénales que pourrait dans certaines circonstances revêtir la contamination à la Covid-19, il importe avant tout de rappeler les modes de transmission de la maladie. Le coronavirus se propage principalement par voie aérienne à travers des

gouttelettes respiratoires expulsées par la personne infectée lorsqu'elle tousse, éternue, parle ou respire profondément¹⁰. La transmission peut également se produire par aérosol, notamment lorsqu'une ou plusieurs personnes porteuses du virus passent de longs moments avec d'autres dans un espace clos, ou encore à la suite d'un contact avec des surfaces infectées¹¹. Sur un plan juridique, ces micro-gouttelettes respiratoires où se loge le virus peuvent dès lors revêtir le qualificatif de « substances » susceptibles de causer des lésions, renvoyant ainsi aux préventions des articles 402 à 405 et 421 du Code pénal¹². En effet, dans la mesure où le législateur n'a pas défini le terme de « substance », ce dernier est susceptible d'englober diverses formes de bactéries ou de virus telles que, par exemple, le virus de l'immunodéficience humaine (VIH)¹³. Dès lors, deux hypothèses sont à distinguer, selon que les lésions engendrées par l'administration de substances ont été causées volontairement ou involontairement.

La première hypothèse est incriminée par l'article 402 du Code pénal, disposition qui punit « *d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de 500 euros à 5000 euros, quiconque aura causé à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel, en lui administrant volontairement, mais sans intention de tuer, des substances qui peuvent donner la mort, ou des substances qui, sans être de nature à donner la mort, peuvent cependant altérer gravement la santé*¹⁴ ». Bien que le taux relativement faible de mortalité du coronavirus puisse faire obstacle à sa qualification de « substance qui peut donner la mort », nul ne doute qu'il soit susceptible d'*« altérer gravement la santé*¹⁵ ». L'administration volontaire de substances nuisibles presuppose cependant la preuve d'un dol général¹⁶. A. Delannay en déduit que l'auteur devait donc « *savoir qu'il était infecté par le coronavirus et qu'il était contagieux (condition de connaissance), et qu'il veuille porter atteinte à la santé d'autrui quel que soit son mobile (condition de volonté)*¹⁷ ». Un exemple d'application serait celui d'une personne porteuse du virus et qui, après avoir été informée du résultat positif de son test PCR, crache sur un policier au cours de son interpellation provoquant ainsi sa contamination¹⁸. Se pose cependant la question de savoir si l'élément intentionnel de l'infraction peut également s'étendre aux cas de figure où l'agent infecté n'a pas de certitudes quant

9. Tel qu'il a été évoqué, la contamination à la Covid-19 soulève également la question de la responsabilité pénale des élus et plus généralement des autorités publiques. Pour la doctrine française, voir, à titre d'exemple, Y. GOUTAL et L. FABRE, « Analyser le risque de responsabilité pénale des élus et des fonctionnaires territoriaux face au Covid-19 », *La Semaine Juridique – Administrations et Collectivités territoriales*, LexisNexis, 22 février 2021, n° 8, p. 2060.
10. De plus amples informations sur la transmission du virus sont disponibles sur le site de l'Organisation mondiale de la santé, <<https://www.who.int/fr/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19-how-is-it-transmitted>>.
11. *Ibid.*
12. Dans ce sens, A. DELANNAY, « Transmission volontaire et menace de transmission du coronavirus SARS-CoV-2 : les ressources et les limites du droit pénal commun », *Revue de droit pénal et de criminologie*, die Keure/La Charte, 2020, vol. 100, n° 7-8, pp. 781-831.
13. M.-A. BEERNAERT et al., *Les infractions contre les personnes*, vol. 2, Larcier, 2020, p. 373 concernant les infractions volontaires et pp. 689 et s. concernant les infractions involontaires.
14. Le libellé de la disposition étant identique à celui de l'article 402 du Code pénal belge, il sera fait référence à la doctrine et jurisprudence belge dans les développements à suivre.
15. En faisant référence à un taux de mortalité de 1 % à 4 %, telle est la conclusion de A. DELANNAY, *op. cit.*, p. 799. C'est également la raison pour laquelle il nous semble improbable que la contamination à la Covid-19 puisse relever d'une hypothèse d'empoisonnement au sens de l'article 397 du Code pénal.
16. M.-A. BEERNAERT et al., *op. cit.*, p. 376.
17. A. DELANNAY, *op. cit.*, p. 800.
18. *Ibid.*

à son état de santé, mais agit alors qu'il présente certains symptômes ou en sachant qu'il a été en contact étroit avec une autre personne malade. Sur ce point, A. Delannay rappelle que la Cour de cassation belge a écarté une possible application de la théorie du dol éventuel en la matière, estimant que l'élément moral exigé par la loi consiste dans « *l'adoption volontaire et en connaissance de cause du comportement interdit, étant entendu que, en s'agissant d'une conséquence constitutive de l'infraction, l'auteur a voulu causer cette conséquence ou était conscient que celle-ci adviendrait dans le cours normal des choses*¹⁹ ».

La connaissance par l'agent de son état contagieux s'avère également cruciale lorsque les lésions corporelles sont causées involontairement. L'article 421 du Code pénal sanctionne en effet « *celui qui aura involontairement causé à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel, en lui administrant des substances qui sont de nature à donner la mort ou à altérer gravement la santé* ». La jurisprudence souligne à cet égard que l'« *infraction requiert, d'une part, un élément intentionnel, à savoir un agissement volontaire par lequel une personne fait absorber par autrui, par quelque mode que ce soit, une substance mortifère ou gravement nuisible à la santé, et, d'autre part, un élément involontaire, à savoir la circonstance que cette absorption a eu pour conséquence, non voulue par l'agent, une maladie ou une incapacité de travail personnel*

²⁰ ».

Il convient dès lors de distinguer clairement entre ces deux éléments constitutifs de l'infraction. D'une part, l'infraction libellée à l'article 421 du Code pénal presuppose une action positive et volontaire consistant dans l'administration d'une substance nuisible. Un exemple est celui du « *pharmacien qui, se trompant à la lecture d'une ordonnance, délivre un médicament pour un autre et qui ensuite, se rendant compte de l'erreur commise par le médecin, persiste néanmoins à exécuter des ordonnances médicales délivrées ultérieurement et comportant la même erreur*

²¹ ». L'acte positif d'administrer exclut dès lors le défaut de surveillance ayant favorisé l'administration d'une substance toxique²². De même, lorsque l'acte d'administrer paraît relever d'un défaut de prévoyance ou de précaution, l'élément constitutif de l'infraction ne serait pas rempli²³. Il nous semble par conséquent difficile de considérer que par des actes aussi anodins tels que tousser, éternuer ou respirer, une personne qui n'est pas conscience d'être porteuse du virus ait volontairement administré des substances nocives. En revanche, la maladie ou l'incapacité de travail causées par une personne qui se sait infectée par suite d'un test PCR ou qui est consciente du risque d'être contagieuse parce

qu'elle présente des symptômes ou parce qu'elle est « personne contact » soulève plus de questionnements. Peut-on considérer qu'il s'agit dans ce cas d'une « administration volontaire » de substances nocives pour la santé ? Même en répondant à cette question par la positive, il sera difficile de démontrer le lien de causalité entre le comportement de l'agent et la contamination à la Covid-19 de la prétendue victime. Comment en effet établir avec certitude que cette dernière n'a pas contracté le virus à d'autres occasions en raison de contacts avec d'autres personnes malades ?

D'autre part, l'infraction punie par l'article 421 du Code pénal est involontaire en ce que le résultat du comportement incriminé – à savoir la maladie ou l'incapacité de travail – n'a pas été voulu par l'auteur²⁴. Précisons ici qu'en interprétant la disposition au libellé identique qui figure dans le Code pénal belge, la jurisprudence entend la notion de « maladie » comme englobant tout « *changement qui dénature l'état normal d'un être humain* » tel que, par exemple, l'inoculation du VIH²⁵. Si la transmission du coronavirus peut par analogie engendrer une atteinte à l'intégrité physique visée à l'article 421 du Code pénal, cette conséquence préjudiciable sera imputable à la personne porteuse du virus « *dans la mesure où elle serait entrée ou aurait pu entrer dans ses prévisions*

²⁶ ». Mais comment interpréter en pratique cette condition lorsque la personne à l'origine de la contamination n'est pas pleinement consciente de son état de santé ? Suffit-il de démontrer qu'elle aurait dû ou pu se douter être porteuse du virus ? Il s'agit là d'une question cruciale qui se pose pour toute lésion causée involontairement.

II. LA CARACTÉRISATION PROBLÉMATIQUE D'UNE FAUTE, CAUSE CERTAINE DE DÉCÈS OU DE LÉSIONS

Tel qu'il a été souligné plus haut, la transmission du coronavirus doit avant tout s'analyser comme un acte d'administration de substances de nature à altérer gravement la santé, puni par l'article 421 du Code pénal, celui-ci étant une disposition spéciale qui sanctionne pénalement les lésions corporelles involontaires²⁷. Cependant, dans l'hypothèse où les éléments constitutifs de l'infraction ne seraient pas remplis – notamment quant à l'exigence d'un acte positif et volontaire consistant à administrer ou faire absorber une substance nuisible –, se pose la question de savoir si un tel comportement peut retomber sous la qualification plus générale d'homicide ou lésions involontaires visée à l'article 418 du Code pénal. En d'autres termes, si le décès et les blessures causées ne sont pas voulus, est-on péna-

19. Cass. b., 6 novembre 2019, P.19.0651.F.

20. CSJ corr., 24 mars 2010, n° 151/10.

21. M-A. BEERNAERT et al., *op. cit.*, p. 688, par référence à Cass. b., 3 septembre 1986, *Rev. dr. pén.*, die Keure/la Charte, 1987, et la note.

22. *Ibid.*, p. 687.

23. *Ibid.*

24. M-A. BEERNAERT et al., *op. cit.*, p. 691.

25. *Ibid.*, par référence à l'arrêt Cass. b. (2^e ch.) du 24 avril 2019.

26. M-A. Beernaert et al., *op. cit.*, p. 691.

27. Voir chapitre II du titre VIII, livre II, du Code pénal.

lement responsable lorsque la transmission du virus est le résultat non pas d'une action d'« administration volontaire », mais d'un comportement constitutif d'un défaut de prévoyance ou de précaution ? La question se pose notamment au regard de l'employeur qui s'abstient de prendre des mesures visant à lutter contre la propagation du virus et qui, par son défaut de surveillance, a favorisé la contamination par « administration de substances²⁸ ».

En supposant que la responsabilité pénale puisse être engagée sur le fondement des articles 418 à 420 du Code pénal, quels seraient les obstacles à d'éventuelles poursuites à l'encontre d'une personne qui viole les restrictions sanitaires en vigueur, provoquant ainsi la contamination par le virus, voire même le décès d'un tiers ? Est ici envisagée l'hypothèse dans laquelle le résultat du non-respect des mesures et des gestes barrière – à savoir le décès ou les lésions causées à la victime – est la suite nécessaire et certaine d'un défaut de prévoyance ou de précaution, mais n'a cependant pas été voulu ni même recherché par le contrevenant infecté à la Covid-19. S'agissant de lésions engendrées par la contamination, il importe de préciser la portée exacte de la notion de « blessures » figurant à l'article 420 du Code pénal. Si le terme de « coup » suggère un contact physique avec la victime, les « blessures » ont été définies par la jurisprudence comme « toute lésion externe ou interne, si légère soit-elle, apportée au corps humain de l'extérieur par une cause mécanique ou chimique agissant sur l'état physique ou mental²⁹ ». Il peut donc s'agir de lésions internes, qu'elles soient organiques ou fonctionnelles, qui peuvent être infligées à distance sans nécessairement un contact physique avec le corps de la victime³⁰. S'il est possible de qualifier les séquelles d'une contamination à la Covid-19 de blessures, tout comme la transmission du virus peut en elle-même constituer une altération de l'état de santé³¹, l'élément moral de l'infraction ainsi que le lien de causalité entre le comportement incriminé et le dommage s'avèrent problématiques.

Le non-respect des règles de confinement ou de distanciation sociale, des restrictions imposées par les autorités publiques en matière de rassemblement ou encore de déplacement peut en effet s'analyser en une faute de prévoyance ou de précaution lorsque l'auteur a agi sans l'intention de nuire. Deux cas de figure pourraient dès lors se présenter, selon que l'agent ignorait ou à l'inverse savait qu'il était porteur du virus au moment d'enfreindre les mesures sanitaires.

Dans le premier cas, il serait vraisemblablement question de caractériser une faute sans prévoyance ou imprudence inconsciente (*unbewusste Fährlessigkeit*) : bien que l'agent n'ait à aucun moment prévu le mal résultant de son action, il aurait pu et dû le prévoir en faisant preuve de diligence³². Tel pourrait être le cas d'une personne présentant quelques symptômes et qui, dans l'attente du résultat d'un test PCR, multiplie néanmoins les sorties et les fréquentations, contrevenant ainsi aux recommandations sanitaires. Le second cas de figure concerne le porteur du virus qui, se sachant contaminé à la Covid-19, enfreint les règles de quarantaine. En admettant qu'il contamine de ce fait un tiers, l'agent agit-il en acceptant les conséquences probables de son acte ?

La question est tout aussi délicate que fondamentale, puisque c'est l'acceptation du risque de mort ou de blessures qui permet de distinguer la faute avec prévoyance ou imprudence consciente (*bewusste Fährlessigkeit*) propre aux infractions involontaires du dol éventuel qui permettrait de retenir une infraction volontaire³³. Comme rappelé par la jurisprudence, la première se différencie du second par le fait que « *la faute d'imprudence, quoique commise consciemment, doit avoir été commise sans intention de nuire, l'auteur ayant été au moment de l'acte dans l'ignorance qu'il portait atteinte à l'intégrité physique d'autrui, même si, par après, on arrive à démontrer à l'auteur qu'il aurait pu et même dû prévoir les conséquences de son acte*³⁴ ». Ainsi, tel l'exemple communément évoqué de l'automobiliste qui opère un dépassement dangereux sur le sommet d'une côte, causant ainsi le décès d'un autre automobiliste³⁵, une personne porteuse du virus qui contrevient aux mesures sanitaires agit avec imprudence consciente, sans pour autant avoir accepté le risque de mort ou de blessures qu'impliquait son comportement fautif. Il serait néanmoins possible de rétorquer que la personne ne respectant pas les mesures de quarantaine alors même qu'elle se savait porteuse du virus a accepté d'avance le résultat probable de son action, étant consciente du risque hautement probable de contagion et de la dangerosité du virus, mais qu'elle s'en est accommodée. Difficile cependant d'apprécier – à la lumière des connaissances épidémiologiques et de leur évolution – le caractère probable des lésions qui permettrait de caractériser un dol éventuel et, par conséquent, de pencher pour la prévention de blessures volontaires³⁶. De telles hypothèses demeurent toutefois rares en jurisprudence, puisqu'elles impliquent pour le juge l'exercice malaisé de

28. Voir dans ce sens M.-A. BEERNAERT et al., *op. cit.*, p. 687.

29. *Ibid.*, p. 333.

30. Rappelons que les notions de « coups et blessures » sont interprétées de la même manière s'agissant de lésions volontaires ou involontaires. M.-A. BEERNAERT et al., *op. cit.*, pp. 335 et 336.

31. Voir *supra*.

32. Sur cette notion, voy. D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, *Droit pénal général luxembourgeois*, 2^e éd., Bruxelles, 2004, p. 331.

33. *Ibid.* Tel qu'évoqué ci-dessus, il en va de même pour les lésions involontaires causées par l'administration de substances de nature à altérer gravement la santé réprimée par l'article 412 CP.

34. CSJ corr., 13 février 2001, n° 97/01 V ; CSJ corr., 4 avril 2000, n° 128/00 V.

35. D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 331.

36. Il serait notamment possible à cet égard de s'interroger sur l'acceptation par l'agent du risque de lésions alors même que sont reportés des cas asymptomatiques ou, à l'inverse, des séquelles plus graves en fonction de comorbidités chez la victime contaminée, ou encore un risque accru pour la santé présenté par les variants du coronavirus.

déduire le dol éventuel du caractère objectivement et particulièrement dangereux des agissements du prévenu qui, compte tenu des circonstances de l'espèce, devait nécessairement avoir conscience du risque³⁷. Notons également qu'en cas de décès de la personne contaminée, la caractérisation d'un homicide volontaire est quant à elle invraisemblable, car même si l'on admettait qu'un meurtre – présupposant l'intention spéciale de tuer – puisse être commis par dol éventuel, il est difficile de voir dans le comportement imprudent du porteur du virus l'acceptation d'un risque de mort dont la survenance n'est guère prévisible.

Toutefois, s'agissant des lésions involontaires réprimées par le Code pénal, un obstacle majeur demeure. Il faudrait encore démontrer que le décès respectivement les lésions de la victime sont la suite nécessaire et certaine du comportement fautif³⁸. Indépendamment de savoir si le préjudice est la conséquence directe ou indirecte de la faute, c'est en effet l'exigence de certitude qui constitue « le principal rempart » contre une condamnation du chef d'homicide ou de blessures involontaires³⁹. Il ne suffirait pas en effet d'établir la probabilité que le décès ou les lésions ont été provoqués par le contact avec le porteur du virus qui agit avec imprudence. Le parquet devrait rapporter la preuve d'une causalité certaine, autrement dit démontrer que c'est à cette occasion que la victime a contracté la maladie. Malgré les efforts dans l'identification des chaînes de contamination, comment s'assurer que la victime potentielle n'a pas contracté le virus ailleurs ou encore qu'elle n'a pas elle-même adopté à d'autres occasions un comportement imprudent à l'origine de la contagion⁴⁰? Les mêmes difficultés probatoires peuvent survenir sur le plan de la responsabilité pénale de l'employeur.

III. QUELLE RESPONSABILITÉ PÉNALE DU CHEF D'ENTREPRISE?

Le risque pénal auquel fait face l'entreprise qui ne se conforme pas aux mesures sanitaires préconisées par le gouvernement ne cesse de soulever d'importants questionnements au Luxembourg tout comme dans les pays

voisins. L'article 312-1 du Code du travail fait en effet peser sur l'employeur « l'obligation d'assurer la sécurité et la santé des salariés dans tous les aspects liés au travail ». Elle englobe les activités de prévention des risques professionnels, l'information et la formation des salariés ainsi que la mise en place d'une organisation et des moyens nécessaires⁴¹. Il s'agit du point de vue du droit du travail d'une obligation de résultat qui se décline en période de pandémie à travers toute une série de mesures que l'employeur est tenu de mettre en place afin de lutter contre la propagation du virus et de protéger ainsi les salariés du risque d'infection dans le cadre de leur activité professionnelle. Cela implique notamment le télétravail lorsque l'activité le permet, la mise à disposition d'équipements tels des écrans protecteurs, des masques et du gel hydroalcoolique, l'information des salariés quant à la nécessité de respecter la distanciation sociale et les gestes barrière, la limitation des réunions en présentiel et des voyages professionnels au strict nécessaire, ou encore la désinfection régulière des locaux⁴². Le comportement défaillant de l'employeur peut-il être constitutif d'homicide ou de lésions involontaires lorsque le salarié contracte le virus sur le lieu du travail et décède ou subit des lésions du fait de sa maladie ?

L'éventualité d'une condamnation pénale ne peut certes être écartée, dans la mesure où l'employeur qui s'abstient de mettre en place les mesures nécessaires pour protéger la santé des travailleurs commet bien une faute de prévoyance ou de précaution⁴³. Comme précédemment évoqué, la difficulté réside encore une fois dans la preuve qui doit être rapportée du lien de causalité certain entre la faute et le dommage. C'est cet élément qui complexifie grandement la caractérisation des infractions d'homicide et lésions involontaires⁴⁴, alors même que l'exposition au virus dépasse de loin les frontières de l'entreprise. Peut-on démontrer avec certitude que le salarié a bien contracté l'agent pathogène sur son lieu du travail, alors même que la contamination aurait pu survenir à un tout autre moment en dehors des locaux professionnels, d'une réunion ou d'un voyage d'affaires que l'employeur a souhaité malgré tout maintenir⁴⁵? Il existe sans doute des hypo-

- 37. À titre d'exemple, l'infraction de coups et blessures volontaires par dol éventuel a été retenue par la jurisprudence dans le cas d'un conducteur qui force le passage alors que la victime se trouvait devant le capot du véhicule. Voir CSJ corr., 30 novembre 2015, n° 537/15 VI.
- 38. En effet, tel qu'il est rappelé par la jurisprudence, « l'infraction de coups et blessures involontaires exige la réunion d'un élément matériel, en l'occurrence un défaut de prévoyance et de précaution dans le chef du prévenu, auquel s'ajoute encore l'élément moral, c'est-à-dire une faute d'imprudence, par opposition à la faute intentionnelle en ce sens que le dommage n'a pas été voulu ni même envisagé et finalement un lien de cause à effet entre le comportement reproché au prévenu et les blessures subies par la victime, l'existence de ce lien de causalité devant être certaine », CSJ corr., 19 novembre 2002, n° 311/02 V.
- 39. R. MESA, « L'employeur face aux délits d'imprudence, à la causalité et aux menaces sanitaires dont l'épidémie de Covid-19 », *Jurisprudence Sociale Lamy*, Wolters Kluwer, 23 novembre 2020, n° 508.
- 40. Il importe sur ce point de rappeler que la faute commise par la victime au moment des faits incriminés ne fait pas en principe disparaître la responsabilité pénale de l'auteur, sauf si le dommage est exclusivement dû au comportement tout à fait imprévisible et irrésistible de la victime. M-A. BEERNAERT et al., *op. cit.*, p. 619.
- 41. Art. 312-2 (1) C. trav.
- 42. Un guide détaillé des mesures devant être prises par l'employeur en période de pandémie est accessible sur le portail du Service de santé au travail multisectoriel, à l'adresse <<https://www.stm.lu/covid-19-et-travail-employeur>>.
- 43. Il importe toutefois de noter qu'en matière d'accidents du travail non mortels, les tribunaux luxembourgeois sanctionnent généralement l'employeur ne s'étant pas conformé à la législation en matière de sécurité et de santé au travail par des amendes, des peines d'emprisonnement n'étant prononcée qu'en cas de négligences particulièrement graves. Voir J.-L. PUTZ, *Comprendre et appliquer le droit du travail*, Larcier, 2020, p. 239.
- 44. Dans ce sens R. MESA, « L'employeur face aux délits d'imprudence, à la causalité et aux menaces sanitaires dont l'épidémie de Covid-19 », *Jurisprudence sociale Lamy*, Wolters Kluwer, 23 novembre 2020, n° 508.
- 45. Dans ce sens, B. SERIZAY, « Exposition des salariés au Covid-19 : le risque pénal pour l'employeur », *Liaisons sociales Quotidien - L'actualité*, Wolters Kluwer, 28 mai 2020, n° 18069.

thèses – vraisemblablement limitées – dans lesquelles la chaîne de contamination entre collègues pourrait être établie avec un degré de certitude suffisant, à condition qu'une telle contagion soit survenue en raison du comportement fautif de l'employeur. Imaginons, par exemple, qu'à la suite de l'identification d'un *cluster* au sein de l'entreprise, l'employeur s'abstient de prendre les mesures qui s'imposent pour protéger la santé des autres salariés, en omettant de désinfecter les locaux, en exigeant qu'un travailleur partage dans les locaux de l'entreprise un « *open space* » avec un collègue tout en sachant que celui-ci est une « personne contact », ou encore à participer à une réunion en présentiel alors même que le télétravail ou la visioconférence étaient envisageables.

Alors que, dans l'hypothèse évoquée, une faute consistant dans le non-respect des mesures sanitaires pourrait être directement imputée à l'employeur, il convient également d'envisager le cas de figure où la contamination est plus simplement le résultat du comportement imprudent d'un préposé porteur du virus. Qu'en est-il si, au cours d'une réunion de travail, le salarié contaminé décide d'enlever son masque et omet de respecter les règles de distanciation sociale ? En d'autres termes, dans quelles conditions la responsabilité pénale du dirigeant est-elle engagée lorsque le décès ou les lésions causées à la victime sont provoqués par une faute d'imprudence ou de précaution commise par un préposé porteur du virus ? Dans la mesure où la responsabilité pénale ne peut être que personnelle, il s'agira encore une fois d'apporter la preuve du comportement fautif de l'employeur.

Rappelons que la présente analyse se limite à envisager les infractions pénales de droit commun sanctionnant les atteintes à l'intégrité physique des personnes que pourrait se voir reprocher un employeur. Puisqu'il dispose du pouvoir d'organiser le travail et les infrastructures, l'employeur est en contrepartie tenu par une obligation de surveillance⁴⁶. Ainsi, le « *principe de la responsabilité du chef d'entreprise exige de sa part de veiller personnellement et à tout moment à la constante application des dispositions de la loi et des règlements pris pour son application et sans lui permettre de faire valoir ni son éloignement, ni la faute d'un préposé, ni la faute d'un tiers*⁴⁷ ». Dès lors, « *l'employeur est responsable des agissements de son salarié et il doit répondre de sa faute personnelle de ne*

*pas s'être assuré que son salarié respecte les ordres qu'il a reçus*⁴⁸ ». L'information des salariés quant au respect des gestes barrière et à l'aménagement des conditions de travail pour lutter contre la pandémie est de ce point de vue essentielle, d'autant plus que les mesures sanitaires sont régulièrement mises à jour, renforcées ou à l'inverse allégées suivant l'évolution de la situation sanitaire. Par le passé, la jurisprudence a considéré à titre d'exemple qu'il ne suffit pas à l'employeur « *de faire état d'une note de service ayant une quinzaine d'années d'âge pour échapper à sa responsabilité pénale mais qu'il faut qu'il démontre au surplus que les injonctions y contenues sont à des intervalles réguliers rappelées au personnel de la société*⁴⁹ ».

Il n'est que bon sens de conseiller à l'employeur de communiquer à intervalles réguliers des consignes claires rappelant à l'ensemble du personnel les mesures qui s'imposent dans les locaux de l'entreprise, en cas de symptômes ou de contamination avérée, ou encore lorsqu'un déplacement professionnel est envisagé. En effet, l'employeur échappe à toute responsabilité pénale « *en prouvant qu'il a agi comme l'aurait fait tout homme normalement prudent et diligent, ayant les mêmes pouvoirs et les mêmes fonctions, en alléguant notamment la force majeure ou l'erreur invincible*⁵⁰ ». Il s'agit plus précisément pour l'employeur de démontrer qu'il a lui-même « *été victime d'un événement imprévisible et insurmontable, extérieur à sa personne et échappant à son contrôle*⁵¹ ». Une telle cause de justification pourrait-elle par exemple être invoquée dans le cas où le salarié à l'origine de la contamination n'a pas informé son employeur, alors même qu'il se savait infecté ou savait avoir été exposé au virus ? Or, bien qu'aucune disposition légale n'oblige le salarié à procéder à une telle communication, pèse sur lui une obligation de loyauté et de bonne foi dans l'exécution de son contrat de travail⁵². L'employeur pourrait dès lors faire valoir qu'à défaut d'avoir été informé du risque réel de propagation du virus, il n'a pas été mis en mesure de prendre les dispositions supplémentaires qui s'imposent pour éviter d'ultérieures contagions au sein de l'entreprise.

Enfin, le chef d'entreprise est également exonéré de responsabilité pénale en faisant valoir une délégation de pouvoir⁵³. Cette cause d'exonération est néanmoins encadrée par des conditions précises que les tribunaux interprètent strictement. La délégation doit avant tout

46. J.-L. PUTZ, *Comprendre et appliquer le droit du travail*, op. cit., p. 330.

47. CSJ corr., 8 février 2002, n° 46/02 V.

48. CSJ corr., 18 février 2003, n° 47/03 V.

49. CSJ corr., 13 décembre 2010, n° 493/10 VI.

50. CSJ corr., 14 mars 2000, n° 99/00 V.

51. CSJ corr., 14 mars 2006, n° 126/06 V.

52. En effet, les obligations en matière de sécurité et santé au travail n'incombent pas exclusivement à l'employeur, mais également aux salariés. En particulier, l'article 313-1 du Code du travail impose à ce dernier de « *signaler immédiatement, à l'employeur et/ou aux salariés désignés et aux délégués à la sécurité et à la santé, toute situation de travail dont ils ont un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et immédiat pour la sécurité et la santé ainsi que toute défectuosité constatée dans les systèmes de protection* ».

53. Sur l'imputabilité d'une infraction au chef d'entreprise et les conditions que doit revêtir la délégation de pouvoir exonératoire de responsabilité, voir D. SPIELMANN et A. SPIELMANN, op. cit., p. 351 ; D. PHILIPPE et C. NOTTÉ, « *Responsabilité pénale des personnes morales et délégation de pouvoirs. Aperçu de la situation en Belgique et au Luxembourg* », *Annales du droit luxembourgeois*, Bruxelles, 2004, vol. 14, pp. 163-274.

être sérieuse et effective⁵⁴, en d'autres termes, être faite par le dirigeant au profit d'un « *préposé investi par lui et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions de la loi, auquel cas sa responsabilité est transférée à son délégué*⁵⁵ ». Ce caractère effectif permet ainsi d'éviter que le chef d'entreprise se décharge trop aisément de sa responsabilité pénale en matière de sécurité et de santé, et ce à deux égards. D'une part, le préposé délégué doit disposer de moyens réels pour exercer ses pouvoirs de contrôle. D'autre part, il incombe au délégué de surveiller l'exécution correcte de la délégation⁵⁶. La jurisprudence a retenu à titre d'exemple que les employeurs qui, après avoir délégué le pouvoir de gestion, se désintéressent des affaires de l'entreprise demeurent pénallement responsables « *s'ils ont omis de donner des instructions nécessaires ou encore se sont désintéressés de leur exécution ou ont manqué à leur obligation de surveillance*⁵⁷ ».

IV. RISQUE DE CONTAMINATION ET NON-ASSISTANCE À PERSONNE EN DANGER

Les infractions d'homicide et lésions corporelles involontaires étant des infractions matérielles, d'éventuelles poursuites presupposent que le comportement fautif ait causé une atteinte avérée à l'intégrité physique de la victime. La responsabilité pénale de droit commun peut-elle être engagée lorsque le non-respect des mesures sanitaires n'a pas engendré de dommage, mais un simple risque ou danger de contamination à la Covid-19 ? La question s'est posée en France, après qu'un syndicat a porté plainte contre une chaîne de supermarché pour n'avoir installé que tardivement des vitres en plexiglas protégeant les caissières. Parmi les chefs d'accusation invoqués figurait entre autres la non-assistance en personne en danger⁵⁸.

Le délit est également incriminé aux articles 410-1 et 410-2 du Code pénal luxembourgeois. Le texte vise à sanctionner une inertie criminelle consistant dans l'absention ou l'omission de porter secours indépendamment de l'existence d'obligations ou de prescription légales particulières. Tel qu'il est rappelé par la jurisprudence, l'infraction de non-assistance à personne en danger se caractérise par « *la nature morale de l'obligation qu'elle sanctionne, laquelle est nécessairement un devoir de solidarité humaine, voire sociale. Le délit d'abstention de porter secours est un délit d'attitude devant une situation*

*apparente, le législateur ayant voulu sanctionner le défaut de solidarité humaine et sociale manifesté par le comportement lâche ou désinvolte devant la détresse d'autrui*⁵⁹ ». Or, l'omission d'adopter des mesures faisant obstacle à la propagation du virus est-elle constitutive d'une abstention volontaire de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave au sens de l'article 410-1 du Code pénal ?

Encore faut-il que l'exposition au virus puisse être qualifiée de péril réel et imminent de nature à justifier une prompte intervention⁶⁰. Compte tenu de l'évolution de la pandémie et de la gravité des mesures exceptionnelles prises par les autorités publiques depuis plus d'un an, nul ne doute de la dangerosité de la Covid-19, qui constitue bien un danger grave et réel pour la santé humaine. Cependant, il ne suffit pas de constater un danger généralisé de contagion ni de caractériser un péril éventuel ou hypothétique. Le danger doit impérativement revêtir un caractère actuel, justifiant dès lors qu'il puisse être fait obligation d'intervenir⁶¹ lorsque l'auteur avait conscience du péril ou du risque auquel était exposé autrui⁶². La caractérisation du péril ainsi défini est loin d'être aisée lorsqu'elle consiste dans l'exposition à un agent pathogène pouvant être contracté par quiconque, à tout moment et endroit au sein de la société. Il s'agit de constater au regard des circonstances spécifiques de l'espèce si et à partir de quand le risque de contagion peut passer d'une simple éventualité ou probabilité de lésions à un danger imminent pour la vie ou la santé d'une personne. S'ajoute à cela la nécessité de démontrer que l'abstinent avait connaissance de l'imminence du péril et que, malgré cela, il s'est volontairement abstenu de prêter secours à un tiers. Mais cela ne présuppose-t-il pas pour l'abstinent de savoir que la victime se trouvait au contact de personnes effectivement porteuses du virus ou potentiellement à même de le transmettre ?

Certes, le délit de non-assistance à personne en danger n'exige pas parmi ses éléments constitutifs que le danger se soit effectivement réalisé et qu'il ait produit ses effets⁶³. Même en admettant qu'une exposition au virus puisse être constitutive dans un cas donné de danger grave, réel et actuel, il importe de rappeler que le délit inscrit à l'article 410-1 du Code pénal punit une abstention coupable, autrement dit l'omission de prendre un acte positif d'assistance. C'est l'un des éléments constitutifs qui distingue la non-assistance de la mise en danger délibérée d'autrui.

54. J.-L. PUTZ, *Comprendre et appliquer le droit du travail*, op. cit., p. 330.

55. CSJ corr., 15 mars 2005, n° 136/05 V.

56. Voir sur ce point J.-L. PUTZ, *La responsabilité pénale des personnes morales*, op. cit. p. 28.

57. CSJ corr., 24 mars 2010, n° 151/10 X.

58. A. VIOTTOLO et F. TEITGEN, op. cit.

59. CSJ crim., 27 février 2019, 8/19.

60. M.-A. BEERNAERT et al., op. cit., pp. 705 et s.

61. CSJ corr., 15 mai 2001, n° 164/01 V.

62. CSJ corr., 15 mai 2001, n° 164/01 V.

63. M.-A. BEERNAERT et al., op. cit., p. 706.

V. DE L'OPPORTUNITÉ D'INCRIMINER LA MISE EN DANGER DÉLIBÉRÉE D'AUTRUI

À l'exception de la tentative de meurtre⁶⁴, la répression pénale des infractions portant atteinte à l'intégrité physique de la victime présuppose la réalisation d'un dommage. En effet, à l'instar de la responsabilité civile, la faute la plus légère suffit à engager la responsabilité pénale de l'auteur d'homicide ou de coups et blessures involontaires, à condition que le décès, respectivement une atteinte à l'intégrité physique de la victime soient survenus⁶⁵. À défaut de dommage, une faute bien que particulièrement grave qui expose un tiers à un risque de mort ou de blessures ne saurait être sanctionnée au titre des articles 418 à 422 du Code pénal. Le gouvernement y a vu un traitement inéquitable qui laisserait en fin de compte dépendre la répression du hasard : une personne qui prend en connaissance de cause un risque et met ainsi délibérément en danger la vie d'un tiers qui, par chance, en ressortira indemne sera poursuivie tout au plus pour des infractions mineures, alors que le même comportement commis par maladresse ou inattention est sanctionné par des peines correctionnelles au cas où il aurait causé un préjudice corporel⁶⁶.

Pour y pallier, le projet de loi n° 7204 présenté par le gouvernement en 2017 propose d'introduire dans le Code pénal une nouvelle infraction de mise en danger délibérée d'autrui⁶⁷. Sa définition s'inspire fortement du libellé de l'article 223-1 du Code pénal français⁶⁸. En effet, tel qu'il figure dans le projet de loi, la nouvelle incrimination se définit comme « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement*⁶⁹ ». La peine correctionnelle encourue par l'auteur est d'un mois à trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 euros à 5000 euros, ou d'une de ces peines seulement⁷⁰.

Soulignons d'emblée que le projet de loi n'a pas à ce jour été adopté, difficile même de prévoir s'il va l'être un jour compte tenu des nombreuses critiques dont il a fait l'objet au fil des travaux parlementaires⁷¹. Il n'en demeure pas moins que la

pandémie en cours interroge quant à l'opportunité d'introduire une telle infraction de prévention. Est-il souhaitable de sanctionner pénalement l'infraction de « mise en danger » commise par l'organisateur d'une fête ou l'employeur qui viole en pleine connaissance de cause les mesures visant à empêcher la propagation du virus et qui, de ce fait, expose délibérément des tiers ou encore ses salariés à un risque de contagion ? Pour répondre à cette question, il convient d'analyser de plus près les éléments constitutifs du délit de mise en danger d'autrui et d'identifier les multiples difficultés que pose son application dans la pratique.

A. La violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence

Parmi les éléments constitutifs de l'infraction figure en premier lieu la violation d'une « *obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement*⁷² ». Le projet de loi ne vise donc pas à sanctionner pénalement tout manquement à un devoir général de sécurité ou de prudence, mais uniquement les cas dans lesquels ce devoir revêt un caractère « *particulier* ». Il faut entendre par là la violation d'une règle objective et dont le libellé est à ce point clair et précis qu'il exclut toute interprétation subjective⁷³. En d'autres termes, la mise en danger délibérée de la vie d'autrui ne peut résulter que d'un manquement à une obligation « *qui impose un modèle de conduite circonstanciée précisant très exactement la conduite à avoir dans telle ou telle situation*⁷⁴ ».

Dictée par les exigences accrues de prévisibilité de la loi pénale, cette interprétation restrictive est d'autant plus évidente à la lecture de la jurisprudence française⁷⁵, qui exige que le texte violé soit « *suffisamment précis pour que soit déterminable sans équivoque la conduite à tenir dans telle ou telle situation et pour que les écarts à ce modèle puissent être aisément identifiés comme hypothèses de mise en danger*⁷⁶ ». Si de telles conditions sont remplies, la disposition violée est susceptible d'être qualifiée de mise en danger soit lorsqu'elle impose de ne pas porter atteinte à la vie ou à l'intégrité d'autrui (obligation de sécurité), soit lorsqu'elle prescrit une attitude refléchie face aux conséquences que de tels actes peuvent avoir (obligation de prudence)⁷⁷.

- 64. Citons à titre d'exemple la condamnation de deux personnes sur la base des infractions visées aux articles 528 et 529 du Code pénal pour avoir lancé à plusieurs reprises des pierres et bouteilles sur des véhicules circulant sur l'autoroute, qui par chance n'ont blessé aucun automobiliste. Voir Trib. arr. Luxembourg, ch. crim., 19 janvier 2017, n° 3/2017.
- 65. Projet de loi n° 7204, avis du parquet général du 5 décembre 2017, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/03, p. 1.
- 66. Projet de loi n° 7204 portant 1) introduction en droit luxembourgeois de l'infraction de la mise en danger délibérée d'autrui ; 2) modification du Code pénal ; 3) modification du Code de procédure pénale, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/00.
- 67. *Ibid.*
- 68. L'incrimination a été introduite en France par la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992. Notons à l'inverse qu'une telle infraction n'existe pas en droit belge.
- 69. Art. 422-1 CP tel que figurant dans le projet de loi n° 7204, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/00.
- 70. *Ibid.*
- 71. Voir *infra*.
- 72. Art. 422-1 CP tel que figurant dans le projet de loi n° 7204, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/00.
- 73. *Ibid.*, p. 4.
- 74. M. PUECH, « De la mise en danger d'autrui », *Rec. Dalloz*, 1994, chron., p. 153.
- 75. J.-Y. MARÉCHAL, « Atteintes involontaires à la vie ou l'intégrité de la personne », *JurisClasseur Pénal*, LexisNexis, 8 janvier 2021.
- 76. D. CARON, « Risques causés à autrui », *JurisClasseur Pénal*, LexisNexis, articles 223-1 et 223-2, fascicule 20, n° 24.
- 77. Projet de loi n° 7204, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/00, p. 4.

Notons enfin que le texte de l'incrimination ajoute sur ce point une condition supplémentaire dans la mesure où il est fait expressément référence aux obligations imposées par la loi ou le règlement. La lecture qui en est faite par la Cour de cassation française préconise une conception formelle des dispositions législatives et réglementaires visées, excluant notamment les règles émanant des autorités privées⁷⁸. Comme le note le Conseil d'État dans son avis, « *le non-respect de prescriptions professionnelles, en particulier dans le domaine de la sécurité au travail ou de la santé, ne peut pas donner lieu à application du nouveau dispositif pénal sauf dans l'hypothèse où ce dispositif professionnel a été avalisé ou rendu obligatoire par un acte de la puissance publique*⁷⁹ ».

Il s'ensuit que seul le non-respect des mesures sanitaires édictées par une loi ou un règlement grand-ducal serait susceptible de caractériser une mise en danger délibérée d'autrui, à condition que ces mesures soient à ce point précises qu'elles ne laissent aucun doute quant à l'attitude à adopter dans une situation déterminée. En supposant que certaines des restrictions et obligations figurant dans la loi modifiée du 17 juillet 2020 puissent remplir cette double condition de précision et prévisibilité, il importe de rappeler que le non-respect de ces mesures fait d'ores et déjà l'objet de sanctions⁸⁰. Dès lors, la criminalisation de la mise en danger délibérée d'autrui n'est pas sans soulever des questionnements sur un plan de politique pénale. Bien que les rédacteurs du projet de loi aient avant tout visé le domaine de la circulation routière, le champ d'application illimité de la nouvelle incrimination risquerait d'aboutir à « *une correctionnalisation systématique du non-respect d'obligations de sécurité sanctionné au titre de contravention*⁸¹ », et ce dans les domaines les plus divers, allant du droit du travail à la protection de l'environnement⁸². Cette crainte exprimée au cours des travaux parlementaires doit néanmoins être relativisée compte tenu des difficultés pratiques que soulève l'infraction d'un point de vue probatoire.

B. Exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures

Le second élément constitutif de l'infraction réside dans l'exposition d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une

infirmité permanente. Le préjudice corporel qu'est susceptible d'engendrer la violation d'une règle particulière de sécurité ou de prudence doit donc revêtir une gravité particulière, ce qui exclut de simples blessures ou une maladie curable n'ayant pas de séquelles irréversibles⁸³. Sur ce point, la difficulté réside dans le caractère virtuel de l'atteinte à l'intégrité physique. Comment apprécier le degré de dangerosité d'un comportement alors même que le risque « relève toujours de la spéculation », sans pour autant tomber dans l'arbitraire⁸⁴? N'y a-t-il pas là une potentielle violation des exigences de spécification de l'incrimination⁸⁵? C'est l'une des principales critiques soulevées à l'encontre du projet de loi car, comme l'a souligné le Conseil d'État, « *un raisonnement en termes de probabilités, qu'elles soient favorables ou préjudiciables, s'articule mal avec le droit pénal qui est d'interprétation stricte et qui est régi par le principe de légalité des incriminations*⁸⁶ ».

La difficulté est en réalité double. D'une part, il reviendrait au juge d'établir un risque de mort ou de blessures réel, concret et non hypothétique. Cependant, il ne saurait être présumé, mais doit résulter du niveau de dangerosité du comportement combiné avec les circonstances de l'espèce⁸⁷. D'autre part, le comportement incriminé doit être de nature à impliquer une forte probabilité de dommage, autrement dit un lien de causalité direct et immédiat entre la violation d'une règle de sécurité et le risque auquel est exposé le tiers⁸⁸. L'exposition au risque implique par conséquent un « *calcul de probabilités*⁸⁹ », afin de déterminer si le comportement de l'auteur était de nature à exposer le tiers à un risque direct et immédiat.

Or, établir au-delà de tout doute la dangerosité « potentiellement certaine » d'un acte constitue un véritable défi en termes de preuve⁹⁰, qui plus est lorsque le danger résulte d'un virus jusqu'il y a peu méconnu et à propos duquel les connaissances scientifiques ne sont encore que limitées. Certes, l'importance des expertises et l'utilisation des données scientifiques en facilitent sans doute l'appréciation⁹¹. La preuve du lien de causalité reste toutefois particulièrement difficile à rapporter : le parquet tout comme le juge ne pourraient se contenter de déduire la pertinence du risque de la seule gravité de l'acte imprudent, au risque de transformer « *la preuve de la causalité*

78. J.-Y. MARÉCHAL, *op. cit.*

79. Projet de loi n° 7204, avis du Conseil d'État du 9 octobre 2018, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/06, p. 3.

80. Art. 11 et 12 de la loi modifiée du 17 juillet 2020 portant introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19.

81. Projet de loi n° 7204, avis de la Chambre des salariés du 19 juin 2018, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/04, p. 2.

82. Projet de loi n° 7204, avis de la Chambre du commerce du 22 février 2018, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/01.

83. Projet de loi n° 7204, avis de la Cour supérieure de Justice du 22 février 2018, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/02, p. 2.

84. *Ibid.*

85. *Ibid.*

86. Projet de loi n° 7204, avis du Conseil d'État du 9 octobre 2018, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/06, p. 4.

87. Projet de loi n° 7204, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/00, p.5.

88. *Ibid.*

89. J.-Y. MARÉCHAL, *op. cit.*

90. Projet de loi n° 7204, avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg du 20 février 2019, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 7204/07, p. 6.

91. Projet de loi n° 7204, avis du Conseil d'État du 9 octobre 2018, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/06, p. 4.

en mécanisme de présomption de causalité⁹² ». Le parquet devrait à l'inverse « énumérer les circonstances objectives concrètes qui font qu'il y a eu effectivement exposition au risque qualifié exigé par la loi », dans la mesure où « un manquement même extrêmement grave à une obligation particulière de sécurité ou de prudence ne suffit pas à lui seul à caractériser l'infraction⁹³ ».

Il va sans dire que l'exigence du lien causal interprété strictement réduit davantage le champ d'application de l'incrimination. Ainsi, par exemple, une personne saine qui viole une mesure de confinement n'expose pas les tiers à un risque immédiat de contamination, l'élément matériel de l'infraction de mise en danger faisant donc défaut⁹⁴. L'exposition à un risque direct pourrait en revanche être retenue lorsqu'elle résulte du comportement fautif commis par une personne malade. Bien que la Cour de cassation française ait exclu il y a un an que cet élément constitutif de l'infraction puisse être caractérisé au regard des données épidémiologiques disponibles à l'époque⁹⁵, force est de constater que l'évolution de l'épidémie ainsi que l'apparition de variants ne laissent pas de doute quant à la dangerosité du virus.

Des incertitudes quant à l'exposition à un risque immédiat de contamination peuvent cependant survenir, notamment si l'on s'interroge sur une éventuelle responsabilité pénale de l'employeur qui n'aurait pas respecté une obligation suffisamment précise lui incombeant en vertu d'une loi. Certes, l'infraction de mise en danger délibérée d'autrui n'exige pas que le manquement aux obligations de sécurité ou de prudence soit la cause exclusive du risque⁹⁶, de sorte que la condition de causalité immédiate serait remplie par exemple dans le chef d'une entreprise qui s'abstient délibérément de mettre en place des mesures sanitaires imposées par un texte législatif bien que des cas positifs au coronavirus aient été signalés en son sein. Mais qu'en est-il lorsque l'employeur réagit tardivement ou qu'il ne met en place qu'une partie des mesures barrière ? Si de telles défaillances sont à l'origine d'une exposition « directe » des salariés à un risque de contamination, s'agit-il pour autant d'un risque « immédiat » de mort ou de blessures mutilantes⁹⁷ ? Difficile d'y répondre en termes absolus, dans la mesure où l'appréciation du degré et de l'immédiateté de l'exposition au risque dépen-

dra en tout état de cause des circonstances spécifiques de l'espèce. Il en va de même pour l'élément moral de l'infraction.

C. Une violation manifestement délibérée

L'un des aspects les plus débattus de l'infraction de mise en danger délibérée d'autrui réside dans son élément moral. Celui-ci consiste en une méconnaissance délibérée ou, pour reprendre la formule utilisée dans le projet de loi, « *dans la volonté manifeste de violer une obligation de sécurité ou de prudence sans rechercher un quelconque résultat dommageable⁹⁸* ». C'est ce que le droit français qualifie de « *faute caractérisée* », une notion dont la doctrine peine à délimiter les contours et qui n'a pas à ce jour d'équivalent en droit luxembourgeois. Les difficultés résident avant tout dans la distinction tenue entre la faute caractérisée et la simple imprudence ou négligence. Les deux notions se distinguent en théorie par la seule précision selon laquelle le comportement « *doit avoir exposé autrui à un risque ne pouvant être ignoré du prévenu⁹⁹* ». Tant la jurisprudence que la doctrine française hésitent quant à la nature exacte de la faute caractérisée, qui pour certains relève de l'intention, pour d'autres d'une imprudence aggravée ou encore de dol éventuel¹⁰⁰. Le projet de loi luxembourgeois ne fait cependant pas état de ces hésitations, se limitant à rappeler que l'infraction de mise en danger délibérée d'autrui a bien introduit en droit français « *une catégorie nouvelle de faute autonome située entre la faute ordinaire et le dol¹⁰¹* ».

Mais alors que l'article 121-3 du Code pénal français s'efforce de classifier les différentes catégories de fautes, il n'existe pas de disposition similaire en droit luxembourgeois, de sorte que l'introduction du concept de « *faute caractérisée* » a dès le départ été écartée par le législateur¹⁰². Le projet de loi propose à la place la catégorie du dol éventuel, en admettant cependant que la notion reste difficile à cerner en ce que proche de la faute non intentionnelle¹⁰³. L'exposé des motifs fait en effet référence à une forme d'*« imprévoyance consciente en ce que l'auteur viole délibérément une obligation de sécurité ou de prudence tout en devant être conscient des conséquences dommageables que son comportement peut avoir¹⁰⁴* ».

92. *Ibid.*

93. Projet de loi n° 7204, avis du parquet général du 5 décembre 2017, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/03, p. 2. Également dans ce sens Projet de loi 7204, avis des parquets de Luxembourg et de Diekirch du 15 janvier 2018, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/02, p. 5.

94. J.-P. PIERRER, « Le droit pénal du danger », *Rec. Dalloz*, 2020, p. 973.

95. P.-H. GOUT et C. BOOG, « La mise en danger d'autrui à l'aune de l'épidémie de Covid-19 : un risque pénal à ne pas négliger », *Lamyline – Actualités du droit/Pénal*, Wolters Kluwer, 26 juin 2020.

96. Projet de loi n° 7204, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/00, p. 5.

97. R. MESA, « L'employeur face aux délits d'imprudence, à la causalité et aux menaces sanitaires dont l'épidémie de Covid-19 », *Jurisprudence Sociale Lamy*, Wolters Kluwer, 23 novembre 2020, n° 508.

98. Projet de loi n° 7204, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/00, p. 4.

99. J.-Y. MARÉCHAL, *op. cit.*

100. *Ibid.*

101. Projet de loi n° 7204, avis du Conseil d'État du 9 octobre 2018, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/06, p. 3.

102. Projet de loi n° 7204, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/00, p. 3.

103. Voir *supra*.

104. Projet de loi n° 7204, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/00.

Le dol éventuel paraît, il est vrai, un choix logique¹⁰⁵, d'autant plus que la Cour de cassation française a elle-même explicitement évoqué le caractère intentionnel de l'infraction¹⁰⁶. Son appréciation par le juge reste néanmoins un exercice délicat, qu'il s'agisse de démontrer une faute caractérisée ou un *dolus eventualis*. Comment déterminer si la violation manifeste d'une règle de sécurité est le résultat d'une simple négligence ou au contraire d'une volonté manifeste de transgression de la règle¹⁰⁷? Telle qu'interprétée par la jurisprudence française, la faute caractérisée se distingue par « *l'hostilité à l'application de la norme* » que l'auteur de l'infraction a manifestée¹⁰⁸. Dès lors, la violation ne serait pas manifestement délibérée dans le cas où l'employeur aurait adopté certaines mesures sanitaires démontrant ainsi sa bonne foi¹⁰⁹. De même, une personne malade sans le savoir qui déroge à une mesure de confinement ne viole pas délibérément une obligation particulière de sécurité, puisqu'elle n'agit pas en pleine connaissance de cause¹¹⁰. Des interrogations similaires s'imposent au cas où l'infraction de mise en danger d'autrui impliquerait la preuve d'un dol éventuel. Comme rappelé précédemment, cela exigerait de démontrer à la lumière des circonstances de l'espèce que l'auteur a accepté le résultat probable de son action¹¹¹. Mais alors qu'en cas d'homicide ou de lésions corporelles volontaires il est question d'un risque de mort ou de lésions, dans l'hypothèse du délit de mise en danger d'autrui, l'acceptation du risque consisterait non pas dans un dommage avéré, mais dans la conscience du péril auquel l'on expose un tiers. Certes, il n'est pas exigé que l'auteur ait eu l'intention spéciale de mettre autrui en danger¹¹². Mais alors, quels critères objectifs un juge devrait-il prendre en compte pour que l'appréciation de l'élément intentionnel n'aboutisse pas à des conclusions arbitraires ?

VI. CONCLUSIONS

Le non-respect des mesures sanitaires visant à lutter contre la Covid-19 est susceptible d'engager, du moins en théorie, la responsabilité pénale de droit commun du

contrevenant. Le Luxembourg n'ayant pas incriminé à ce jour la mise en danger délibérée d'autrui, seules deux hypothèses pourraient justifier d'éventuelles poursuites : celle d'une faute non intentionnelle étant la cause nécessaire et certaine d'une atteinte à l'intégrité physique de la victime, d'une part, et, d'autre part, l'abstention de prêter secours à un tiers exposé à un péril grave et imminent. La caractérisation des infractions d'homicide et de lésions involontaires, tout comme du délit de non-assistance à personne en danger, soulève cependant de nombreuses interrogations compte tenu notamment des exigences probatoires propres à la matière pénale. Tel qu'il a été démontré, les difficultés résident notamment dans la preuve d'un lien de causalité certain, de même que dans la caractérisation de l'élément moral des infractions en cause.

Si l'engagement de la responsabilité pénale de droit commun en cas de contamination ou d'exposition au risque de contamination ne va pas de soi¹¹³, le risque pénal en cas de non-respect des mesures sanitaires reste bien réel, notamment dans le chef de l'employeur. Outre les sanctions spécifiques introduites par la loi du 17 juillet 2020¹¹⁴, nombreuses sont les dispositions du Code du travail qui réprimant le manquement à l'obligation de protéger la santé de salariés¹¹⁵. Citons parmi d'autres les peines correctionnelles prévues à l'article 314-4 du Code du travail lorsque l'employeur s'abstient de prendre les mesures nécessaires à assurer la santé physique et psychique des salariés en violation de l'article 312-3 dudit Code¹¹⁶, ou encore celles édictées à l'article 351-5 du Code du travail sanctionnant les infractions aux dispositions légales destinées à prévenir les risques liés à l'exposition des salariés à des agents biologiques¹¹⁷, parmi lesquels est classé le coronavirus¹¹⁸. Reste à savoir si et dans quelle mesure les juridictions luxembourgeoises seront amenées à l'avenir à faire application de ces textes. ■

105. Voir dans ce sens, projet de loi n° 7204, avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg du 20 février 2019, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 7204/07, p. 6. Curieusement, le Conseil d'État notait dans son avis que la notion de dol éventuel est méconnue en droit luxembourgeois, alors même que la jurisprudence y fait explicitement référence.

106. *Cass. crim.*, 9 mars 1999, *D.*, 2000, p. 81, note M. -C. Sordino et A. Ponseille.

107. Projet de loi n° 7204, avis de la Cour supérieure de justice du 22 février 2018, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/02, p. 2.

108. M. LEDOUX, « À propos du délit de mise en danger de la vie d'autrui et de l'exposition au Covid-19 », *Semaine sociale Lamy*, Wolters Kluwer, 10 avril 2020, p. 13.

109. *Ibid.* À l'inverse, l'infraction serait caractérisée dans le chef d'un employeur qui s'abstient délibérément de mettre en place dans ses locaux les mesures sanitaires spécifiques visant à empêcher la propagation du virus, en acceptant ainsi d'exposer les salariés à un risque de contamination. Dans ce sens, P.-H. Gout et C. Boog, *op. cit.*

110. J.-P. PIERRER, *op. cit.*

111. Voir *supra*.

112. Projet de loi n° 7204, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 7204/00, p. 5.

113. Il importe cependant de rappeler que l'absence de faute pénale en cas d'homicide et de coups et blessures involontaires ne fait cependant pas obstacle à la réparation du dommage devant les juridictions civiles. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2017, l'article 3, alinéa 6, du Code pénal prévoit une exception à l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. La disposition ne remet cependant pas en cause l'unité de la faute pénale et civile, contrairement au droit français qui a abandonné ce principe au profit de la dualité des fautes par la loi dite Fauchon du 10 juillet 2000.

114. Art. 11 et 12 de la loi modifiée du 17 juillet 2020.

115. J.-L. PUTZ, *Comprendre et appliquer le droit du travail*, *op. cit.*, p. 284.

116. L'art. 314-4 du Code du travail édicte des peines d'emprisonnement pouvant aller de huit jours à six mois et des amendes de 251 à 25 000 euros.

117. Art. 351-1 et s. C. trav.

118. Règlement grand-ducal du 17 mars 2021 modifiant le règlement grand-ducal modifié du 4 novembre 1994 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail, *Mém. A/J.O.G.D.L.* n° 240 du 25 mars 2021.

Jurisprudence

TRIBUNAL DE POLICE DE DIEKIRCH, 21 JUILLET 2020

Jugement n° 170/2020

Comp. : P. PROBST
Min. pub. : M. RISCH

ERREUR DE DROIT – Cause d'irresponsabilité pénale – Législation Covid-19 – Intention infractionnelle – Contravention – Erreur invincible – Principe de sécurité juridique

Rarement retenue comme cause d'irresponsabilité pénale, l'erreur de droit fut néanmoins avancée par un prévenu qui fut suivi en ses explications par le tribunal de police de Diekirch dans son jugement du 21 juillet 2020, lequel concerne la législation d'urgence prise en raison de l'épidémie de Covid-19.

C'est justement en raison de cette législation foisonnante, parfois désorganisée, peu lisible et accessible, que le tribunal de police se prononça en faveur de l'acquittement, considérant que le prévenu avait démontré avoir été la victime d'une erreur invincible, renversant la présomption selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi ».

Au-delà de ce cas d'espèce anecdotique aux conséquences concrètes limitées, c'est la conformité de l'ensemble de la réglementation, notamment pénale, liée à la pandémie avec les principes fondamentaux de légalité criminelle et de sécurité juridique que le jugement remet en cause.

Cette décision est commentée par Florent Kirmann en page 29 de ce numéro.

EXTRAITS

Le Parquet reproche au prévenu A :

comme auteur ayant commis lui-même l'infraction,

le 17 mai 2020 vers 18.30 heures, dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch, à Insenborn, à la plage du lac de la Haute-Sûre « Fuussefeld », sans préjudice quant aux indications de temps ou de lieu plus exactes,

en infraction à l'article 1^{er}, sanctionné par l'article 2 du règlement du 3 avril 2020 de la commune d'Esch-sur-Sûre portant fermeture des plages du lac de la Haute-Sûre,

avoir violé la décision de fermeture des plages du lac de la Haute-Sûre en accédant à la plage du lac de la Haute-Sûre « Fuussefeld ».

Il ressort des éléments du dossier soumis au tribunal que dans le cadre de la lutte contre le coronavirus communément appelé « COVID-19 » et la crise sanitaire que nous

traversons depuis le courant du mois de mars 2020, le collège échevinal de la commune de Esch-sur-Sûre a ordonné par un règlement d'urgence du 3 avril 2020 la fermeture des plages du lac de la Haute-Sûre, en prenant soin de sanctionner les violations au dit règlement d'une amende de police de 25 à 250 euros. Ce règlement d'urgence a été confirmé conformément à la loi par le conseil communal en sa séance publique du 15 mai 2020 et publié le 20 mai 2020.

Aux termes de l'article 107 de la Constitution instaurant une autonomie communale et des dispositions légales visées ci-après, les autorités communales, pour des motifs liés à la santé publique, sont en principe habilitées à prendre des mesures de police par voie de règlements communaux, tel qu'en l'espèce la fermeture des plages situées sur les rives du lac de la Haute-Sûre.

Pour justifier plus en avant la mesure de fermeture des plages, le collège des bourgmestre et échevins s'est référé, outre à l'autonomie communale que lui confère

l'article 107 de la Constitution, aux articles 49 et 50 du décret du 14 décembre 1789 relatif à la constitution des municipalités, à l'article 3 du titre XI du décret du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, qui confère au maire le pouvoir de police sur le territoire de sa commune et plus spécialement le pouvoir de faire cesser les épidémies et l'article 58 de la loi communale du 13 décembre 1988, qui confère aux bourgmestres et échevins en cas d'émeutes, d'attroupements hostiles, d'atteintes ou de menaces graves à la paix publique ou d'autres événements imprévus, lorsque le moindre retard peut occasionner des dangers ou des dommages pour les habitants le pouvoir de faire des règlements et ordonnances de police, à charge d'en donner communication au conseil et d'en envoyer immédiatement copie au ministre de l'Intérieur et au commissaire de district, en exposant les motifs pour lesquels ils ont cru devoir se dispenser de recourir au conseil communal.

Le collège des bourgmestre et échevins a encore motivé le règlement d'urgence du 3 avril 2020 litigieux en arguant du fait « qu'il y a lieu de limiter les contacts entre les personnes physiques pour empêcher la propagation du virus ».

Force est cependant de constater que dans les cas d'un état de crise déclaré en conformité à l'article 32 (4) de la Constitution en présence d'une menace réelle pour les intérêts vitaux de la population et la nécessité de prendre des mesures urgentes et immédiates indispensables afin de protéger la population, au-delà la prédicté mesure de fermeture des plages du lac de la Haute-Sûre, le Règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19, est venu instaurer au niveau national toute une série de mesures pour limiter la propagation du virus.

L'article 32 (4) de la constitution est formulé comme suit : « en cas de crise internationale, de menaces réelles pour les intérêts vitaux de tout ou partie de la population ou de péril imminent résultant d'atteintes graves à la sécurité publique, le Grand-Duc, après avoir constaté l'urgence résultant de l'impossibilité de la Chambre des Députés de légiférer dans les délais appropriés, peut prendre en toutes matières des mesures réglementaires.

Ces mesures peuvent déroger à des lois existantes. Elles doivent être nécessaires, adéquates et proportionnées au but poursuivi et être conformes à la Constitution et aux traités internationaux.

La prorogation de l'état de crise au-delà de dix jours ne peut être décidée que par une ou plusieurs lois votées dans les conditions de l'article 114, alinéa 2, de la Constitution, qui en fixe la durée sans que la prorogation ne puisse dépasser une durée maximale de trois mois.

Tous les règlements pris en vertu de la présente disposition cessent leurs effets au plus tard à la fin de l'état de crise ».

Le règlement grand-ducal du 18 mars 2020 a subi plusieurs adaptations des mesures prises à la situation sanitaire du moment. Ainsi, dans sa version initiale, le législateur avait interdit, sauf exceptions expressément visées, la circulation sur la voie publique de toute personne physique (article 1^{er}). Une des exceptions avait plus spécialement autorisé la population de vaquer à des activités de loisirs en plein air à titre individuel ou limitées aux personnes qui cohabitent, sans aucun rassemblement et sous condition de respecter une distance interpersonnelle de deux mètres.

Par une nouvelle modification apportée au règlement grand-ducal de base en date du 15 mai 2020 et entamant un déconfinement progressif de la population du pays, les regroupements en plein air dans un lieu public, pour un nombre maximal de vingt personnes, ont expressément été autorisés.

Quant aux faits, le prévenu ne conteste pas avoir séjourné le 17 mai 2020 sur une des plages visées par la décision de fermeture ordonnée par le règlement communal litigieux. Il invoque avoir agi en ayant été dans l'ignorance de cette réglementation communale et en s'étant estimé autorisé à se déplacer sur les rives du lac de la Haute-Sûre au vu de l'entrée en vigueur deux jours avant les faits incriminés, du règlement grand-ducal du 15 mai 2020 ainsi que de l'annonce dans les médias que les personnes étaient autorisées à séjourner à nouveau en groupes limités dans la nature. Il invoque partant l'erreur de droit.

Abstraction faite de l'appréciation de la légalité du règlement communal d'urgence du 3 avril 2020 – le collège échevinal de la commune d'Esch-sur-Sûre n'ayant pas motivé spécialement son interdiction d'accès aux plages par l'existence aux endroits indiqués d'un danger de contamination spécifique autre que le danger plus généralement visé par les règlements grand-ducaux successifs – les justiciables ont vu leurs libertés individuelles fortement restreintes par deux réglementations d'exception, qui se trouvent être antinomiques en leurs points essentiels.

En effet, si le règlement communal d'urgence du 3 avril 2020 a interdit l'accès aux plages situées sur les rives du lac de la Haute-Sûre sur le territoire de la commune d'Esch-sur-Sûre, le règlement grand-ducal du 15 mai 2020, applicable sur l'ensemble du territoire national, est venu assouplir les interdictions ressortant du texte de base du 18 mars 2020 en autorisant expressément les regroupements en plein air dans un lieu public pour un nombre maximal de vingt personnes.

Alors que la contravention au règlement communal reprochée au prévenu constitue une infraction réglementaire qui existe par le seul fait d'avoir été matériellement commise, la sanction répressive s'attache à la violation matérielle de la disposition incriminée, et ce même si l'agent ignorait le caractère délictueux de son comportement. Il n'est donc pas nécessaire que l'agent ait agi intentionnellement.

L'auteur ne peut cependant être tenu pour responsable lorsqu'une erreur invincible est démontrée ou, à tout le moins, n'est pas dépourvue de crédibilité.

Une erreur invincible altère le caractère conscient des actes de l'auteur en portant atteinte à sa faculté de connaître la portée de ceux-là. Elle n'est libératoire que lorsque, en raison de circonstances spéciales à l'espèce, indépendantes de la volonté de l'agent ou à l'influence desquelles il n'a pu se soustraire, elle était invincible.

La jurisprudence définit plus généralement l'erreur invincible comme l'erreur que tout homme raisonnable et prudent eût commise en étant placé dans les mêmes circonstances que celles où le prévenu s'est trouvé. La détermination du caractère invincible de l'erreur relève du pouvoir souverain du juge de fond qui appréciera d'après les circonstances propres à l'espèce.

Pour apprécier le caractère invincible de l'erreur de droit invoquée par le prévenu A, il n'est pas sans intérêt de relever que les agents verbalisant se sont eux-mêmes mépris sur la portée de l'interdiction d'accès aux plages du lac de la Haute-Sûre. En effet, il ressort de la déposition du témoin T entendu à l'audience publique du 7 juillet 2020, que la police a exclusivement verbalisé les personnes qui ont séjourné sur la plage contrôlée sans s'être adonnées à une autre activité. Au cours du même contrôle, la police a omis de dresser procès-verbal à l'encontre des personnes qui ont pratiqué une activité telle que la plongée, le windsurf ou le paddle, en arguant du fait que ces activités auraient été autorisées par la réglementation en vigueur.

Cette interprétation est cependant erronée alors que les personnes s'adonnant, certes, à une telle activité récréative, ont nécessairement accédé aux plages, accès qui était cependant généralement interdit au vu de la terminologie claire et non équivoque du règlement communal visé, formulé comme suit : « Les plages du lac de la Haute-Sûre situées sur le territoire de la commune d'Esch-sur-Sûre sont fermées avec effet immédiat ». En procédant de la sorte, les agents verbalisateurs ont instauré une inégalité devant la loi au détriment des personnes verbalisées.

Il y a encore lieu d'ajouter que l'argumentation de Monsieur le Procureur d'État à l'audience, faisant référence à une publication sur le site internet de la commune d'Esch-sur-

Sûre d'une information faisant état de la mesure incriminée qu'il aurait appartenu au prévenu de rechercher et lire, tombe à faux alors que cette publication, eût-elle encore existé, ne constitue pas un mode de publication légal des réglementations communales.

Le tribunal tient encore à relever qu'en présence de réglementations d'urgence modifiées à d'itératives reprises depuis l'instauration de l'état de crise et limitant les libertés publiques d'une façon non négligeable, il aurait plus généralement appartenu aux instances communales, dans un esprit de transparence, de procéder au bon affichage du règlement au niveau des routes d'accès audites plages et d'en vérifier la présence tout au long d'un week-end au cours duquel une forte affluence était à prévoir, tant en raison du déconfinement amorcé par les autorités étatiques, que par une météo clémente.

Il y a encore lieu de relever que le principe de la sécurité juridique, qui a pour objectif de protéger les citoyens contre les effets secondaires négatifs du droit, en particulier les incohérences ou la complexité des lois et règlements, ou leurs changements trop fréquents créant implicitement une insécurité juridique, implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Ce principe renvoie à l'idée de stabilité, de visibilité, de prévisibilité dans une société où le souci prégnant des administrés consiste désormais à faire respecter leurs droits et à défendre leurs statuts.

Le tribunal constate partant que l'erreur de droit que le prévenu invoque à sa décharge n'est pas dépourvue de crédibilité, ce d'autant plus que l'agent verbalisant entendu en tant que témoin a déposé que la presque totalité des personnes verbalisées ce jour à l'endroit donné, ont déclaré à titre d'explication avoir séjourné sur la plage en question en toute bonne foi suite à l'annonce de l'allègement des mesures de confinement par le gouvernement et relayée largement dans les médias.

C'est partant à bon droit que A invoque l'erreur que le tribunal qualifie d'invincible.

[...]

(Dispositif conforme aux motifs)

**COMMENTAIRE, sous TPD, 21 JUILLET 2021,
N° 170/2020**

FLORENT KIRMAN

AVOCAT À LA COUR
DOCTEUR EN DROIT

La maxime « *nemo censetur ignorare legem* » est sans aucun doute l'un des adages juridiques parmi les plus connus, notamment des non-initiés.

Outre cet aspect symbolique, elle dicte encore aujourd'hui notre conception traditionnelle de l'intention en droit pénal.

Sauf exception, une infraction nécessite la réunion tant d'un élément matériel que d'un élément moral, consistant en un dol général, sorte d'intention commune à tous les crimes et délits.

Ce dol général est classiquement défini comme la conscience et la volonté du délinquant de procéder à tel acte matériel, tout en sachant que ce comportement est contraire à une disposition légale qui le réprime.

Logiquement donc, les autorités de poursuite devraient être contraintes de prouver que l'auteur connaissait la disposition légale violée et avait conscience de sa portée exacte.

Or, cette connaissance est en réalité toujours présumée, nul n'étant censé ignorer la loi.

En d'autres termes, tous les citoyens, quels que soient leur degré d'instruction et leur condition, sont censés connaître la législation pénale applicable et comprendre sa portée.

Cette solution exclut ainsi par principe tout argument fondé sur l'erreur de droit ou sur la méconnaissance des textes pour faire échec à la condamnation.

Alors que l'erreur de droit est, à juste titre, très rarement retenue par les juridictions pour prononcer l'acquittement du prévenu, la décision du 21 juillet 2020 du tribunal de police de Diekirch en a décidé autrement.

Les faits à la base de la décision s'inscrivent dans la réglementation foisonnante ayant suivi et accompagné la crise sanitaire liée à la Covid-19. Le collège échevinal de la commune d'Esch-sur-Sûre, où se situe un lac fort fréquenté les beaux jours, avait ordonné par un règlement d'urgence du 3 avril 2020 la fermeture des plages dudit lac. Le non-respect de cette interdiction était puni d'une contravention de 25 à 250 euros. Ce règlement d'urgence fut confirmé, conformément à la loi, par le conseil communal en séance publique le 15 mai 2020 et publié le 20 mai 2020.

La procédure suivie par les instances communales était justifiée par le risque d'attroupements sur la plage, risquant une plus forte propagation du virus.

Or, des mesures semblables avaient d'ores et déjà été prises au niveau national, et notamment par un règlement grand-ducal du 18 mars 2020, en conformité avec l'article 32 (4) de la Constitution consacrant l'état de crise.

Concernant plus spécialement les activités en plein air et les regroupements, le texte initial du 18 mars 2020 ne permettait les activités de loisirs en plein air qu'à titre individuel ou que pour les seules personnes composant un même ménage.

Le 15 mai 2020, ce texte fut une nouvelle fois modifié dans un sens d'une plus grande liberté progressive, puisque les regroupements en plein air étaient désormais autorisés pour un groupe maximal de vingt personnes.

Deux jours après cette modification du règlement grand-ducal, le prévenu fut verbalisé par la police alors qu'il était interpellé sur une des plages du lac interdites d'accès par le règlement communal.

L'argumentaire du prévenu consistait non pas à nier son séjour sur la plage dont la fermeture avait été ordonnée, mais d'avoir séjourné en toute ignorance de cette réglementation communale et en toute bonne foi, eu égard au règlement grand-ducal déconfinant la population et la publicité qui en avait été faite dans les médias. Il invoquait donc l'erreur de droit.

Pour le tribunal de police, cette erreur de droit n'était pas dépourvue de crédibilité. Le juge prononça par conséquent l'acquittement.

Si, à première vue, la solution retenue apparaît équitable et opportune, le raisonnement suivi par le juge de police appelle cependant quelques éclaircissements.

I. LE RECURS SINGULIER À L'ERREUR DE DROIT

Tel qu'exposé précédemment, l'ignorance de la loi ou la méprise sur la portée de celle-ci ne peuvent être admises comme causes de non-culpabilité, celles-ci n'exerçant par principe aucune influence sur la responsabilité pénale¹.

1. B. BOULOC, *Droit pénal général*, 23^e éd., Dalloz, 2013, p. 385, n° 463.

Cette solution traditionnelle est d'ailleurs fréquemment rappelée par les juridictions répressives, lesquelles affirment « que l'erreur de droit, en l'occurrence l'ignorance d'une disposition légale, n'est en principe pas une cause de justification, alors que nul n'est censé ignorer la loi² ».

Aussi le bénéfice de l'erreur de droit est très rarement, si ce n'est jamais, accordé au prévenu.

À titre d'illustration, ne peut se réfugier derrière l'erreur de droit la personne ayant contrevenu aux dispositions relatives au transport d'argent liquide, les informations étant notamment facilement accessibles par le biais de dépliants distribués en plusieurs langues à l'aéroport³.

Il en est de même en cas de violation de dispositions relatives aux diverses autorisations ministérielles⁴ ou de détournement d'objets saisis nonobstant les explications claires figurant sur l'acte d'huissier ayant procédé au placement sous main de justice⁵.

Dans l'affaire qui nous occupe, l'acquittement en raison de l'erreur de droit du prévenu n'allait donc pas de soi, mais fut justifié par des contextes sanitaire et juridique particuliers ayant contraint les différentes autorités à prendre des mesures d'urgence, parfois contradictoires.

Ce recours à l'erreur de droit, qui altère la volonté de l'auteur, est d'autant plus singulier que l'infraction en cause était une contravention, qui « constitue une infraction réglementaire qui existe par le seul fait d'avoir été matériellement commise, la sanction répressive s'attache à la violation matérielle de la disposition incriminée et ce même si l'agent ignorait le caractère délictueux de son comportement. Il n'est donc pas nécessaire que l'agent ait agi intentionnellement », selon le juge de police.

Si l'infraction ne comporte aucun élément moral, l'erreur de droit devrait être *a fortiori* inopérante.

En réalité, le tribunal de police s'est davantage placé sur le terrain de la contrainte, voire de la force majeure faisant référence à l'erreur invincible⁶, notion développée de longue date en jurisprudence.

Cette erreur invincible est celle qui résulte d'une cause étrangère qui ne peut être imputée à celui qui en est la victime⁷.

Traditionnellement, la jurisprudence admet que l'ignorance de la loi pénale, si elle ne résulte pas de circonstances de force majeure, n'est pas une cause de justification⁸.

Il est vrai qu'en l'espèce, le prévenu avait été placé dans une situation juridique très incertaine, engendrant une erreur que toute personne raisonnable et prudente eut également commise.

Premièrement, le règlement communal semble avoir été publié postérieurement à l'infraction, même si le *Mémorial* B du 7 avril 2020 affirmait le contraire, indiquant que le règlement avait été publié en bonne et due forme. Aucune indication n'était non plus donnée sur place, au niveau de l'accès des plages. Ce règlement communal était par ailleurs contradictoire avec un règlement national applicable sur l'intégralité du territoire.

Ensuite, et preuve supplémentaire du manque de clarté de la situation, les agents verbalisateurs eux-mêmes avaient commis de nombreuses erreurs d'appréciation sur la portée de l'interdiction d'accès aux plages.

Malgré cette solution de bon sens face à une situation assurément particulière, il est possible de se demander si d'autres fondements plus évidents et moins exceptionnels que l'erreur de droit auraient pu être invoqués pour apporter la même réponse.

Il semble en effet que le juge de police avait la possibilité d'écartier purement et simplement le règlement communal, sur la base de l'article 95 de la Constitution qui dispose que les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. Il s'ensuit qu'il appartient au pouvoir judiciaire d'examiner si la mesure réglementaire qui lui est soumise est, ou n'est pas, contraire à la loi⁹.

Aussi, les tribunaux judiciaires ne peuvent appliquer un règlement communal que si non seulement il est conforme aux conditions de légalité d'ordre matériel et organique, mais encore si les conditions de forme prescrites ont été observées. Spécialement, si un règlement communal revêt un caractère mixte – comme étant à la fois une mesure de police générale et une mesure de police sanitaire –, sa validité est subordonnée à l'accomplissement des formalités prescrites par les lois régissant les pouvoirs des communes en matière de police générale et par la législation visant plus spécialement les mesures de police sanitaire à prendre par les communes¹⁰.

2. Trib. pol. Esch-sur-Alzette, 8 mai 2020, n° 115/2020.
 3. Trib. arr. Luxembourg, 14 février 2018, n° 528/2018.
 4. Trib. arr. Luxembourg, 8 novembre 2016, n° 2894/2016.
 5. Trib. arr. Luxembourg, 13 octobre 2016, n° 2676/2016.
 6. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, p. 738, n° 587.
 7. Cass., 25 mars 2004, n° 2062.
 8. Cass., 8 juin 1950, *Pas.*, n° 15, p. 41. Solution jurisprudentielle codifiée en France à l'article 122-3 du Code pénal.
 9. CA, 24 juin 1992, *Pas.*, n° 29, p. 8.
 10. Cass., 30 juin 1960, *Pas.*, n° 18, p. 119 ; Cass., 15 juin 1961, *Pas.*, n° 18, p. 341.

Or, en l'espèce, le juge de police a fait abstraction de l'appréciation de la légalité du règlement communal, malgré le fait que « *le collège échevinal de la commune d'Esch-sur-Sûre n'[a] pas motivé spécialement son interdiction d'accès aux plages par l'existence aux endroits indiqués d'un danger de contamination spécifique autre que le danger plus généralement visé par les règlements grand-ducaux successifs* », remettant en cause sa légalité.

Il semblerait donc que la légalité du règlement communal pouvait être discutée, ce qui aurait sans doute permis de l'écartier des débats et de prononcer l'acquittement sans recourir à l'erreur de droit, qui demeure une cause d'exonération subjective et une notion difficile d'appréhension.

Enfin, il est légitime de se demander si la situation d'espèce n'était pas constitutive d'un conflit de normes d'un point de vue hiérarchique et temporel. Le règlement communal, d'application limitée, était manifestement contradictoire avec une norme supérieure d'application nationale. Cette norme nationale était d'ailleurs postérieure et venait en quelque sorte dépénaliser un comportement identique.

Même si la solution retenue est louable en équité, il convient de réserver l'acceptation de l'erreur de droit dans de rares cas très particuliers et exceptionnels, ce qui est indubitablement le cas de la législation d'urgence prise pour faire face à la pandémie de Covid-19.

II. UNE ACCEPTATION DE L'ERREUR DE DROIT PROPRE À LA SITUATION PARTICULIÈRE LIÉE À LA PANDÉMIE DE COVID-19 ?

Il est intéressant de souligner qu'au-delà du cas anecdotique de l'accès aux plages du lac de la Haute-Sûre, le juge de police de Diekirch s'est prononcé de manière plus générale sur la législation ayant suivi l'apparition du virus Covid-19, non sans critiques :

« *Le tribunal tient encore à relever qu'en présence de réglementations d'urgence modifiées à d'itératives reprises depuis l'instauration de l'état de crise et limitant les libertés publiques d'une façon non négligeable, il aurait plus généralement appartenu aux instances communales, dans un esprit de transparence, de procéder au bon affichage du règlement au niveau des routes d'accès aux plages et d'en vérifier la présence tout au long d'un week-end au cours duquel une forte affluence était à prévoir, tant en raison du déconfinement amorcé par les autorités étatiques, que par une météo clémente.*

Il y a encore lieu de relever que le principe de la sécurité juridique, qui a pour objectif de protéger les citoyens contre les

effets secondaires négatifs du droit, en particulier les incohérences ou la complexité des lois et règlements, ou leurs changements trop fréquents créant implicitement une insécurité juridique, implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Ce principe renvoie à l'idée de stabilité, de visibilité, de prévisibilité dans une société où le souci prégnant des administrés consiste désormais à faire respecter leurs droits et à défendre leurs statuts.

L'acquittement pour erreur de droit prend ici tout son sens dans la mesure où, en tant qu'émanation du contrat social, la connaissance de la loi, vue comme obligation à charge de tout citoyen, ne peut être respectée que si le législateur consent à publier des lois claires et accessibles.

Ainsi, une méconnaissance de l'interdit ne peut être reprochée que si le principe de légalité guide l'œuvre législative.

Face à l'urgence de réagir face à la pandémie, les autorités furent contraintes de prendre de multiples réglementations, y compris en matière pénale, entraînant des privations de liberté, dont la conformité avec le principe de légalité peut être remise en doute.

La lisibilité, l'accessibilité et la compréhension claire des textes n'étaient parfois pas au rendez-vous face à des textes extrêmement nombreux, rapprochés, voire contradictoires.

En matière procédurale, citons, par exemple, le règlement grand-ducal du 25 mars 2020 portant suspension des délais en matière juridictionnelle et adaptation temporaire de certaines autres modalités procédurales, lui-même modifié par trois règlements des 1^{er}, 17 et 29 avril, ainsi que la loi du 20 juin 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière pénale, modifiée les 24 juillet et 19 décembre 2020. Toutes ces dispositions furent par la suite naturellement précisées par diverses circulaires émanant soit du barreau soit des juridictions et modifiées à plusieurs reprises.

Plus général, le règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 fut quant à lui modifié à treize reprises en l'espace de quelques mois.

Derrière l'erreur de droit peut donc se cacher une critique plus globale de l'état de la législation en vigueur.

La sécurité juridique a donc particulièrement souffert en cette période d'urgence, et il est certain que d'autres litiges sont à prévoir sur la base de la législation post-covid. —

COUR DE CASSATION, 18 JUIN 2020

Arrêt n° 85/2020

Comp. : J. WIWINIUS (Prés.), E. EICHER,
M. REIFFERS, R. LINDEN, L. PRUSSEN
Min. pub. : J. PETRY
Av. : M. LEHNNEN

ACTION CIVILE – Infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions – Irrecevabilité de la constitution de partie civile par voie d'action – Droit d'accès à un tribunal – Art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (conformité)

Cette affaire met en lumière une particularité de la mise en mouvement de l'action publique à l'initiative de la partie civile. En effet, aux termes de l'article 35, paragraphe 1, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État, l'action publique contre un fonctionnaire ayant agi dans l'exercice de ses fonctions ne peut être déclenchée qu'à l'initiative du ministère public. La partie civile ne peut que se joindre à des poursuites déjà lancées, privée de toute possibilité de se constituer partie civile par voie d'action.

La Cour de cassation estime, dans l'arrêt du 18 juin 2020, que réservier au ministère public le droit de déclencher l'action publique contre un fonctionnaire ayant agi dans l'exercice de ses fonctions ne viole pas le droit d'accès à un tribunal de la partie civile. Selon la Cour, ce privilège de juridiction a pour but de préserver les fonctionnaires des poursuites téméraires, injustifiées ou vexatoires mais n'est pas de nature à empêcher tout accès au juge, en ce qu'il ne porte atteinte ni au droit de la victime d'introduire une action civile devant les juridictions pénales par voie d'intervention en se constituant partie civile à l'occasion d'une action publique en cours, ni à son droit d'exercer l'action civile devant les juridictions civiles.

Il est regrettable que la Cour d'appel ait refusé de saisir la Cour constitutionnelle de la question préjudiciale posée, sur la conformité de la disposition précitée à l'article 10bis de la Constitution, en ce qu'elle opère à l'égard de la victime une discrimination quant à sa possibilité de déclencher l'action publique, selon que l'auteur de l'infraction est un fonctionnaire ayant agi dans l'exercice de ses fonctions ou tout autre citoyen ne revêtant pas cette qualité. La Cour d'appel avait estimé que ces situations n'étaient pas comparables et que la question était, dès lors, dénuée de tout fondement. S'inscrivant dans une jurisprudence inconstante, l'arrêt publié énonce que 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.

EXTRAITS

Sur les faits :

Selon l'arrêt attaqué, un juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait déclaré irrecevable la plainte avec constitution de partie civile dirigée par X contre des fonctionnaires du chef d'infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, au regard des dispositions de l'article 35, paragraphe 1, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État. La chambre du conseil de la Cour d'appel a dit qu'il n'y avait pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudiciale portant sur la conformité de la disposition précitée à l'article 10bis de la Constitution

en ce qu'elle opère à l'égard de la victime une discrimination quant à sa possibilité de déclencher l'action publique, selon que l'auteur de l'infraction est un fonctionnaire ayant agi dans l'exercice de ses fonctions ou tout autre citoyen ne revêtant pas cette qualité. Elle a, pour le surplus, confirmé l'ordonnance entreprise.

En droit :

Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis :

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

En ce que,

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

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

Alors que,

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

et

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

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

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

a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement ;

b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement ;

c) la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet. »

En ce que,

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

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

Alors que,

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

Le demandeur en cassation fait grief à la juridiction d'appel d'avoir outrepassé ses pouvoirs en rejetant la question préjudiciale 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'État au motif que la situation des fonctionnaires ayant agi dans l'exercice de leurs fonctions n'était pas comparable à celle des autres citoyens.

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

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

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

Sur le **troisième moyen** de cassation :

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

Article 6 §1 ConvEDH :

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

En ce que,

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

« La prétendue victime est donc réduite, soit à attendre que le Ministère public intente l'action publique contre le fonctionnaire pour se constituer partie civile par voie inci-

dente lors de l'audience pour corroborer l'action publique soit à porter sa demande en réparation devant une juridiction civile. »

Alors que,

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

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

En retenant que le droit de déclencher l'action publique contre un fonctionnaire ayant agi dans l'exercice de ses fonctions est réservé au ministère public et en empêchant

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

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

[Dispositif conforme aux motifs]

COUR DE CASSATION, 5 NOVEMBRE 2020

Arrêt n° 140/2020

J.-C. WIWINIUS (Prés.), E. EICHER,
Comp. : M. REIFFERS, R. LINDEN, S. PISANI

NULLITÉ DE PROCÉDURE – Constatation d'une infraction par un agent de police hors service – Validité du procès-verbal

Dans un arrêt n° 352/19 IV rendu le 21 octobre 2019 (publié dans le numéro 6 de la Revue pénale luxembourgeoise), la Cour d'appel avait annulé un procès-verbal établi par un agent de police en dehors de son service, de même que l'ordonnance de saisie du véhicule ainsi que la citation à prévenu.

La Cour d'appel avait repris les motifs des juges de première instance et considéré que l'agent verbalisant, qui n'était pas en service, avait procédé au contrôle du véhicule du prévenu et fait des constatations alors qu'il n'était pas chargé du contrôle de la circulation routière. Ainsi, la Cour avait retenu que celui-ci ne disposait pas des compétences pour procéder à la vérification et au contrôle des papiers de bord. Aussi, les règles régissant la mission et les pouvoirs des fonctionnaires de police en matière de contrôle de la circulation routière étant des règles substantielles, leur inobservance devait entraîner la nullité des actes accomplis en dehors des prévisions légales.

Sur pourvoi formé par le ministère public, l'arrêt d'appel a été cassé et annulé par la Cour de cassation. Cette dernière a estimé que la Cour d'appel a violé la loi en ajoutant une condition non prévue par les textes. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'aucune disposition légale ne subordonne l'exercice des missions de police judiciaire aux seules heures de service des officiers de police judiciaire.

Cette décision est annotée par Marie Lahaye en page 41 de ce numéro.

EXTRAITS

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, avait annulé un procès-verbal dressé par un officier de police judiciaire à l'égard de X du chef d'infractions à la législation sur la circulation routière, l'ordonnance de validation de la saisie du véhicule et la citation à prévenu, au motif que l'officier de police judiciaire n'avait pas été en service au moment où il avait procédé au contrôle du véhicule du prévenu. La Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris.

Sur le premier moyen de cassation

Énoncé du moyen

« tiré de la violation des articles 9-2, paragraphe 1; 10 ; 11, paragraphe 1; et 13, paragraphe 1 et 2, point 2°, du Code de procédure pénale, 17 et 18, alinéa 1, point 1°, de la loi modifiée du 18 juillet 2018 sur la Police grand-ducale ; 6, sous a), de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques, ainsi que 70, alinéa 1, point 5° ; et 115, paragraphe 1, sous a), de

l'arrêté grand-ducal modifié du 24 novembre 1955 portant règlement de la circulation sur toutes les voies publiques,

en ce que la Cour d'appel, pour confirmer l'annulation du procès-verbal constatant à charge du prévenu X le délit d'avoir mis en circulation sur la voie publique un véhicule automoteur qui n'était pas couvert par un contrat d'assurance valable et de tous les actes subséquents, a retenu

- que « l'agent de police D) [...] [en uniforme ["in Dienstkleidung"]] en route à bord de sa voiture privée vers son lieu de travail, [...] remarqua qu'une voiture s'engagea devant lui sur la route principale sans respecter le signal de priorité arrêt (Stop) [puis] à un feu rouge [...] demanda au conducteur de se garer et procéda à un contrôle des papiers de bord [et] constata l'infraction pour laquelle le prévenu est actuellement poursuivi (mise en circulation d'un véhicule automoteur sur la voie publique sans que celui-ci ne soit couvert par un contrat d'assurance valable) »,

- qu'il « a fait ses constatations à un moment où il n'était pas en service » et

– que « conformément aux prescriptions de service applicables, un agent, en dehors du service, concerné par une infraction commise par un conducteur fautif, s'il estime devoir donner suite à cet incident, ne doit, afin de ne pas mettre en cause la crédibilité à attribuer à un tel document, s'abstenir de procéder lui-même à la rédaction d'un procès-verbal, avertissement taxé ou convocation » pour en déduire

– que « l'agent verbalisant n'ayant pas été en service au moment où il a procédé au contrôle du véhicule du prévenu et fait ses constatations, donc à un moment où il n'était forcément pas chargé du contrôle de la circulation routière, c'est à juste titre que le juge de première instance a considéré que celui-ci était sans pouvoir pour procéder à la vérification et au contrôle des papiers de bord »,

alors qu'aucune disposition légale ne limite l'exercice par les agents chargés par la loi des missions de police judiciaire de leurs pouvoirs à leurs heures de service,

que la loi, à savoir, l'article 9-2, paragraphe 1, du Code de procédure pénale et 18, alinéa 1, point 1^o de la loi modifiée du 18 juillet 2018 sur la Police grand-ducale et, en matière d'infractions de circulation routière, l'article 6, sous a), de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques, notamment mis en œuvre par les articles 70, alinéa 1, point 5, et 115, paragraphe 1, sous a), de l'arrêté grand-ducal modifié du 24 novembre 1955 portant règlement de la circulation sur toutes les voies publiques, définit les missions de police judiciaire, consistant à rechercher les infractions, à les constater et à en dresser procès-verbal ;

qu'elle confie ces missions à des catégories d'agents qu'elle précise, à savoir, sur base des articles 10 ; 11, paragraphe 1 ; 13, paragraphe 1 et paragraphe 2, point 2^o du Code de procédure pénale et 17 de la loi modifiée du 18 juillet 2018 sur la Police grand-ducale, aux officiers et agents de police judiciaire et en matière d'infractions de circulation routière et sur base de l'article 6, sous a), de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques, notamment mis en œuvre par les articles 70, alinéa 1, point 5^o, et 115, paragraphe 1, sous a), de l'arrêté grand-ducal modifié du 24 novembre 1955 portant règlement de la circulation sur toutes les voies publiques, aux officiers de police judiciaire, aux membres de la Police grand-ducale et à certains agents de l'Administration des Ponts et Chaussées ;

que le pouvoir d'exercer les missions de police judiciaire est donc subordonné par la loi à la condition que l'agent qui l'exerce appartienne à l'une des catégories d'agents auxquels la loi a confié l'exercice de ce pouvoir ;

que ce pouvoir n'est pas subordonné à la condition supplémentaire que son exercice ait lieu au cours des heures de service de l'agent ;

qu'aucune disposition légale ne subordonne l'exercice des missions de police judiciaire à la condition qu'il soit limité aux heures de service de l'agent ou l'interdit parce qu'il a lieu en dehors de celles-ci ;

qu'aucune disposition légale ne prive un agent auquel la loi a confié les missions de police judiciaire l'exercice de ce pou-

voir en dehors de ses heures de service au motif qu'il devrait s'abstenir aux fins de ne pas mettre en cause la crédibilité de ses actes parce qu'il serait concerné par l'infraction commise, le fait d'être concerné étant circonscrit, conformément aux constatations souveraines des juges du fond, à la circonsistance que l'agent est devenu témoin d'une contravention en matière de circulation routière, qu'il a par suite requis, conformément aux prescriptions de l'arrêté grand-ducal modifié du 24 novembre 1955 portant règlement de la circulation sur toutes les voies publiques, le conducteur d'exhiber

ses documents de bord et qu'il a constaté à l'occasion du contrôle de ces documents que le conducteur a mis en circulation sur la voie publique un véhicule automoteur qui n'était pas couvert par un contrat d'assurance valable ;

qu'il en suit que la Cour d'appel, en décidant qu'un agent est sans pouvoir pour exercer les missions de police judiciaire lui confiées par la loi parce qu'il ne se trouve pas en service, a violé les dispositions visées en ajoutant à la loi une condition non prévue par celle-ci. ».

Réponse de la Cour

Vu l'article 9-2, paragraphe 1, du Code de procédure pénale qui dispose :

« Elle [la police judiciaire] est chargée, suivant les distinctions établies au présent titre, de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte. ».

Vu l'article 17 de la loi modifiée du 18 juillet 2018 sur la police grand-ducale qui dispose :

« Les missions de police judiciaire sont exercées par les officiers de police judiciaire (...). ».

Vu l'article 6, sous a), de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques qui dispose :

« Les officiers de police judiciaire, (...) sont chargés d'assurer l'exécution des dispositions légales et réglementaires et de dresser procès-verbal des infractions à ces dispositions. ».

Aucune de ces dispositions légales ne subordonne l'exercice des missions de police judiciaire aux seules heures de service des officiers de police judiciaire.

En retenant « L'agent verbalisant n'ayant pas été en service au moment où il a procédé au contrôle du véhicule du prévenu et fait ses constatations, donc à un moment où il n'était forcément pas chargé du contrôle de la circulation routière, c'est à juste titre que le juge de première instance a considéré que celui-ci était sans pouvoir pour procéder à la vérification et au contrôle des papiers de bord. », les juges d'appel ont ajouté une condition à la loi et ont partant violé les dispositions reprises ci-dessus.

Il en suit que l'arrêt encourt la cassation. »

(Dispositif conforme aux motifs)

**NOTE SOUS CASS., 5 NOVEMBRE 2020,
N° 140/2020**

MARIE LAHAYE
AVOCATE À LA COUR

Il n'est pas incongru de penser qu'un procès-verbal constatant une infraction ne serait pas régulier parce que l'agent verbalisateur a constaté l'infraction en dehors de ses heures de service. On imagine mal, par exemple, un policier établir un procès-verbal pour tapage nocturne à l'encontre de son propre voisin qui aurait été un peu trop bruyant.

C'est en tout cas ce qui avait été retenu dans un jugement du 2 avril 2019 (n° 948/2019) de la 13^e chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, confirmé par un arrêt du 21 octobre 2019 (n° 352/19) de la 6^e chambre de la Cour d'appel. Les magistrats avaient jugé qu'un agent de la police judiciaire n'avait pas la compétence de procéder à un contrôle des documents de bord en dehors de ses heures de service et que le procès-verbal contenant la constatation d'une infraction découverte à l'issue de ce contrôle, était nul.

Pour en venir à cette conclusion, ils se sont référés aux articles 115 et 70 de l'arrêté grand-ducal modifié du 24 novembre 1955 portant règlement de la circulation sur toutes les voies publiques qui disposent que « (le) s usagers doivent s'arrêter à toute réquisition (...) des agents chargés du contrôle de la circulation » et que « (t)out conducteur d'un véhicule routier soumis à l'immatriculation au Luxembourg doit exhiber sur réquisition des agents chargés du contrôle de la circulation routière [souligné par nous], pour le véhicule conduit » et ils ont considéré qu'un agent hors service n'était pas chargé du contrôle de la circulation routière.

La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel. La haute juridiction a estimé que les dispositions légales qui habilitent les officiers et agents de la police judiciaire ne subordonnent pas l'exercice des missions de police judiciaire aux seules heures de service des officiers de police judiciaire.

Cette motivation quelque peu expéditive nous laisse sur notre faim.

Tout d'abord, il y a lieu de préciser que dans sa motivation, la Cour de cassation a fait référence à des textes législatifs relatifs aux officiers de police la judiciaire alors que cette affaire mettait en cause un procès-verbal établi par un agent de la police judiciaire. Ceci étant, ce manque de rigueur n'emporte pas de conséquence sur le fond, car les officiers et agents de la police judiciaire disposent des mêmes compétences en la matière.

Par ailleurs, même si la jurisprudence française en la matière va également dans ce sens depuis des décennies, il existe en France des dispositions légales qui réglementent la question. Dans son arrêt du 15 décembre 2015,

la Cour de cassation française – qui ne fait que rappeler la jurisprudence antérieure – a retenu que « tout fonctionnaire de police est considéré comme étant en service et agissant dans l'exercice de ses fonctions, dès lors qu'il intervient dans sa circonscription et dans le cadre de ses attributions, de sa propre initiative ou sur réquisition, pour prévenir et réprimer tout acte de nature à troubler la sécurité et l'ordre publics » (Cass. crim., 15 décembre 2015, n° 15-81.322). Ceci étant, elle s'est expressément référée aux dispositions du Code de la sécurité intérieure et plus précisément celles de l'article R. 434-19 du Code de la sécurité intérieure qui disposent que « (I) orsque les circonstances le requièrent, le policier ou le gendarme, même lorsqu'il n'est pas en service, intervient de sa propre initiative, avec les moyens dont il dispose, notamment pour porter assistance aux personnes en danger ».

En outre, il y a lieu de signaler l'article 19 du décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale disposent que « (I) e fonctionnaire actif des services de la police nationale a le devoir d'intervenir de sa propre initiative pour porter aide à toute personne en danger, pour prévenir ou réprimer tout acte de nature à troubler la sécurité et l'ordre publics et protéger l'individu et la collectivité contre les atteintes aux personnes et aux biens. Ses obligations ne disparaissent pas après l'accomplissement des heures normales de service ; il doit notamment déférer aux réquisitions qui lui sont adressées. Dans tous les cas où le fonctionnaire intervient en dehors des heures normales de service soit de sa propre initiative, soit en vertu d'une réquisition, il est considéré comme étant en service. » Un arrêt du 21 janvier 1999 de la Cour d'appel de Bordeaux (n° JurisData : 1999-042455) s'était d'ailleurs référé à la disposition en vigueur à l'époque (art. 11 du décret n° 68-70 du 24 janvier 1968) pour conclure que dans les faits, l'agent est toujours en service.

En conclusion, certes, il n'existe au Luxembourg aucune disposition légale qui subordonne l'exercice des missions de police judiciaire aux seules heures de service des officiers de police judiciaire, mais aucune autre ne prévoit expressément le contraire. En l'absence de dispositions spécifiques à l'instar de la France, la position lapidaire de la Cour de cassation est regrettable en ce qu'elle retient qu'un officier de la police judiciaire peut toujours, *in abstracto* et sans précision ni condition supplémentaire, exercer des missions de police judiciaire, quand bien même ne serait-il pas en service. La Cour de cassation a, *de facto*, comblé une lacune législative.

COUR DE CASSATION, 21 JANVIER 2021

Arrêt n° 06 / 2021

Comp. : J.-C. WIWINIUS (Prés.), E. EICHER, M. REIFFERS,
R. LINDEN, L. PRUSSEN
Min. Pub. : M. HARPES
Av. : T. LANNERS, P. URBANY

EXPERTISE – Infraction routière – Preuve d'un dépassement de vitesse – Rejet implicite d'une demande d'expertise – Défaut de motivation – Défaut de réponse à conclusions

Dans le cadre de poursuites en matière d'infraction à la circulation routière, le prévenu avait sollicité auprès du tribunal qu'il ordonne la réalisation d'une expertise portant sur les données enregistrées par le cinémomètre. Sa demande était fondée sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que cette expertise constituait pour lui le seul moyen d'apporter la preuve contraire du mesurage effectué par l'appareil.

Par un jugement du 28 juin 2019, le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière d'appel du tribunal de police, avait confirmé l'ordonnance pénale du tribunal de police, sans statuer sur la demande d'expertise formulée.

Alors que le ministère public, dans ses conclusions, soutenait que le juge d'appel avait implicitement mais nécessairement rejeté la demande d'expertise, la Cour de cassation a estimé, dans l'arrêt du 21 janvier 2021, que la juridiction d'appel avait omis de répondre à la demande en institution d'une expertise présentée par le demandeur en cassation.

EXTRAITS

Sur les faits

Selon le jugement attaqué, X avait été condamné par une ordonnance pénale du tribunal de police de Diekirch à une peine d'amende pour inobservation du signal C14, limitation de vitesse à 70 km/h en dehors d'une agglomération, à savoir pour avoir circulé à 71 km/h, vitesse flashée par le radar modèle Poliscan Vitronic. Sur opposition du demandeur en cassation, le tribunal de police avait acquitté X. Le tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière d'appel du tribunal de police, a, par réformation, confirmé l'ordonnance pénale du tribunal de police.

Sur le premier moyen de cassation

Énoncé du moyen

« tiré de la violation de la loi

première branche

Tiré de la violation de la loi, à savoir de la violation de l'article 89 de la Constitution, violation constituée par une non-réponse à conclusions, constituant une insuffisance de motifs et valant absence de motifs ;

deuxième branche

Tiré de la violation de la loi, à savoir de la violation de l'article 249 alinéa 1^{er} du NCPC, violation constituée par une non-réponse à conclusions, constituant une insuffisance de motifs et valant absence de motifs ;

troisième branche

Tiré de la violation de la loi, à savoir de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme constituée par une non-réponse à conclusions, constituant une insuffisance de motifs, valant absence de motifs, le devoir de motiver les jugements constituant l'une des conditions du procès équitable réglementée au prédit article 6.

Les trois branches du premier moyen se basent sur exactement les mêmes considérations et les mêmes motifs qui sont les suivants :

En ce que dans le dispositif de ses conclusions du 24 mai 2019, la soussignée, constituée pour l'intimé, actuel demandeur en cassation, avait sollicité l'instauration d'une mesure d'instruction, à savoir d'une expertise et ce dans les termes suivants :

« par conséquent confirmer le jugement dont appel et acquitter le sieur X,

sinon ordonner une expertise et nommer un expert avec la mission de collecter les données enregistrées le cas échéant par le cinémomètre PoliScan de la société Vitronic implanté le long de la route 87 à hauteur de Schieren en relation avec l'infraction pénale reprochée à Monsieur X ;

de décrire les conditions dans lesquelles le mesurage litigieux du 19.08.2016 a été effectué,

d'exploiter les données enregistrées,

de se prononcer sur l'exactitude et sur la fiabilité du mesurage et de la vitesse mesurée ».

En ce que le Ministère public s'était basé dans sa note de plaidoiries du 23.5.2019, entre autres, sur une décision du « Oberlandgericht Braunschweig » du 13 juin 2017 selon laquelle « (s)olangt keine konkreten Einwände gegen die Messung und das Messergebnis erhoben werden, besteht kein Anlass, den Messvorgang sachverständig überprüfen zu lassen ».

En ce que dans les motifs de ses conclusions l'intimé, actuel demandeur en cassation avait, suite à la prédicté décision citée par le Ministère Public, motivé comme suit sa demande d'une expertise :

« ad.jugement du 3.6.2017, Oberlandesgericht Braunschweig:

"Solange keine konkreten Einwände gegen die Messung und das Messergebnis erhoben werden, besteht kein Anlass, den Messvorgang sachverständig überprüfen zu lassen".

A contrario : lorsque le prévenu peut faire valoir des arguments sérieux et tangibles quant à une éventuelle erreur de mesurage, la nomination d'un expert s'impose.

Tel est le cas en l'espèce : (...)

Il y a dès lors lieu de faire droit à la demande formulée oralement par Monsieur X à l'audience du 17.5.2019 et présentement réitérée pour autant que de besoin, en instaurer d'une expertise.

En effet, au voeu de l'article 3 (2) de la loi du 25 juillet 2015 portant création du système de contrôle et de sanction automatisés et modification de la loi modifiée du 14.2.1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques "(l)es données enregistrées par ces appareils automatiques font foi jusqu'à preuve du contraire".

Monsieur X, compte tenu du fait qu'il fournit des éléments de nature à pouvoir douter de la fiabilité du mesurage litigieux, doit donc être mis en mesure de rapporter cette preuve contraire et ce avant tout autre progrès. Le prévenu ne peut cependant fournir la moindre preuve contraire que dans la cadre d'une expertise à ordonner par le Tribunal,

étant donné qu'à défaut d'expertise, il ne peut accéder ni au cinémomètre, ni aux données qui auraient été récoltées.

Le défaut de mettre Monsieur X en mesure de fournir la preuve contraire, notamment par voie d'expertise à ordonner par le Tribunal, constituerait une violation de l'article 6 de la Convention européenne garantissant le droit à un procès équitable :

« Pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés. Il faut rechercher notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude. Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre (Bykov c. Russie [G C], § 89 ; Jalloh c. Allemagne [G C],

§ 96) ».

Le défaut d'instauration d'une expertise dans les circonstances données, c'est-à-dire en présence d'une panoplie d'éléments permettant de redouter de la fiabilité du mesurage, ne met pas Monsieur X en mesure de remettre en question la fiabilité du mesurage, ni la qualité du mesurage et porterait donc atteinte à son droit à un procès équitable, le tout en violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme »,

Mais en ce que ni dans son dispositif, ni dans ses motifs, le jugement attaqué ne fait référence à cette demande d'expertise, ni ne mentionne la demande d'expertise, ni ne comporte de décision explicite et motivée que la demande d'expertise a été rejetée et n'emploie même pas le terme « expertise ».

En ce que par conséquent le jugement a procédé implicitement au rejet de la demande d'expertise sans pour autant motiver ce rejet ;

Alors que le rejet et les motifs du rejet d'une demande d'expertise formulée dans un dispositif de conclusions doivent être formulés dans le dispositif du jugement ou de l'arrêt qui rejette une demande d'expertise et que si aucune mention pareille n'est retenue dans le dispositif de la décision, la décision est affectée d'un défaut de réponse à conclusions constituant, suivant la jurisprudence constante et centenaire de la Cour de cassation, un défaut de motifs, le défaut de motifs constituant à la fois une violation de l'article 89 de la Constitution, une violation de l'article 249 alinéa 1^{er} du NCPC et une violation de l'article 6 de la CEDH ;

Alors que la jurisprudence de la Cour de cassation est très claire dans ce contexte concernant les offres de preuve

formulées dans les dispositifs de conclusions, qu'il a été décidé ainsi, entre autres, par un arrêt de la Cour de cassation n°36/08 du 19 juin 2008, numéro 2452 du registre (Violation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 alinéa 1^{er} du NCPC) et qu'une demande d'expertise constitue (tout comme une offre de preuve demandant comme mesure d'instruction l'audition de témoins) une demande de mesure assimilable à laquelle les mêmes règles (et la même jurisprudence de la Cour de cassation) s'appliquent ;

Alors qu'ainsi le jugement attaqué aurait dû – si, comme il entendait le faire (à tort) rejeter la demande d'expertise – mentionner cette dernière explicitement dans les motifs et le dispositif et motiver dans ces motifs le rejet de la demande d'expertise et qu'en ne le faisant pas, l'arrêt attaqué a violé la loi, à savoir les textes susmentionnés et doit subir la cassation. ».

Réponse de la Cour

Vu l'article 89 de la Constitution.

Vu l'article 249 du Nouveau code de procédure civile.

Vu l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il résulte de la lecture du jugement attaqué que la juridiction d'appel a omis de répondre à la demande en institution d'une expertise présentée par le demandeur en cassation.

Elle a partant violé les dispositions visées au moyen.

Il en suit que le jugement encourt la cassation.

(Dispositif conforme aux motifs)

COUR DE CASSATION, 4 FÉVRIER 2021

Arrêt n° 20/2021

Comp. : J.-C. WIWINIUS (Prés.), E. EICHER, M. REIFFERS, R. LINDEN, L. PRUSSEN

Min. pub. : I. JUNG

Av. : P. PENNING

PROCÈS PÉNAL – Choix de la chambre correctionnelle appelée à connaître de l'affaire – Fixation par la partie poursuivante – Respect de la Convention européenne des droits de l'homme

La Cour de cassation, dans son arrêt du 4 février 2021, énonce que le choix de la chambre correctionnelle du tribunal qui aura à connaître d'une affaire ne porte atteinte à aucun droit garanti par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ce faisant, la Haute juridiction balaye l'argumentation du demandeur en cassation, qui soutenait que le pouvoir de la partie poursuivante de fixer l'affaire devant une chambre ou une autre créait un net déséquilibre entre celle-ci et la défense, résultant en la violation du principe de l'égalité des armes découlant de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette décision mérite d'être lue ensemble avec l'arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 2021 (n° 05/2021), qui concernait également la question du choix de la chambre correctionnelle appelée à connaître d'une affaire pénale. Dans ledit arrêt, la Cour avait rappelé que le principe invoqué par le demandeur, à savoir « on ne choisit pas son juge », ne trouvait aucune expression dans un texte de loi, ni n'était consacré par une juridiction supranationale, de sorte qu'il ne pouvait donner ouverture à cassation.

EXTRAITS

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, B) avait été cité à comparaître devant la seizième chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, audience au cours de laquelle la présidente de la juridiction avait demandé au ministère public de procéder à un devoir supplémentaire. La neuvième chambre dudit tribunal devant laquelle B) avait été cité par la suite, avait, par un jugement sur incident, rejeté la demande du prévenu en refixation de l'affaire devant la seizième chambre du tribunal, rejeté les moyens de nullité soulevés et fixé la continuation des débats devant cette même chambre. Par un jugement subséquent, le tribunal avait condamné le demandeur en cassation du chef de coups sur un agent de la force publique, de rébellion et d'outrage à agent à une peine d'emprisonnement assortie du sursis, à une peine d'amende et au paiement de dommages-intérêts. La Cour d'appel a confirmé les jugements entrepris.

Sur les premier, deuxième, troisième et quatrième moyens de cassation réunis

Énoncé des moyens

le premier, « Pour violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Égalité des armes)

En ce que l'arrêt attaqué

« quant au jugement sur incident du 30 avril 2018 reçoit les appels de B) et du ministère public ;

les dit non fondés »

Aux motifs que

« C'est à juste titre que le tribunal a retenu que la demande de la présidente de la chambre correctionnelle adressée au parquet, partie poursuivante, à voir compléter le dossier répressif en joignant une audition du prévenu, effectuée non pas par la présidente ou un membre de la composition, mais par les agents de la force publique sous le contrôle

du parquet, ne constitue pas une mesure d'instruction ordonnée en vertu du pouvoir discrétionnaire du président de la juridiction afin de découvrir la vérité, Il s'ajoute que l'audition n'a pas non plus été faite par des agents de la police sous la direction et le contrôle de la présidente de la chambre correctionnelle.

Aucun des juges ayant composé lors d'une première parution de l'affaire devant la 16^{ème} chambre du tribunal, n'ayant été privé de sa place, respectivement n'ayant été déplacé contre sa volonté ou ayant été suspendu, le moyen tiré de la violation de l'article 91 de la Constitution a été à juste titre écarté par le tribunal

Il en est de même de l'exception de litispendance qui suppose qu'une même affaire soit engagée devant deux juridictions également compétentes. En l'occurrence, l'affaire pénale n'est pas pendante devant deux tribunaux, mais a été refixée après une première audience, devant une autre chambre du même tribunal.

Le changement de la composition de la juridiction n'a pas non plus porté atteinte aux droits de la défense ou constitué ipso facto une violation des droits de la défense, le mandataire de B) n'ayant pas ailleurs pas précisé en quoi ses droits de la défense auraient été lésés suite à l'attribution de l'affaire à la 9^{ème} chambre »

Alors que

Le Ministère Public a seul le pouvoir de fixer les affaires pénales devant les chambres respectives du Tribunal d'arrondissement.

Ni une juridiction, ni la défense ne peut interférer sur ce point et donc la partie poursuivante choisit seule la chambre devant laquelle son affaire sera poursuivie.

Le pouvoir conféré à la partie poursuivante rompt le <> juste équilibre >> entre celle-ci et la défense, d'autant plus que la défense, ainsi que tribunal sont démunis de tout recours quelconque pour contester, respectivement influer sur la fixation des affaires, décision prise unilatéralement par la partie poursuivante.

Le Ministère public devrait se limiter à saisir le Tribunal d'arrondissement ou la Justice de Paix, lesquels attribuerait en leur sein les affaires pénales à leurs chambres respectives, comme le font les chambres en matière civile et commerciale.

La gestion des affaires et leur attribution aux différentes chambres doit ainsi relever du seul pouvoir des juridictions, qui sont seules maîtres de leur calepin, afin de préserver l'indépendance de l'institution et ainsi l'égalité des armes entre les parties en cause, à savoir la partie poursuivante et la défense.

En l'occurrence, après que la seizième chambre du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg à l'audience du 20

mars 2017 a sollicité, respectivement invité la partie poursuivante à compléter le dossier et à procéder à une audition du co-accusé (Monsieur T)), la partie poursuivante, après avoir procédé à la mesure sollicitée, a fixé l'affaire devant une autre chambre du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.

Le pouvoir de la partie poursuivante de fixer l'affaire devant la chambre à sa guise crée un net déséquilibre entre celle-ci et la défense, de sorte qu'il y a violation du principe de l'égalité des armes découlant du texte susvisé. »,

le deuxième, « Pour violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Théorie de l'apparence)

En ce que l'arrêt attaqué

<< quant au jugement sur incident du 30 avril 2018

reçoit les appels de B) et du ministère public ;

les dit non fondés »

Aux motifs que

« C'est à juste titre que le tribunal a retenu que la demande de la présidente de la chambre correctionnelle adressée au parquet, partie poursuivante, à voir compléter le dossier répressif en joignant une audition du prévenu, effectuée non pas par la présidente ou un membre de la composition, mais par les agents de la force publique sous le contrôle du parquet, ne constitue pas une mesure d'instruction ordonnée en vertu du pouvoir discrétionnaire du président de la juridiction afin de découvrir la vérité. Il s'ajoute que l'audition n'a pas non plus été faite par des agents de la police sous la direction et le contrôle de la présidente de la chambre correctionnelle.

Aucun des juges ayant composé lors d'une première parution de l'affaire devant la 16^{ème} chambre du tribunal, n'ayant été privé de sa place, respectivement n'ayant été déplacé contre sa volonté ou ayant été suspendu, le moyen tiré de la violation de l'article 91 de la Constitution a été à juste titre écarté par le tribunal.

Il en est de même de l'exception de litispendance qui suppose qu'une même affaire soit engagée devant deux juridictions également compétentes. En l'occurrence, l'affaire pénale n'est pas pendante devant deux tribunaux, mais a été refixée après une première audience, devant une autre chambre du même tribunal.

Le changement de la composition de la juridiction n'a pas non plus porté atteinte aux droits de la défense ou constitué ipso facto une violation des droits de la défense, le mandataire de B) n'ayant pas ailleurs pas précisé en quoi ses droits de la défense auraient été lésés suite à l'attribution de l'affaire à la 9^{ème} chambre »

Alors que

Le juge auquel une affaire est attribuée et dans laquelle il se penche et demande à voir compléter le dossier par l'audition du co-accusé et qui lui est ensuite retiré pour des raisons indépendantes de sa volonté porte atteinte à l'image d'indépendance et d'impartialité de son office, partant, au principe de l'apparence tel que retenu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après, la « CEDH »).

Il est de jurisprudence constante que :

« Justice must not only be done; it must also be seen to be done »

La CEDH a encore souligné :

« ... l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice ».

Le changement de chambre d'une affaire commencée, sans rime ni raison suscite des interrogations dans l'esprit du public, du justiciable et des auxiliaires de justice, tels que les avocats, et est susceptible d'être source de controverse inutile, susceptible de porter atteinte à l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, donc aux bonnes garanties de la justice, d'autant plus, que la défense a formellement demandé que l'affaire soit renvoyée devant la chambre initialement saisie et qu'aucun motif pour ce changement n'a jamais été fourni.

Partant, il y a violation du texte susvisé. »,

le troisième, « Pour violation de l'article 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (droit à un recours effectif) En ce que l'arrêt attaqué

« quant au jugement sur incident du 30 avril 2018

reçoit les appels de B) et du ministère public ;

les dit non fondés »

Aux motifs que

« C'est à juste titre que le tribunal a retenu que la demande de la présidente de la chambre correctionnelle adressée au parquet, partie poursuivante, à voir compléter le dossier répressif en joignant une audition du prévenu, effectuée non pas par la présidente ou un membre de la composition, mais par les agents de la force publique sous le contrôle du parquet, ne constitue pas une mesure d'instruction ordonnée en vertu du pouvoir discrétionnaire du président de la juridiction afin de découvrir la vérité. Il s'ajoute que l'audition n'a pas non plus été faite par des agents de la police sous la direction et le contrôle de la présidente de la chambre correctionnelle.

Aucun des juges ayant composé lors d'une première partition de l'affaire devant la 16^{ème} chambre du tribunal, n'ayant été privé de sa place, respectivement n'ayant été déplacé contre sa volonté ou ayant été suspendu, le moyen tiré de la violation de l'article 91 de la Constitution a été à juste titre écarté par le tribunal.

Il en est de même de l'exception de litispendance qui suppose qu'une même affaire soit engagée devant deux jurisdictions également compétentes. En l'occurrence, l'affaire pénale n'est pas pendante devant deux tribunaux, mais a été refixée après une première audience, devant une autre chambre du même tribunal.

Le changement de la composition de la juridiction n'a pas non plus porté atteinte aux droits de la défense ou constitué ipso facto une violation des droits de la défense, le mandataire de B) n'ayant pas ailleurs pas précisé en quoi ses droits de la défense auraient été lésés suite à l'attribution de l'affaire à la 9^{ème} chambre »

Alors que

La fixation des affaires devant telle ou telle chambre relève du pouvoir discrétionnaire de la partie poursuivante, de sorte que le choix de la chambre ne peut être débattu en tant que tel.

Il n'existe donc aucun recours propre à l'encontre de cette décision.

Seuls des incidents de procédure ont pu être soulevés par la défense, en l'occurrence par voie de conclusions en vue de contester la saisine de la nouvelle chambre et de voir renvoyer l'affaire devant la chambre initialement saisie.

Toutefois, ces moyens n'ont pas visé le choix en tant que tel de la chambre, alors qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire et qu'aucun recours à cet égard est prévu, mais les incidents ont porté sur des règles de saisine, voire d'attribution d'une affaire à un juge.

Or, l'incident de procédure ne vaut en aucun cas un recours « effectif et concret » contre le choix de la chambre au sens du texte susvisé.

Dès lors, à défaut de recours contre une telle décision de fixation de la part de la partie poursuivante, il y a violation de la disposition susvisée. »

et

le quatrième, « Pour violation de l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'Homme En ce que l'arrêt attaqué

« quant au jugement sur incident du 30 avril 2018 reçoit les appels de B) et du ministère public ;

les dit non fondés »

Aux motifs que

« Le changement de la composition de la juridiction n'a pas non plus porté atteinte aux droits de la défense ou constitué ipso facto une violation des droits de la défense, le mandataire de B) n'ayant pas ailleurs pas précisé en quoi ses droits de la défense auraient été lésés suite à l'attribution de l'affaire à la 9^{ème} chambre » (p.25)

Alors que

Les droits de la défense constituent au sens de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme un droit fondamental.

Une atteinte aux droits garanties par la Convention Européenne des Droits de l'Homme est suffisante pour sanctionner l'irrégularité et la condition de prouver un préjudice dans le cadre d'une atteinte d'un droit fondamental ne peut aucunement être retenue.

D'une part, la condition du préjudice n'est pas prévu par les textes, ni ne découle de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, et, d'autre part, impo-

ser une telle condition rend le droit garanti théorique et illusoire, alors que les droits fondamentaux doivent être assurés concrètement et effectivement.

Partant, le Cour d'appel en disant qu'en « n'ayant pas ailleurs pas précisé en quoi ses droits de la défense auraient été lésés » suppose une condition d'application du droit fondamental contraires aux prescriptions légales et, partant, il y a violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. ».

Réponse de la Cour

Le choix de la chambre correctionnelle du tribunal qui aura à connaître d'une affaire ne porte atteinte à aucun droit garanti par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il en suit que les moyens ne sont pas fondés.

(...)

(dispositif conforme aux motifs)

COUR DE CASSATION, 25 FÉVRIER 2021

Arrêt n° 34/2021

Comp. : J.-C. WIWINIUS (Prés.), E. EICHER, M. REIFFERS, R. LINDEN, L. PRUSSEN

Min. pub. : J. PETRY

Av. : M. LEHNEN

NON-LIEU – Recevabilité du pourvoi contre un arrêt de non-lieu – Refus de réouverture de l'instruction et de procéder à des devoirs complémentaires – Appréciation souveraine des juges de l'instruction

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a retenu que l'appréciation de l'existence de charges suffisantes de culpabilité ainsi que de l'utilité de procéder à un complément d'instruction relève du pouvoir souverain des juges de la chambre du conseil et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

L'examen de la recevabilité du pourvoi est quant à lui remarquable, en ce que l'on constate que le pourvoi formé par la partie civile, dirigé contre un arrêt de non-lieu, n'a pas été déclaré irrecevable. Suivant les conclusions salutaires du Procureur général d'État adjoint, dont un extrait est publié, la Cour de cassation, tout en discrétion, marque ainsi un retour à une jurisprudence dont on ne savait exactement si elle avait été abandonnée.

EXTRAITS

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait prononcé un non-lieu à suivre du chef de faits instruits suite à la plainte avec constitution de partie civile de L) et aux réquisitoires du procureur d'État. Sur appel de la partie civile, la chambre du conseil de la Cour d'appel a confirmé l'ordonnance entreprise.

Sur les quatre moyens de cassation réunis

Enoncé des moyens

le premier, « Tiré de l'excès de pouvoir conféré à la Chambre du conseil de la Cour d'appel par les articles 128 (1) et 134(2) du Code de procédure pénale,

en ce que,

pour rejeter la demande tant du Ministère public que de la partie civile à voir ordonner la réouverture de l'instruction et des devoirs supplémentaires, la Chambre du conseil de la Cour d'appel s'est prêtée à une analyse du fond du dossier pour déterminer l'utilité de l'institution d'une instruction complémentaire, et a décidé que

« les éléments fournis en cause ne faisant apparaître aucun élément déterminant justifiant l'institution d'une instruc-

tion complémentaire, faute par la partie appellante de relever des éléments dont le contenu permettrait d'accréditer de façon déterminante ses allégations ou qui serait susceptible d'apporter des éléments de preuve pertinents dans le cadre de l'instruction de la présente affaire, sinon qui justifierait l'ouverture d'un complément d'enquête »,

alors que,

la compétence réservée à la Chambre du conseil de la Cour d'appel par les dispositions des articles 128(1) et 134 (2) du Code de procédure pénale se limite à déterminer s'il existe des « charges contrôlées et si sérieuses que, dès à présent, leur condamnation apparaisse comme vraisemblable, les charges devant être entendues comme l'ensemble des éléments recueillis au terme de l'instruction » et à ordonner si elle l'estime utile un complément d'instruction. »,

le deuxième, « Tiré de la violation articles 128 (1) et 134 (2) du Code de procédure pénale, par mauvaise interprétation, sinon mauvaise application,

en ce que,

pour rejeter la demande tant du Ministère public que de la partie civile à voir ordonner la réouverture de l'instruction et des devoirs supplémentaires, la Chambre du conseil de la Cour d'appel s'est prêtée à une analyse du fond du dossier pour déterminer l'utilité de l'institution d'une instruction complémentaire, et a décidé que

« les éléments fournis en cause ne faisant apparaître aucun élément déterminant justifiant l'institution d'une instruction complémentaire, faute par la partie appelante de relever des éléments dont le contenu permettrait d'accréditer de façon déterminante ses allégations ou qui serait susceptible d'apporter des éléments de preuve pertinents dans le cadre de l'instruction de la présente affaire, sinon qui justifierait l'ouverture d'un complément d'enquête »,

alors que,

la compétence réservée à la Chambre du conseil de la Cour d'appel par les dispositions des articles 128 (1) et 134 (2) du Code de procédure pénale se limite à déterminer s'il existe des « charges contrôlées et si sérieuses que, dès à présent, leur condamnation apparaisse comme vraisemblable, les charges devant être entendues comme l'ensemble des éléments recueillis au terme de l'instruction » et à ordonner si elle l'estime utile un complément d'instruction. »

le troisième, « Tiré de la violation de l'article 134 (2) du Code de procédure pénale, par mauvaise interprétation, sinon mauvaise application,

en ce que,

pour rejeter la demande tant du Ministère public que de la partie civile à voir ordonner la réouverture de l'instruction et des devoirs supplémentaires, la Chambre du conseil de la Cour d'appel a conditionné sa décision par la considération que « faute par la partie appelante de relever des éléments dont le contenu permettrait d'accréditer de façon déterminante ses allégations ou qui serait susceptible d'apporter des éléments de preuve pertinents dans le cadre de l'instruction de la présente affaire, sinon qui justifierait l'ouverture d'un complément d'enquête »,

alors que,

la Chambre du conseil de la Cour d'appel peut, par application des dispositions de l'article 134 (2) du Code de procédure pénale, ordonner si elle l'estime utile un complément d'instruction sans conditionner cette décision par la production de la part de la partie civile « des éléments dont le contenu permettrait d'accréditer de façon déterminante ses allégations ou qui serait susceptible d'apporter des éléments de preuve pertinents ». »

et

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

Article 6 §1 ConvEDH :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable,

par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »

en ce que,

La Chambre du conseil de la Cour d'appel a refusé d'appliquer, sinon a mal appliqué l'article précité 6 §1 ConvEDH, en décidant que :

« faute par la partie appelante de relever des éléments dont le contenu permettrait d'accréditer de façon déterminante ses allégations ou qui serait susceptible d'apporter des éléments de preuve pertinents dans le cadre de l'instruction de la présente affaire, sinon qui justifierait l'ouverture d'un complément d'enquête »

alors que,

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

Réponse de la Cour

Sous le couvert du grief tiré de la violation des dispositions visées aux moyens, ceux-ci ne tendent qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges de la chambre du conseil de la Cour d'appel, de l'existence de charges suffisantes de culpabilité à l'encontre des personnes visées par la plainte avec constitution de partie civile, ainsi que de l'utilité de procéder à un complément d'instruction et d'ordonner les actes d'information sollicités par le demandeur en cassation, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que les quatre moyens ne sauraient être accueillis. (...)

(dispositif conforme aux motifs)

Extraits des conclusions du Procureur général d'État adjoint John Petry

[Le pourvoi] attaque un arrêt d'instruction qui, en confirmant une ordonnance de non-lieu, statue définitivement sur l'action publique, de sorte qu'il est recevable sur base de l'article 416 du Code d'instruction criminelle.

Cette solution a été réitérée par votre Cour dans le cadre d'une jurisprudence constante.¹ Elle a été étendue au pourvoi en cassation de la partie civile contre l'ordonnance de

1. Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 16 novembre 2006, n° 45/2006 pénal, numéro 2349 du registre ; *idem*, 10 avril 2008, n° 16/2008 pénal, numéro 2477 du registre ; 17 avril 2008, n° 21/2008 pénal, numéro 2495 du registre ; *idem*, 9 décembre 2010, n° 35/2010 pénal, numéro 2806 du registre ; *idem*, 18 juin 2015, n° 30/2015 pénal, numéro 3502 du registre ; *idem*, 22 octobre 2015, n° 47/2015 pénal, numéro 3549 du registre ; *idem*, 10 décembre 2015, n° 58/2015 pénal, numéro 3566 du registre ; *idem*, 9 juin 2016, n° 25/2016 pénal, numéro 3659 du registre ; *idem*, 2 mars 2017, n° 9/2017 pénal, numéro 3769 du registre ; *idem*, 15 juin 2017, n° 29/2017 pénal, numéro 3817 du registre ; *idem*, 29 novembre 2018, n° 116/2018 pénal, numéro 4043 du registre ; *idem*, 28 mars 2019, n° 51/2019 pénal, numéro CAS-2018-00039 du registre.

non-informer du juge d'instruction². Elle reprend la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, qui l'a adoptée depuis 1979³. Celle-ci a été consacrée en Belgique par la loi du 14 février 2014 relative à la procédure devant la Cour de cassation en matière pénale⁴, qui a remplacé l'article 417 du Code d'instruction criminelle belge par une disposition retenant que « *le ministère public et la partie civile peuvent former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de non-lieu* »⁵.

Elle présente l'originalité d'autoriser la partie civile d'attaquer une décision qui porte directement et exclusivement sur l'action publique, aucune décision n'ayant été prise quant à l'action civile⁶. Elle met la partie civile et le Ministère public sur un pied d'égalité pour attaquer l'arrêt de non-lieu, l'une et l'autre pouvant invoquer toutes les irrégularités et toutes les irrégularités qui affectent le dispositif du non-lieu⁷.

Elle remplace une solution contraire qui avait prévalu pendant longtemps tant en Belgique⁸ qu'au Luxembourg⁹ et selon laquelle la partie civile ne disposait pas d'un pourvoi en cassation contre le dispositif qui statuait sur l'action publique dans un arrêt de non-lieu¹⁰.

Cette solution a été abandonnée à juste :

« Si la chambre [du conseil de la Cour d'appel] prononce un non-lieu, la partie civile, dont les intérêts sont nécessairement liés à la décision rendue sur l'action publique, doit – à mon sens – au minimum pouvoir, lorsqu'elle se pourvoit, faire valoir des moyens critiquant la régularité et la légalité de l'arrêt rendu sur son [appel]. En décider autrement aboutirait à enlever toute portée à son pourvoi, quant à ses réels intérêts civils. En effet, les condamnations aux frais et dépens et aux dommages-intérêts prononcés nécessairement, en cas de non-lieu, par la chambre [du conseil de la

Cour d'appel], si elles portent atteinte aux intérêts civils de la partie [appelante], sont cependant tout à fait étrangers aux dommages qui lui sont personnels et qu'elle se proposait de faire valoir devant la juridiction répressive. »¹¹

Le droit de la partie civile de se pourvoir sans restriction contre l'arrêt de non-lieu ne constitue que la conséquence de son droit d'appel que l'article 133, paragraphe 2, du Code de procédure pénale l'autorise à former contre toute ordonnance du juge d'instruction et de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement qui fait grief à ses intérêts civils. Ce droit d'appel permet à la partie civile « *agir directement sur l'action publique, puisque si [l'appel] est reçu [...] et déclaré [...] fondé [...], la chambre [du conseil de la Cour d'appel] rend un arrêt de renvoi saisissant la juridiction de jugement du fait pénal* »¹². Il en suit que « *dans le cas où la chambre [du conseil de la Cour d'appel] rend un arrêt de non-lieu sur [l'appel] de la partie civile, il est normal que celle-ci soit recevable à se pourvoir en cassation lorsqu'elle prétend que le droit de faire réexaminer les charges, qui lui est reconnu par la loi, a été méconnu par l'arrêt de non-lieu. La Cour de cassation droit alors décider si [l'appel] légalement reconnu [...] à la partie civile a été légalement examiné [...] par la chambre [du conseil de la Cour d'appel]. C'est donc, conformément à sa mission, la légalité de la décision qui est soumise à la Cour de cassation.* »¹³

C'est partant à juste titre que vous avez décidé d'admettre le pourvoi de la partie civile contre l'arrêt de non-lieu au motif « *que la limitation de l'effet dévolutif du pourvoi de la victime aux seuls intérêts civils ne s'applique pas au cas où, comme en l'espèce, la décision attaquée n'a pas statué au fond sur l'action publique* »¹⁴.

Ces éléments, qui paraissaient acquis, sont rappelés parce que vous vous êtes dans un arrêt récent, resté jusqu'à pré-

2. Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 18 novembre 2004, n° 45/2004 pénal, numéro 2115 du registre ; *idem*, 14 juillet 2005, n° 22/2005 pénal, numéro 2231 du registre ; *idem*, 25 janvier 2007, n° 9/2007 pénal, numéro 2365 du registre ; *idem*, 7 février 2008, n° 4/2008 pénal, numéro 2520 du registre ; *idem*, 7 février 2013, n° 8/2013 pénal, numéro 3158 du registre ; *idem*, 16 janvier 2014, n° 7/2014 pénal, numéro 3230 du registre ; *idem*, 18 décembre 2014, n° 45/2014 pénal, numéro 3340 du registre ; *idem*, 18 février 2016, n° 8/2016 pénal, numéro 3615 du registre ; *idem*, 13 octobre 2016, n° 44/2016 pénal, numéro 3677 du registre ; *idem*, 8 mars 2018, n° 16/2018 pénal, numéro 3916 du registre ; *idem*, 20 décembre 2018, n° 131/2018, numéro CAS-2018-00074 du registre.
3. Cour de cassation de Belgique, 7 novembre 1979, Revue de droit pénal et de criminologie, 1980, page 245, avec les conclusions de l'avocat général COLARD ; Raoul DECLERCQ, Cassation en matière répressive, Bruxelles, Bruylant, 2006, n° 112, pages 70-71 et les arrêts y cités ; Michel FRANCHIMONT, Ann JACOBS, Adrien MASSET, Manuel de procédure pénale, Bruxelles, Larcier, 4^e édition, 2012, page 1056 et note de bas de page n° 53 ; Répertoire pratique du droit belge, V^e Pourvoi en cassation en matière répressive, par Raoul DECLERCQ, Bruxelles, Bruylant, 2015, n° 1107, page 704 ; Jacqueline OOSTERBOSCH et Jean-Philippe DE WIND, Le pourvoi en cassation en matière répressive : droit positif et loi du 14 février 2014, in : Actualités de droit pénal et de procédure pénale, Bruxelles, Larcier, 2014, pages 49 à 96, voir n° 32, page 72 ; Olivier MICHELS, et Géraldine FALQUE, Principes de procédure pénale, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 1605, page 529 et note de bas de page n° 202.
4. Moniteur belge 2014-02-27.
5. Cette disposition a été motivée comme suit : « Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la partie civile dispose, comme le ministère public, d'un véritable pourvoi contre les arrêts de non-lieu, pourvoi qui concerne tant l'action publique que l'action civile. C'est cette jurisprudence que consacre l'article 419 proposé [qui deviendra finalement l'article 417, nouveau, du Code d'instruction criminelle belge] » (Sénat de Belgique, Session 2012-2013, Proposition de loi de Francis DELPÉRÉE relative à la procédure devant la Cour de cassation en matière pénale, 5-1821/1, page 9, Commentaire de l'article 24 de la Proposition de loi).
6. DECLERCQ, 2015, précité, n° 1107, page 704.
7. DECLERCQ, 2006, précité, n° 112, page 70.
8. Cour de cassation de Belgique, 30 octobre 1903, Pas. belge, 1904, I, 62 et les conclusions contraires du Procureur général JANSSENS ; *idem*, 3 octobre 1978, Pas. belge, 1979, I, 153 (arrêts cités dans DECLERCQ, 2006, précité, n° 112, page 70).
9. Cour de cassation, 13 janvier 1955, Pas. 16, page 199 ; *idem*, 13 janvier 1983, Pas. 25, page 363.
10. DECLERCQ, 2006, précité, n° 112, page 70.
11. Conclusions de l'avocat général COLLARD sous l'arrêt précité de la Cour de cassation de Belgique du 7 novembre 1979.
12. Note sous l'arrêt précité publié dans la Revue de droit pénal et de criminologie, 1980, pages 254-255, voir page 254, avant-dernier alinéa.
13. Idem, page 254, dernier alinéa. Voir également en ce sens les conclusions de Madame Martine SOLOVIEFF, alors premier avocat général, sous votre arrêt précité n° 16/2008 pénal, numéro 2477 du registre, du 10 avril 2008.
14. Arrêt précité n° 16/2008 pénal, numéro 2477 du registre, du 10 avril 2008.

sent isolé – de sorte qu'il est sans doute prématuré d'évoquer un revirement de jurisprudence – départis de cette solution au motif que « *une partie civile n'est pas recevable à se pourvoir en cassation contre [une décision de non-lieu rendue par la chambre du conseil de la Cour d'appel]*, étant donné que la Cour de cassation ne peut connaître de l'action civile lorsque l'action publique, que le Ministère public seul peut exercer, est éteinte », étant précisé qu'une décision de non-lieu « *non déférée à la Cour de cassation par le Ministère public, a pour conséquence l'extinction de l'action publique* »¹⁵.

Cette solution, si elle devait se confirmer, constituerait un revirement difficilement justifiable au regard des principes rappelés ci-avant.

Le soussigné, se référant à votre jurisprudence, sous la réserve précitée, constante des deux dernières décennies conclut donc à la recevabilité du pourvoi.

(...)

15. Cour de cassation, 16 janvier 2020, n° 9/2020 pénal, numéro CAS-2019-00024 du registre.

COUR D'APPEL, 5^{ème} CH. CORR., 21 JUILLET 2020

Arrêt n° 267/2020

Comp. : M. HARTMANN (Prés.), H. BECKER, S. PISANI

Min. pub. : M. SCHILTZ

Av. : Ph. DUPONT, R. GRASSO, A. GUDMANNSSON

APPEL – Effet dévolutif – Jugement avant-dire droit – Extension de l'appel principal en cas d'indivisibilité des décisions – Prescription – Moyen d'ordre public se heurtant à la force de chose jugée

PRESCRIPTION – Prise illégale d'intérêt – Infraction clandestine par nature (non) – Absence de dissimulation par des manœuvres dilatoires – Absence de clandestinité par dissimulation

MALVERSATION DE CURATEUR DE FAILLITE – Définition de l'infraction – Respect du principe de légalité – Élément matériel circonscrit par la mission légale de gestion du curateur – Domiciliation de la société faillie – Dol spécial – Intérêt personnel ou cupidité

À l'occasion de poursuites pour le moins inhabituelles dirigées contre un curateur, pour avoir signé pour le compte de chacune des sociétés faillies un contrat de domiciliation avec une société dans laquelle le prévenu était actionnaire, la Cour d'appel en rendu un arrêt riche d'enseignements, tant sur le droit pénal procédural que sur le droit pénal matériel.

Sur l'effet dévolutif de l'appel tout d'abord, la Cour a pu estimer que la circonstance que le jugement avant-dire droit, qui n'a pas statué, ne fût-ce que partiellement, sur le fond du litige, et qui n'a pas mis fin à la procédure, n'est pas susceptible d'un appel immédiat, et ne peut être entrepris qu'ensemble avec le jugement sur le fond dans le délai d'appel applicable à celui-ci, n'implique pas que l'appel interjeté contre le jugement au fond s'étend de plein droit au jugement sur incident sans qu'il soit besoin de le désigner expressément dans l'acte d'appel.

Il résulte au contraire de l'article 203 du Code de procédure pénale que la déclaration d'appel doit spécifier le jugement contre lequel l'appel est dirigé, ou, en cas de deux ou de plusieurs décisions, chacune de celles-ci. Une déclaration d'appel portant uniquement sur le dernier jugement ne peut en effet s'étendre à un jugement précédent qu'en cas d'indivisibilité entre les décisions, ce que la Cour d'appel a exclu en l'espèce.

Ainsi, la juridiction ne peut examiner les conclusions de la partie appelante tendant à la réformation d'un jugement que si cette décision lui est régulièrement déférée, peu importe le caractère d'ordre public des moyens soulevés par l'appelant. Il en suit que même un moyen d'ordre public est seulement recevable s'il ne se heurte pas à la force de chose jugée. En l'espèce, la Cour d'appel n'est pas saisie d'un recours contre le jugement sur incident, de sorte qu'elle n'a pas à examiner des moyens, fussent-ils d'ordre public, relatifs à la prescription, toisée par ce jugement, qui est coulé en force de chose jugée.

Sur la prescription ensuite, la Cour d'appel a retenu que la prise illégale d'intérêts n'est pas une infraction clandestine par nature mais pouvait être une infraction clandestine par dissimulation. La clandestinité n'étant pas un des éléments constitutifs de l'infraction de prise illégale d'intérêts alors que l'ingérence peut également se concevoir lorsque le titulaire d'une fonction publique agit personnellement, au grand jour, sans artifice ou simulation, elle ne saurait être considérée comme infraction clandestine par nature. Le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du dernier acte administratif accompli par l'agent public par lequel il prend ou reçoit directement ou indirectement un intérêt dans une opération dont il a l'administration ou la surveillance, respectivement au cas où l'opération est fractionnée, notamment en cas de paiements successifs, à partir du dernier versement. Ainsi, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, le délai de prescription de l'action publique commence seulement à courir à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.

Enfin, sur l'infraction principale, à savoir les malversations commises par un curateur de faillite, punie aux articles 575 4^o du Code de commerce et 490 du Code pénal, la Cour d'appel a d'abord donné des précisions sur l'élément matériel de l'in-

fraction. Elle rappelle qu'en incriminant la malversation commise par le curateur dans la gestion de la faillite, le législateur a entendu réprimer les agissements du curateur, qui portent atteinte aux intérêts que l'institution de la faillite a pour protéger, entre autres les intérêts des créanciers. L'élément matériel de l'infraction est donc circonscrit par la mission légale de gestion du curateur auquel il appartient de réaliser l'actif de la faillite et de distribuer les fonds qui proviennent de sa réalisation, respectivement de conserver et de réaliser les actifs du failli et, au besoin, de provoquer une reconstitution de ce patrimoine pour ensuite en répartir le produit au profit des créanciers. Elle estime ainsi que les articles 575 4° du Code de commerce et 490 du Code pénal définissent l'infraction de malversation en des termes suffisamment clairs permettant aux intéressés de prévoir avec une sûreté suffisante les caractéristiques essentielles des conduites constitutives de l'infraction visée. L'exigence de prévisibilité des normes pénales et le principe de légalité, imposés par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 de la Constitution, s'en trouvent alors respectés.

Plus particulièrement, dans son appréciation des éléments constitutifs de l'infraction, la Cour a retenu que les paiements effectués en exécution de deux contrats de domiciliation ont diminué les actifs disponibles des sociétés en faillite. Ainsi, l'administration des faillites a été rendue onéreuse pour la masse par la faute du curateur, de sorte que l'élément matériel de l'infraction de malversation est établi en l'espèce. En ce qui concerne l'élément moral, le dol spécial exigé comme l'élément moral de l'infraction de malversation est entendu comme des agissements inspirés par l'intérêt personnel ou la cupidité. En l'espèce, il n'existe aucune autorisation écrite du Juge-commissaire pour la conclusion des deux contrats de domiciliation au sens de la loi précitée du 31 mai 1999 ni pour le règlement des frais en résultant par prélèvement sur l'actif de la masse de la faillite. En tant que professionnel confirmé, le prévenu aurait néanmoins dû avoir conscience que par le fait de conclure les contrats de domiciliation litigieux, les frais incombant à la masse de la faillite seraient nécessairement augmentés tandis que les frais et la charge de travail de son étude seraient réduits en conséquence. Il s'ensuit que le dol spécial d'intérêt personnel requis pour la prévention de malversation est établi.

EXTRAITS

I. QUANT AUX RÉTROACTES :

Il y a lieu de rappeler que suite à une enquête préliminaire à partir du 11 janvier 2013, le Procureur d'État de Luxembourg a, en date du 16 mars 2015, requis l'ouverture d'une information judiciaire à l'encontre de P pour infraction de malversation dans sa gestion en tant que curateur de la faillite des sociétés SOC1 et SOC2, (ci-après SOC2).

Par ordonnance du 14 mars 2018, la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a renvoyé P devant la juridiction du fond pour infraction à l'article 575 4° du Code de commerce, sanctionnée par l'article 490 du Code pénal, en relation avec les contrats de domiciliation avec la société SOC3 signés par le prévenu en tant que curateur des faillites SOC1 et SOC2, malgré le fait qu'il était actionnaire de ladite société.

Par jugement du 17 janvier 2019, le tribunal d'arrondissement a retenu, contrairement aux conclusions tant du ministère public que du prévenu, que l'action publique engagée à l'encontre de P du chef des faits faisant l'objet de l'ordonnance de renvoi no 424/18 rendue le 14 mars 2018 par la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg n'est pas prescrite.

Pour ce faire, le tribunal a retenu que l'infraction de malversation reprochée à P est à qualifier d'infraction clandestine par nature, de sorte que le point de départ de la prescription de l'action publique est à fixer au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique, ce qui, selon l'appréciation des juges de première instance,

n'a été le cas au plus tôt qu'en date du 14 juin 2012, date à laquelle le juge-commissaire de l'époque avait, après itératives demandes de renseignements et précisions sur les opérations de la faillite par lui-même ainsi que par ses prédécesseurs, été informé sur les prélèvements effectués sur l'actif des faillites en faveur de la société SOC3 du chef de frais de domiciliation.

Ce jugement n'a pas été frappé d'appel.

À l'audience du 14 novembre 2019, le procureur d'État a demandé la condamnation de P non seulement pour l'infraction de malversation, mais également pour l'infraction de prise illégale d'intérêts.

Par le jugement entrepris du 5 décembre 2019, P a été condamné pour malversation en sa qualité de curateur des faillites des sociétés SOC1 et SOC2 et prise illégale d'intérêts à une amende de 40.000 euros. Le jugement a encore ordonné la réintégration à la masse de la faillite de la société SOC1 de la somme de 23.171,60 euros et la réintégration à la masse de la faillite de la société SOC2 de la somme de 19.521,03 euros et a ordonné l'affichage du jugement et sa publication dans deux quotidiens luxembourgeois.

II. QUANT À LA PRESCRIPTION :

A) La position des parties :

L'appelant demande à voir dire que l'action publique engagée à son encontre du chef des faits faisant l'objet de l'ordonnance de renvoi n° 424/18 du 14 mars 2018 par

la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg est prescrite tant sous la qualification de malversation que sous la qualification de prise illégale d'intérêts.

Contrairement à l'avis de la juridiction de première instance, l'infraction de malversation qui lui est reprochée ne pourrait être considérée comme infraction clandestine par nature (occulte). Elle ne pourrait pas non plus être considérée comme infraction clandestine par réalisation (dissimulée). Il en serait de même pour l'infraction de prise illégale d'intérêts. En effet, la clandestinité serait un des éléments constitutifs de l'infraction occulte ou clandestine par nature. Tel ne serait cependant pas le cas en l'espèce.

Ainsi, il résulterait déjà du libellé du deuxième paragraphe de l'article 245 du Code pénal que la prise illégale d'intérêts n'est pas une infraction clandestine par nature. Cette solution aurait d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence française suivant laquelle cette infraction se prescrit à « compter du dernier acte administratif accompli par l'agent public par lequel il prend ou reçoit directement ou indirectement un intérêt dans une opération dont il a l'administration ou la surveillance ».

L'infraction de malversation ne prévoit pas non plus parmi ses éléments constitutifs la clandestinité.

Les infractions de malversation et de prise illégale d'intérêts ne sauraient donc être clandestines par nature dans la mesure où il est parfaitement concevable qu'elles soient commises sans clandestinité.

Les infractions clandestines par réalisation, de leur côté, ne pourraient exister que si l'auteur a volontairement agi pour empêcher la découverte.

La clandestinité serait dans ce cas déterminée au cas par cas, selon que le délinquant aura ou non œuvré à masquer son forfait et il appartiendrait aux autorités de poursuite, qui ont la charge de la preuve, d'établir les circonstances réelles et effectives de l'espèce qui caractérisent concrètement la clandestinité de l'infraction.

Or, en l'espèce, aucun élément du dossier pénal ne permettrait de laisser croire que P ait, à un quelconque moment, essayé de dissimuler l'existence des domiciliations des sociétés en faillite auprès de la société SOC3. Il l'aurait, au contraire, dès le départ et tout au long de la durée de la domiciliation, rendue publique, à savoir par des publications au Mémorial, sur le papier-entête des sociétés en faillite ou encore dans des procès et les vérifications de créances.

Ainsi, les transferts successifs des sièges des sociétés en faillite avaient été publiés au Mémorial C. Il résulterait, en outre, des publications au Mémorial C que P était membre du conseil d'administration de la société SOC3.

À l'époque des faits qui lui sont reprochés, il aurait également été notoire que les associés de l'étude dont faisait partie P avaient des liens capitalistiques très étroits avec la société SOC3 et que P avait dans ses deux qualités d'actionnaire et d'administrateur un intérêt dans les affaires de celle-ci. Les juges-commissaires de l'époque et le ministère public auraient donc été parfaitement au courant du fait que les sociétés en faillite étaient domiciliées auprès de la société SOC3.

La société SOC3 étant une société commerciale, le juge commissaire et le ministère public n'auraient pas non plus pu ignorer que la domiciliation ne se ferait pas à titre gratuit.

À cela s'ajouteraient que de nombreuses pièces produites dans le cadre de différentes procédures judiciaires liées aux faillites des sociétés SOC1 et SOC2 faisaient référence à la domiciliation. Ces documents auraient été mis à la disposition tant du juge commissaire que du représentant du ministère public qui assistait aux vérifications des créances (dont notamment l'admission de la déclaration de créance de la société anonyme SOC10 après le versement d'une procuration spéciale qui fait référence à cette domiciliation) ou encore aux audiences de l'affaire « ... », dont le mandataire avait clairement indiqué dans ses conclusions que les faillites étaient domiciliées auprès de la société SOC3.

La défense de P en conclut que le juge-commissaire et le ministère public disposaient donc, au moins depuis l'année 2003, de tous les éléments factuels qui leur auraient permis de constater et de poursuivre une éventuelle malversation, respectivement une éventuelle prise illégale d'intérêts commise par le curateur.

Les différents juges-commissaires n'auraient cependant pas agi malgré le fait qu'ils auraient été en possession de tous les éléments factuels. Or, la réalisation occulte de l'infraction exclurait la négligence du ministère public et, par voie de conséquence, celle des autorités judiciaires de manière générale.

P n'ayant commis aucun acte, ni positif, ni d'omission, pour occulter le fait que les sociétés SOC1 et SOC2 étaient domiciliées auprès de la société SOC3 et que les associés de l'étude dont faisait partie P et donc lui-même également, étaient les actionnaires de la société SOC3, de sorte que ni l'infraction de malversation, ni l'infraction de prise illégale d'intérêt ne sauraient constituer des infractions dissimulées.

Le point de départ du délai de prescription de l'action publique ne saurait dès lors être reporté. La prescription de ces infractions aurait donc nécessairement commencé à courir au plus tard le 1^{er} avril 2008, jour du dernier paiement à la société SOC3, de sorte que la prescription des faits incriminés était dès lors définitivement acquise au plus tard le 1^{er} avril 2011. En tout état de cause, depuis la cession de SOC3 à un tiers en date du 17 juin 2008, P

n'avait plus aucun intérêt de quelque nature qu'il soit dans la société.

Par ailleurs, la prescription de l'action publique serait d'ordre public et pourrait être opposée en tout état de cause et « même devant le Juge du fait saisi après cassation ». La prescription de l'action publique serait un mode général de l'extinction de celle-ci et elle constituerait « une exception préemptoire et d'ordre public », de sorte qu'il appartiendrait à la Cour d'appel d'examiner même d'office la question.

Le représentant du ministère public fait valoir que la prescription s'applique aux faits.

En l'espèce, ce serait la décision du 17 janvier 2019 qui aurait tranché la question de la prescription de l'action publique. Les juges de première instance auraient en effet retenu que les faits repris dans l'ordonnance de renvoi ne seraient pas prescrits.

Cette décision n'aurait cependant pas été frappée d'un recours. Même si aucun appel immédiat n'aurait été possible, il aurait appartenu à la partie appelante de relever appel de cette décision ensemble avec son appel contre la décision au fond. En effet, et contrairement à ce que ferait plaider l'appelant, le recours contre une décision au fond n'impliquerait pas un recours contre une décision interlocutoire. À défaut d'appel interjeté contre la décision du 17 janvier 2019, celle-ci serait actuellement coulée en force de chose jugée.

Il serait certes vrai comme le souligne la partie appelante que la prescription de l'action publique est d'ordre public et qu'elle doit même être soulevée d'office. La recevabilité des voies de recours serait néanmoins également d'ordre public et la question de la prescription ne devrait ainsi pas venir heurter ce qui est coulé en force de chose jugée.

Du moment qu'une décision ne serait pas entreprise dans le délai légal, elle serait coulée en force de chose jugée et serait partant définitive. Il en résulterait que si une partie a négligé de relever appel dans le délai légal, elle ne peut plus rattraper cette négligence. À l'appui de son argumentation le représentant du ministère public se rapporte aux jurisprudences des cours de cassation française et luxembourgeoise.

La question de la prescription de l'action publique ne pourrait donc plus être examinée par la Cour d'appel.

À titre subsidiaire, le représentant du ministère public fait plaider que la prescription ne serait pas acquise en l'espèce.

Il donne d'abord à considérer que le curateur ne pourrait pas tirer profit du fait de la publication du siège social. Le pouvoir de changer le siège social serait une prérogative des actionnaires qui garderaient ce droit même après le prononcé d'une faillite alors que celle-ci, contrairement à

une liquidation, ne mettrait pas fin à la vie d'une société. Les pouvoirs du curateur se limiteraient aux pouvoirs d'un gérant ou d'un conseil d'administration. Il s'en suivrait que le curateur ne pourrait opérer un changement du siège de la société en faillite.

La connaissance ou la possibilité de connaissance requise pour un report du délai de prescription de l'action publique devrait d'ailleurs être telle qu'une possibilité de poursuite aurait été possible. Or, le transfert du siège social d'une société n'impliquerait pas de facto une domiciliation et le paiement de frais de domiciliation.

La connaissance des infractions pourrait donc seulement résulter de la connaissance du contrat de domiciliation qui, conformément à l'article 5 de la loi du 23 décembre 1909 sur le registre de commerce et des sociétés, aurait dû être publié.

Comme en l'espèce, aucune publication du contrat de domiciliation n'aurait été faite, la prescription n'aurait pu commencer à courir qu'à partir du 28 août 2012, date à laquelle le curateur a communiqué les données nécessaires au juge-commissaire, respectivement à partir du 10 octobre 2012, date de la dénonciation des faits au procureur d'État.

La défense de P réplique que l'appel général du ministère public du 14 janvier 2020 produirait les effets les plus étendus. Bien que cet appel s'appliquerait seulement à l'action publique, il s'appliquerait nécessairement à la question de savoir si l'action publique est prescrite ou non. L'appel non limité du ministère public produirait ainsi une dévolution totale remettant en cause tout ce qui aurait été soumis aux juges de première instance. Il s'ensuivrait que le fait que P n'a pas explicitement interjeté appel contre le jugement interlocutoire du 17 janvier 2019 ne l'empêcherait pas d'invoquer ses moyens relatifs à la prescription de l'action publique.

À cela s'ajouterait que le jugement du 5 décembre 2019, consacrerait également des développements relatifs aux moyens de prescription de l'action publique. Le tribunal se référerait à son jugement du 17 janvier 2019 et partagerait, du moins implicitement, l'analyse et les conclusions du premier jugement que l'action publique n'est pas prescrite.

Les juges de première instance signaleraient d'ailleurs que leur décision quant à la prescription de l'action publique était « uniquement basée sur les éléments du dossier que le tribunal avait à ce moment à sa disposition ».

Or, il serait admis que si une décision au fond consacre également des développements auxdits moyens, les prévenus pourraient valablement les réitérer dans le cadre de l'appel dirigé contre le jugement au fond.

Un certain courant jurisprudentiel retiendrait, par ailleurs, qu'en interjetant appel contre le jugement rendu sur le

fond, l'appelant a attaqué implicitement, mais nécessairement toute la procédure sur laquelle est intervenu le jugement définitif.

Pour le cas où la Cour d'appel viendrait à la conclusion que la question de la prescription de l'action publique aurait définitivement été toisée par le jugement du 17 janvier 2019, il y aurait lieu de constater que cette décision a uniquement jugé que l'infraction de malversation n'était pas prescrite.

Les juges de première instance n'auraient en effet pas vérifié si la prescription était acquise ou non en relation avec l'infraction de prise illégale d'intérêts qui a été débattue pour la première fois devant les juges qui ont rendu le jugement du 5 décembre 2019.

Il aurait dès lors appartenu aux juges de première instance de tenir compte du caractère péremptoire et d'ordre public de l'exception de prescription et d'analyser, préalablement à la discussion quant au bien ou mal fondé de cette nouvelle infraction, si l'action publique à cet égard était prescrite ou non à l'égard de P.

Il ne saurait en effet être argumenté que du fait (contesté) que l'infraction de malversation n'était pas prescrite, qu'automatiquement l'infraction de prise illégale d'intérêts ne serait pas non plus prescrite, faute de quoi cette infraction dégénérerait en infraction occulte, ce qui ne serait manifestement pas le cas.

En considérant l'infraction de malversation comme une infraction clandestine par nature, le tribunal aurait créé une infraction qui est *de facto* imprescriptible, ce qui violerait le principe fondamental de la prescriptibilité des infractions établi par le Code de procédure pénale. Une telle construction prétorienne *contra legem* ne saurait avoir d'impact sur la prescription d'une autre infraction pour laquelle le point de départ du délai de prescription commun à toutes les infractions s'applique, sans constituer une nouvelle violation du principe fondamental que constitue la prescription des infractions.

Il appartiendrait donc en tout état de cause à la Cour d'appel d'analyser la prescription de l'action publique relative à l'infraction de prise illégale d'intérêt qui ne serait pas une infraction clandestine, alors que le caractère occulte n'en est pas un élément constitutif et que le ministère public n'apporterait pas la preuve que P ait, d'une quelconque manière, tenté d'obscurcir le fait que les sociétés étaient domiciliées auprès de la société SOC3.

B) L'Appréciation de la Cour d'appel :

La Cour d'appel constate que l'appel du prévenu est limité au jugement du 5 décembre 2019, seul désigné dans sa déclaration d'appel du 13 janvier 2020, et qu'il ne s'étend pas au jugement du 17 janvier 2019.

La circonstance que le jugement avant-dire droit, qui n'a pas statué, ne fût-ce que partiellement, sur le fond

du litige, et qui n'a pas mis fin à la procédure, n'est pas susceptible d'un appel immédiat, et ne peut être entrepris qu'ensemble avec le jugement sur le fond dans le délai d'appel applicable à celui-ci, n'implique pas que l'appel interjeté contre ce jugement s'étende de plein droit au jugement sur incident sans qu'il soit besoin de le désigner expressément dans l'acte d'appel.

Il résulte au contraire de l'article 203 du Code de procédure pénale que la déclaration d'appel doit spécifier le jugement contre lequel l'appel est dirigé, ou, en cas de deux ou de plusieurs décisions, chacune de celles-ci (Cass. ch. crim. 23 mars 1993, B. 1993, n° 127, p. 321, cité par Guinchard et Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, 7^e édition p. 1474 ; JurisClasseur, Procédure pénale, fasc. 10, n° 49).

Une déclaration d'appel portant uniquement sur le dernier jugement ne peut en effet s'étendre à un jugement précédent qu'en cas d'indivisibilité entre les décisions (cf. Cass. belge, 17 février 1998, Pasicrisie 1998, p. 241, cité par Henri-D. Bosly, Droit de la procédure pénale, 5^e édition, 2008, p. 1547 ; M. Franchimont, Manuel de procédure pénale, 3^e édition, p. 926, note 111). En l'espèce, une telle indivisibilité n'existe pas entre les jugements en cause.

La Cour d'appel constate encore que si les juges de première instance ont analysé la question de l'extinction de l'action publique par prescription et l'ont retenu dans le dispositif du jugement du 17 janvier 2019, ils ne sont plus revenus sur l'analyse de ce moyen dans leur jugement du 5 décembre 2019.

La défense de P donne cependant à considérer que la prescription est une règle d'ordre public pouvant même être soulevée devant la Cour de Cassation de sorte qu'il appartiendrait à la Cour d'appel de l'examiner.

Or, la Cour d'appel ne peut examiner les conclusions de la partie appelante tendant à la réformation d'un jugement que si cette décision lui est régulièrement déférée, peu importe le caractère d'ordre public des moyens soulevés par l'appelant.

Il en suit que même un moyen d'ordre public est seulement recevable s'il ne se heurte pas à la force de chose jugée.

En l'espèce, la Cour d'appel n'est pas saisie d'un recours contre le jugement sur incident, de sorte qu'elle n'a pas à examiner des moyens, fussent-ils d'ordre public, relatifs à la prescription, toisée par ce jugement, qui est coulé en force de chose jugée (cf. Cass 26 janvier 2017 no 02/2017 pénal).

La défense de P relève toutefois que dans leur jugement du 17 janvier 2019, les juges de première instance auraient seulement analysé la prescription de l'action publique relative à l'infraction de malversation et non la prescription de l'action publique relative à l'infraction de prise illégale d'intérêts, infraction invoquée par le ministère public pour la première fois à l'audience du 14 novembre 2019.

En cas de concours matériel d'infractions, la prescription s'apprécie séparément pour chacune des infractions (Cass belge, 21 avril 1975, Pas., 1975, I, p.837, cité dans M. Franchimont, Manuel de procédure pénale, p. 132, n° 5). Il en est de même en cas de concours idéal d'infractions.

En l'espèce, les juges de première instance ont, dans leur jugement du 17 janvier 2019, seulement analysé la prescription de l'action publique relative à l'infraction de malversation, mais non la prescription de l'action publique relative à l'infraction de prise illégale d'intérêts, infraction invoquée pour la première fois par le ministère public à l'audience du 14 novembre 2019.

Si les faits sur lesquels le ministère public a basé sa demande de condamnation pour prise illégale d'intérêts sont les mêmes que pour l'infraction de malversation, la décision des juges de première instance relative à la prescription de l'action publique n'a, au vu de ce qui précède, que pu porter sur l'infraction de malversation, telle que cela résulte d'ailleurs de la motivation du jugement du 17 janvier 2019.

Il appartient dès lors à la Cour d'appel d'examiner si l'action publique pour l'infraction de prise illégale d'intérêts, qui existe par la simple mise en contact de l'intérêt de la personne concernée avec l'intérêt public qu'il est chargé d'administrer ou surveiller, est prescrite ou non.

Conformément aux dispositions des articles 637 et 638 du Code de procédure pénale en vigueur antérieurement à la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes, l'action publique résultant d'un délit se prescrivait après trois années révolues à compter du jour où le délit a été commis.

La loi du 6 octobre 2009 a allongé le délai de la prescription de l'action publique pour les délits de trois à cinq ans. L'article 34 de cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, dispose qu'elle n'est applicable qu'aux faits qui se sont produits après son entrée en vigueur hormis les exceptions y mentionnées.

Cependant, par une loi du 24 février 2012 relative à la récidive internationale, les dispositions de l'article 34 de la loi du 6 octobre 2009 ont été modifiées et, d'après les nouvelles dispositions, le délai de prescription de cinq ans, retenu par la loi de 2009, est désormais immédiatement applicable à la répression des infractions commises avant son entrée en vigueur, soit avant le 9 mars 2012, à la condition que la prescription ne soit pas déjà acquise.

En principe, le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du dernier acte administratif accompli par l'agent public par lequel il prend ou reçoit directement ou indirectement un intérêt dans une opération dont il a l'administration ou la surveillance, respectivement au cas où l'opération est fractionnée, notamment en cas de paiements successifs, à partir du dernier versement (Cass crim. 29 juin 2005, n° 04-87294), voire même au

jour où la conservation d'un intérêt pris illégalement a pris fin (Cassation criminelle française, 29 avril 2014, n° 14-80060), c'est-à-dire en l'espèce, soit le 1^{er} avril 2008, soit le 17 juin 2008.

Selon le représentant du ministère public, le point de départ du délai de prescription de l'action publique serait reporté, en l'espèce, en raison du caractère clandestin de l'infraction.

À cet égard, il y a lieu de distinguer l'infraction clandestine par nature (occulte) de l'infraction clandestine par dissimulation.

La clandestinité n'étant pas un des éléments constitutifs de l'infraction de prise illégale d'intérêts alors que l'ignorance peut également se concevoir lorsque le titulaire d'une fonction publique agit personnellement, au grand jour, sans artifice ou simulation (F. Kuty, Principes généraux du droit pénal belge, p. 348), elle ne saurait être considérée comme infraction clandestine par nature.

Il est néanmoins admis que l'infraction de prise illégale d'intérêts peut être une infraction clandestine par dissimulation.

Ainsi, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, le délai de prescription de l'action publique commence seulement à courir à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites (Cassation Criminelle française, 16 déc. 2014, n° 14-82.939, Bull.crim. no 272).

Ce n'est donc que si un auteur dissimule ses détournements par des manœuvres dilatoires empêchant de constater les éléments de l'infraction que le délai de prescription est reporté.

Or, en l'espèce, même si P ne s'est pas empressé de répondre aux courriers des juges-commissaires, les éléments du dossier ne permettent pas de retenir qu'il ait entrepris des manœuvres pour dissimuler le fait que les sociétés en faillite ont été domiciliées auprès de la société SOC3, ni le fait qu'il est administrateur de cette société depuis le 16 juillet 1998.

Il résulte, en effet, des publications au Mémorial C que P a été administrateur de la société SOC3 (anc. SOC3) à partir du 16 juillet 1998 jusqu'à la cession de la société à un tiers en date du 17 juin 2008.

Abstraction faite de la régularité des transferts du siège des sociétés en faillite opérés par le curateur, ce dernier n'a pas caché ce fait. Ainsi, les transferts des sièges des sociétés en faillite du..., au... à partir du 1^{er} août 2001, puis à partir du 3 mars 2003 au... où se trouvait également le siège de la société SOC3 ont été publiés au Mémorial C. Le curateur n'a cependant pas été établi professionnellement à l'adresse de la société SOC3 à cette époque.

Il résulte encore des pièces produites en cause que dans le cadre de la procédure Z contre les sociétés en faillite, le mandataire de la partie demanderesse a, en date du 12 mai 2003, adressé au juge-commissaire un projet d'assignation des sociétés en faillite en précisant que celles-ci sont établies, sinon domiciliées au siège de la société SOC3. Il en est de même dans les assignations du 20 mai 2003 et du 11 juin 2003. L'assignation en homologation d'une transaction conclue entre parties du 1^{er} juillet 2003 faite à la requête de P précise l'adresse professionnelle du curateur (...) qui est différente de celles des sociétés en faillite pour lesquelles l'adresse « ... » est indiquée.

Dans le cadre de la déclaration de créance de la société SOC11, l'échange de courrier s'est fait par le biais de la société SOC3 (lettres du 8 avril 2003, 21 octobre 2003 et 24 juin 2004). Il en est de même de la lettre adressée à ce sujet au tribunal de commerce en date du 27 mars 2003.

Il résulte encore de la procédure reprise sous les rôles 48909, 72565, 77647 devant la 2^e section du tribunal d'arrondissement de Luxembourg que l'adresse des sociétés en faillite est différente de celle de leur curateur.

Finalement, suite à la contestation de la déclaration de créance de la société SOC10, l'échange de courrier avec le mandataire de créancière s'est également fait par le biais de la société SOC3.

Comme les éléments du dossier ne permettent donc pas de retenir que le curateur ait en l'espèce pris une initiative quelconque pour garder la domiciliation des sociétés en faillite auprès de la SOC3 secrète, le délai de prescription a commencé à courir au plus tard à partir de la cession de la société SOC3 à un tiers, de sorte que l'action publique engagée à l'encontre de P du chef de l'infraction de prise illégale d'intérêts a été prescrite dès le 18 juin 2011.

Le jugement entrepris est partant à réformer en ce sens.

III. QUANT AU FOND :

Les juges de première instance ont fourni une relation correcte, exhaustive et détaillé des faits, de sorte qu'il y a lieu de s'y référer.

Au vu de ce qui a été retenu sub II), il y a lieu de se limiter à l'infraction de malversation.

A) La position des parties :

La défense de P soutient que ni l'article 574 4^odu Code de commerce ni l'article 490 du Code pénal ne définissent la notion de malversation.

Suivant la jurisprudence belge cette infraction s'identifierait à la faute inspirée par l'intérêt personnel ou la cupidité commise dans l'exercice d'une charge, d'un emploi ou d'un mandat. En incriminant la malversation commise par le

curateur dans la gestion de la faillite, le législateur aurait entendu réprimer les agissements du curateur, répondant à la définition précitée, qui porteraient atteinte aux intérêts que l'institution de la faillite aurait pour objet de protéger, entre autres les intérêts des créanciers. Selon la doctrine belge elle impliquerait une atteinte frauduleuse aux intérêts de la masse, une négligence intéressée et recouvrirait tous les agissements aux termes desquels le curateur aura disposé à son profit de tout ou partie de la masse.

P aurait cependant agi dans l'intérêt de la masse.

Il aurait eu une obligation de domicilier les sociétés en faillite, celles-ci devant de par la loi avoir un siège social et, dans l'impossibilité de la domicilier auprès de l'étude dont il faisait partie, il aurait dû avoir recours à un domiciliaire tiers.

Compte tenu du contexte frauduleux de la faillite, il n'aurait en effet pas pu domicilier les sociétés auprès d'un domiciliataire non lié à son étude, d'autant plus qu'il n'était pas possible d'en identifier les bénéficiaires économiques. Il aurait donc pris le choix de domicilier les sociétés auprès de la société SOC3 à laquelle il aurait quasiment pu dicter les prix à appliquer qui auraient été très favorables.

La domiciliation n'ayant eu aucun intérêt financier pour la société SOC3 et, par ricochet, pour ses actionnaires, dont P, et le recours à un tiers domiciliataire aurait certainement entraîné un coût plus élevé.

La domiciliation aurait d'ailleurs obtenu l'accord oral du juge-commissaire de l'époque Maryse WELTER qui, tout comme le ministère public, aurait été parfaitement au courant de la domiciliation.

À aucun moment les enquêteurs n'auraient analysé l'impact de cette domiciliation sur les éventuels bénéfices réalisés par la société SOC3. Ils n'auraient pas examiné la participation de P dans la société, regardé si ce dernier a perçu un quelconque dividende de la part de la société SOC3 pendant les années où les sociétés en faillite étaient domiciliées auprès de celle-ci, ou quel en était le montant et à hauteur de quel pourcentage les frais de domiciliation payés par les sociétés s'élèveraient, partant « si une telle partie d'un quelconque dividende payé constituait réellement une atteinte frauduleuse aux intérêts de la masse ». Ils n'auraient pas non plus analysé si pour obtenir celui-ci, P avait effectivement agi avec l'intention frauduleuse de poursuivre un intérêt personnel ou par cupidité.

L'enquête n'aurait pas non plus porté sur la question de savoir si les prix pratiqués par la société SOC3 étaient égaux, inférieurs ou supérieurs au prix du marché tel que pratiqué à l'époque.

La charge de la preuve des éléments constitutifs de l'infraction de malversation incomberait cependant au ministère public auquel il appartiendrait de prouver que

P s'est enrichi au détriment de la masse des créanciers et qu'il a agi dans une intention frauduleuse.

Aucun de ces éléments ne serait prouvé. Au contraire, les éléments du dossier démontreraient que P a agi dans l'intérêt de la masse des créanciers et pas dans son propre intérêt. P serait donc à acquitter de l'infraction de malversation.

Pour le cas où la Cour d'appel ne devrait pas suivre son raisonnement, la défense de P fait valoir que l'infraction de malversation ne serait définie que par son titre « malversation dans la gestion », sans que la loi ne précise un élément constitutif de cette infraction.

En raison de cette imprécision, les articles 575 4° du Code de commerce et 490 dernier alinéa du Code pénal devraient être considérés comme étant contraires, à la fois à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'article 49 de la Charte européenne et à l'article 14 de la Constitution luxembourgeoise.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme considérerait qu'on pourrait seulement considérer comme « loi » une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite. Il devrait être à même de prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause les conséquences d'un acte déterminé.

L'utilisation de notions et de critères trop vagues dans l'interprétation d'une disposition législative pourrait donc rendre la disposition législative elle-même incompatible avec les exigences de clarté et de prévisibilité quant à ses effets.

Les articles 575 4° du Code de commerce et 490 dernier alinéa du Code pénal ne comportant pas de définition des éléments constitutifs de l'infraction de malversation, de sorte que, même en présence de certaines interprétations jurisprudentielles, essentiellement étrangères, le degré de prévisibilité, tel qu'exigé par l'article 7 de la Convention ne pourrait être considéré comme étant rempli. De même, l'alinéa 1 de l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne aurait été violé.

Les articles 575 4° du Code de commerce et 490 dernier alinéa du Code pénal ne seraient pas non plus conformes à l'article 14 de la Constitution.

Comme ils n'énoncerait pas d'élément constitutif précis de l'infraction de malversation, le justiciable ne serait pas capable de « mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables » tel qu'exigé par la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise.

La défense de P se réfère à cet égard encore à une jurisprudence du Conseil Constitutionnel français suivant laquelle l'article 207 de la loi française relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises n'est pas conforme à l'article 34 de la constitution française,

faute de déterminer les éléments constitutifs de l'infraction de malversation y reprise.

Elle en conclut que les articles 575 4° du Code de commerce et 490 dernier alinéa du Code pénal ne sauraient donc servir de base à une condamnation pénale, faute de contenir une description des éléments constitutifs de l'infraction de malversation.

À titre tout à fait subsidiaire, la défense de P demande à la Cour d'appel de saisir la Cour Constitutionnelle de la question de savoir si les articles 575 4° du Code de Commerce et 490 dernier alinéa du Code pénal sont conformes aux articles 12 et 14 de la Constitution.

Selon le représentant du ministère public la question qui se poserait serait celle de voir si les paiements faits pour frais de domiciliation d'un montant total de 42.692,63 euros pendant la période de janvier 2002 à avril 2008 pouvaient se faire valablement.

À l'époque des faits, le règlement du 22 octobre 1979 relatifs aux frais et honoraires du curateur aurait été applicable. La modification ultérieure de ce règlement en date du 8 juillet 2003 n'aurait fait qu'augmenter les montants retenus dans le règlement de 1979.

Le règlement de 1979 ferait la distinction entre les honoraires ordinaires, respectivement extraordinaire et les frais de la faillite pour lesquels il y aurait lieu d'examiner s'ils ont été nécessaires ou utiles à la faillite. En conséquence, se poserait la question de la nécessité et de l'utilité des frais de domiciliation litigieux.

À cet égard, il y aurait lieu de considérer que si suivant l'article 475 du Code de commerce le tribunal pourrait ordonner que les opérations de la faillite soient continuées, une telle opération n'aurait cependant pas eu lieu en l'espèce. En l'absence de continuation de l'objet social, les frais de domiciliation n'auraient donc pas été nécessaires.

À cela s'ajouterait qu'une domiciliation faite par le curateur ne serait pas possible en droit.

En effet, la décision quant au transfert de siège n'appartiendrait pas au curateur mais aux associés de la société jusqu'à la fin de sa liquidation. Le curateur serait uniquement chargé de l'administration des biens et aurait le droit de consulter la correspondance. Au cas contraire, la société ne pourrait relever appel contre la décision de mise en faillite et les articles 500, 492 et 536 du Code de commerce n'auraient pas de sens.

Les frais de domiciliation n'auraient pas non plus été utiles. En effet, si des frais de location pourraient se justifier pendant un certain temps dans le cadre des faillites d'envergure, les faillites auraient, en l'espèce, cependant déjà été prononcées en 1993, partant 9 ans avant la conclusion du contrat de domiciliation. Aux frais de domiciliation s'ajouteraient, en outre, des frais de stockage

importants alors qu'un contrat de stockage séparé avait été conclu.

Pour le représentant du ministère public la seule raison d'être du contrat de domiciliation aurait été de pouvoir disposer d'un bureau pour M qui aurait exécuté des travaux incomptant au curateur de la faillite. À cet égard, il se réfère aux déclarations du prévenu et à l'audition de M auprès de la police. Les dépenses litigieuses seraient donc à mettre en relation avec le fonctionnement de la faillite pour lequel le curateur percevrait des honoraires.

P aurait d'ailleurs été d'accord à prendre en charge les salaires de M.

Le prévenu n'aurait pas non plus choisi la solution la plus favorable pour les sociétés en faillite. En effet, il aurait eu le choix, soit de conclure à ses propres frais un contrat de bail pour mettre un bureau à disposition de M, soit de démissionner de sa qualité de curateur soit de renoncer à sa qualité d'associé de la société SOC3.

Quant à l'élément moral, le représentant du ministère public donne à considérer qu'on ne serait pas en face d'une simple inertie de P, mais devant une faute de gestion de sa part qui répondrait à un double intérêt du curateur, à savoir, d'une part, éviter de supporter personnellement les frais de mise à disposition d'un bureau pour sa secrétaire et, d'autre part, bénéficier en sa qualité d'associé de la société de domiciliation des bénéfices engendrés par cette domiciliation.

En tant que professionnel, il devait nécessairement avoir conscience que sa façon d'agir entraînerait une augmentation des frais de la faillite et que l'intervention de M diminuerait la charge de travail à l'étude.

Même à supposer établi l'accord du juge-commissaire pour procéder de la sorte, ce qui ne résulterait pas des éléments du dossier, le curateur ne pourrait donc pas s'affranchir de sa responsabilité. À cet égard le représentant du Ministère public se réfère notamment à la jurisprudence de la Cour de Cassation française suivant laquelle un pacte de confiance n'entraîne pas de diminution de la responsabilité pénale.

B) L'Appréciation de la Cour d'appel :

1) Quant à la définition de l'infraction de malversation :

La malversation constitue un délit *sui generis*, distinct de l'abus de confiance ou du détournement et du faux en écritures. C'est au juge qu'il appartient de préciser la notion de malversation (Gaston Schuind, Traité pratique de droit criminel, art. 489-490 du Code pénal, n° 51).

Selon la doctrine, elle implique une atteinte frauduleuse aux intérêts de la masse, une négligence intéressée et

recouvre tous les agissements aux termes desquels le curateur aura disposé à son profit de tout ou partie de la masse.

Suivant la jurisprudence, la malversation s'identifie, comme dans le langage courant, à la faute inspirée par l'intérêt personnel ou la cupidité, commise dans l'exercice d'une charge, d'un emploi, ou d'un mandat.

En incriminant la malversation commise par le curateur dans la gestion de la faillite, le législateur a entendu réprimer les agissements du curateur, répondant à la définition précitée, qui portent atteinte aux intérêts que l'institution de la faillite a pour protéger, entre autres les intérêts des créanciers (Cass. belge, 9 décembre 1987, Pas 1988, I, 426).

L'élément matériel de l'infraction est donc circonscrit par la mission légale de gestion du curateur auquel il appartient de réaliser l'actif de la faillite et de distribuer les fonds qui proviennent de sa réalisation, respectivement de conserver et de réaliser les actifs du failli et, au besoin, de provoquer une reconstitution de ce patrimoine pour ensuite en répartir le produit au profit des créanciers.

Avant d'examiner si l'infraction de malversation est établie à l'égard de P, il y a d'abord lieu, pour des raisons de logique juridique, d'examiner la conformité du libellé des articles 575 4^e du Code de Commerce et 490 du Code pénal à l'article 7 de la Convention des droits de l'homme, à l'article 49 de la Charte européenne des droits fondamentaux et à l'article 14 de la Constitution, alors que sa défense fait valoir que la notion de « malversation » est trop imprécise pour permettre au curateur de mesurer la portée de la disposition et de régler sa conduite.

L'article 575 du Code de commerce dispose que : « seront condamnés aux peines de la banqueroute simple, sans préjudice s'il y a lieu, à l'application de l'article 578 :

...

4^e le curateur qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion » et

l'article 490 du Code pénal retient : « Seront condamnés à un emprisonnement d'un mois à deux ans et à une amende de 500 à 30.000 euros :

...

Le curateur qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion ».

Conformément aux conclusions du ministère public, la Cour d'appel retient en premier lieu que la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne est inapplicable en l'espèce. En effet d'après l'article 51 de la Charte, ses dispositions s'adressent seulement aux États membres du moment qu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose, dans son paragraphe 1^{er}, première phrase :

« Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ».

Dans son arrêt... c.... du 7 février 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu : « la loi doit définir clairement les infractions et les sanctions qui les réprimant. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale ».

En raison même du caractère général des lois, le libellé de celles-ci ne peut pas présenter une précision absolue. Beaucoup d'entre elles, en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins floues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (... c/ ..., ... c/...).

La portée de la prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires.

La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte.

La malversation dans le langage courant implique une faute dans le chef de son auteur, commise dans son intérêt dans l'exercice d'une charge ou d'un mandat et donc, pour le curateur, une faute commise dans la gestion de la faillite. Cette infraction, reprise à l'article 490 du Code pénal sous le titre IX, chapitre II, section I « de la banqueroute » et à l'article 575 4^o du Code de commerce dans le livre III des faillites et banqueroutes, se réfère partant nécessairement à l'atteinte portée aux intérêts que le droit de la faillite a pour objet de protéger.

Dans le cadre de la mission qui lui est confiée, le curateur, investi d'une charge publique déterminée par la loi, ne peut donc ignorer ce que le terme malversation signifie.

Dans cet ordre d'idées, la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevable la requête introduite par un curateur belge qui avait invoqué l'imprécision de la notion de « malversation ». La Commission a en effet retenu que la notion, qui s'adresse à des professionnels du droit, telle qu'entendue par la Cour de cassation,

respecte l'exigence de prévisibilité des normes pénales imposée par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (Comm. Eur. D.H., 14 décembre 1988,... c...., aff. 14192/88).

La notion de « malversation » telle que jugée non conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel français s'appliquait, par contre, non seulement au curateur de faillite, mais à toutes les personnes exerçant une fonction au sein d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire (administrateur, représentant des créanciers, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan).

Le moyen tiré de la violation de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est donc pas fondé.

La défense fait encore état de l'article 14 de la Constitution, qui dispose que « nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ».

La Cour constitutionnelle en a déduit que « le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et de préciser le degré de répression pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la portée de ces dispositions [et que] le principe de la spécification est le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution » (Cour Constitutionnelle, 3 décembre 2004, arrêt 23/04).

Il suffit que grâce à des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle, les éléments constitutifs de l'infraction puissent être déterminés avec une sûreté suffisante sans tomber dans l'arbitraire.

Pour les raisons exposées ci-dessus, les articles 575 4^o du Code de commerce et 490 du Code pénal définissent l'infraction de malversation en des termes suffisamment clairs permettant aux intéressés de prévoir avec une sûreté suffisante les caractéristiques essentielles des conduites constitutives de l'infraction visée.

Il en suit que la demande tendant à saisir la Cour Constitutionnelle de la question préjudiciale proposée par l'appelant est à rejeter en application de l'article 6, alinéa 2, b), de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, pour être dénuée de tout fondement.

2) Quant à l'élément matériel de l'infraction de malversation :

Il est constant en cause que la société SOC1 a été déclarée en état de faillite en date du 29 octobre 1993. P et S ont été nommés curateurs.

Par jugement du 26 novembre 1993, la société SOC2 a été déclarée en état de faillite et, par le même jugement, P et S ont également été nommés curateurs de cette société.

Le 10 novembre 1998, Sa démissionné de ses fonctions de curateur des deux faillites et, à partir de cette date, P en a été le curateur unique.

En sa qualité de curateur unique des sociétés SOC1 et SOC2, P a conclu en date du 2 janvier 2002 pour chacune des sociétés en faillite un contrat de domiciliation avec la société SOC3.

Le curateur a payé du chef de ces domiciliations le montant total de 42.692,63 euros, prélevé sur l'actif des sociétés en faillite, le dernier paiement étant intervenu en date du 1^{er} avril 2008.

Il est encore constant en cause que pendant toute la durée des contrats de domiciliation conclus par P en sa qualité de curateur des sociétés en faillite, ce dernier a été administrateur et actionnaire de la société SOC3.

Les explications de P quant à la nature exacte et la raison d'être de ces contrats de domiciliation sont contradictoires. Ainsi, il a déclaré auprès de la police que ces domiciliations ont été rendues nécessaires par le fait qu'il voulait se conformer à la loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés. Au juge d'instruction il a cependant déclaré

« qu'il s'agissait en fait d'une sous-location et non d'une domiciliation au sens propre ».

A vu du libellé des contrats versés en cause, les juges de première instance sont à confirmer en ce qu'ils ont retenu que le rôle de la société SOC3 ne se limitait pas au rôle d'un simple bailleur et qu'il s'agissait bien d'une domiciliation au sens de la loi du 31 mai 1999.

Ainsi, non seulement les contrats sont intitulés « contrat de domiciliation » et la société SOC3 a pris la qualité d'agent domiciliataire. Suivant les missions et obligations à sa charge se retrouvent l'obligation de recevoir toute correspondance et, parmi les obligations imposées aux sociétés domiciliées, celle de fournir une documentation fournie permettant de retracer la vie sociétaire et celle du paiement d'un montant annuel pour services de domiciliation, de réception de courrier et frais de bureau. Même si un bureau a été gratuitement mis à disposition de M, ces missions et frais ne s'expliquent pas par une simple relation bailleur-locataire.

Tout comme le ministère public, la Cour d'appel constate cependant qu'il n'existe pas de disposition légale obligeant la domiciliation des sociétés en faillite.

La loi sur les domiciliations et en l'occurrence la loi du 31 mai 1999 s'applique du moment qu'une société établit un siège auprès d'un tiers pour y exercer une activité dans le cadre de son objet social et que ce tiers preste des services quelconques liés à cette activité (article 1^{er} de la loi).

Il résulte cependant des éléments de la cause que les sociétés SOC1 et SOC2 en faillite n'exerçaient plus d'activité dans le cadre de leur objet social. Le seul effet que des droits des compagnies réassurées auprès de la société SOC1 ont perduré n'est pas de nature à entraîner automatiquement la continuation de l'activité de la société. P et S n'ont, d'après leurs propres déclarations, pas continué les affaires de la société après la faillite et ils n'ont pas non plus demandé d'autorisation au Tribunal de Commerce pour ce faire conformément à l'article 475 du Code de commerce. En outre, l'agrément délivré à la société SOC1 pour faire des opérations de réassurances lui avait déjà été retiré avec effet immédiat par arrêté ministériel du 16 septembre 1993.

À cela s'ajoute que si des frais de location pouvaient se justifier au début de la faillite de la société SOC1 compte tenu de la complexité de celle-ci entraînant l'occupation justifiée de plusieurs salariés dans un premier temps, toujours est-il que le contrat de domiciliation a seulement été conclu le 2 janvier 2002, partant plus de 8 ans après le prononcé de la faillite.

Contrairement à la déclaration de P suivant laquelle lui-même aurait effectué toutes les missions dévolues au curateur tandis que l'activité de M se serait limitée à faire l'analyse financière des dossiers de réassurance, il résulte des déclarations de M faites auprès de la police (2^e rapport du 14 mai 2013, annexe1) que pendant la période du 1^{er} avril 2001 au 30 septembre 2012, ses tâches consistaient à réaliser un travail incomptant au curateur de la faillite, respectivement à sa secrétaire. Ainsi, elle s'occupait essentiellement des démarches administratives en relation avec la faillite, la gestion de l'archive, l'organisation des dates des débats des contestations de créances, la reprise des créances avec leurs documents dans des dossiers séparés, la convocation des créanciers concernés et la préparation de notes de plaidoiries pour chaque créance contestée. Les déclarations du témoin O à cet égard sont significatives. Cette dernière a en effet précisé : « Avec les années, la charge de travail s'est diminuée » et « au moment de mon départ, la charge de travail était minime ».

La juridiction de première instance en a correctement conclu qu'une domiciliation voire une sous-location, n'était pas justifiée par les besoins des sociétés en faillite.

À cela s'ajoute que dès 1999 P a signé un contrat avec la société SOC9 pour le stockage de 35 m³ d'archives.

C'est dès lors à juste titre que le représentant du ministère public fait valoir qu'il n'existe pas de nécessité ou d'utilité pour conclure un contrat de domiciliation. La Cour rejoint également le représentant du ministère public en ce qu'il en a déduit que la conclusion de ces contrats ne servait que pour la mise à disposition d'un bureau à M qui était logée dans un bureau

« open space » avec les employés de la société SOC3.

Le fait de signer deux contrats de domiciliation ayant donné lieu entre le 16 mai 2002 et le 1^{er} avril 2008 à des paiements d'un montant total de 42.692,63 euros a dès lors été contraire aux intérêts des sociétés en faillite alors qu'elle a été rendue plus onéreuse pour la masse par la faute du curateur.

Ayant causé un préjudice à la masse des créanciers des sociétés en faillite, la juridiction de première instance est à confirmer en ce qu'elle a considéré que l'élément matériel de l'infraction est établi en l'espèce.

3) Quant à l'élément moral :

Le dol spécial exigé comme élément moral de l'infraction de malversation consiste en la poursuite d'un intérêt personnel ou en des agissements inspirés par la cupidité.

Tout comme le représentant du ministère public, la Cour d'appel arrive à la conclusion que le comportement du curateur ne se résume en l'espèce pas en une simple inertie du curateur, mais en une faute de gestion destinée à éviter de supporter personnellement des frais de mise à disposition d'un bureau pour sa propre secrétaire. Mais, en effet, au vu de ce qui a été retenu sub 2), effectué essentiellement des travaux incomptant au curateur des faillites, respectivement à sa secrétaire.

En tant que professionnel confirmé, P aurait néanmoins dû avoir conscience que par le fait de conclure les contrats de domiciliation litigieux, les frais incomptant à la masse de la faillite seraient nécessairement augmentés tandis que les frais et la charge de travail de son étude seraient réduits en conséquence.

Comme une faute inspirée par l'intérêt personnel suffit, c'est à juste titre que les juges de première instance ont également retenu que l'élément moral est donné en l'espèce.

Le curateur ne peut pas non plus se décharger de sa responsabilité en invoquant une autorisation orale obtenue par le juge-commissaire de l'époque.

Il est en effet admis que si le curateur commet un délit ou un quasi-délit, il ne peut se retrancher derrière des instructions qu'il aurait reçues pour justifier ses actes : il n'est le préposé de personne (Ivan VEROUGSTRAETE, Manuel de la faillite et du concordat, n° 409).

Ainsi, lorsque le curateur est tenu de demander une autorisation au juge-commissaire ou au tribunal, il a été admis que même s'il a obtenu cette autorisation, il demeure responsable de l'acte autorisé (...; 240 ; Brux., 20 juin 1855, Pas 1858, II, 387). L'autorisation ne couvre pas la responsabilité du curateur (RPDP, faillites et banqueroutes, 1583).

Même à supposer que P avait disposé d'une autorisation du juge-commissaire de l'époque pour conclure deux

contrats de domiciliation comme il l'affirme, ce fait ne saurait dès lors l'affranchir de sa responsabilité. Il n'existe, par ailleurs, pas non plus d'autorisation spéciale du juge-commissaire pour les prélèvements de frais de domiciliation sur l'actif de la faillite.

Le fait que le juge-commissaire ait avisé le projet de reddition de compte, qui ne précise pas les honoraires des curateurs et dans lequel sont seulement repris les frais de location de bureaux, de domiciliation et de déménagement dans un montant global de 177.139,10 euros, ne saurait donc pas non plus valoir ratification des agissements du curateur, d'autant plus que les inscriptions y figurant ne sont pas définitives, le projet pouvant encore faire l'objet d'oppositions, dont notamment de celles de créanciers ainsi que de rectifications.

IV. QUANT À LA PEINE :

Compte tenu de l'ancienneté des faits et du casier vierge du prévenu, le représentant du ministère public a conclu par application de l'article 20 du Code pénal à la condamnation de P à une amende, tout en précisant qu'il ne s'oppose pas à la suspension du prononcé.

Suivant l'article 490 du Code pénal, le curateur qui s'est rendu coupable de malversation dans sa gestion est condamné à un emprisonnement d'un mois à deux ans et à une amende de 500 à 30.000 euros.

Compte tenu des circonstances de l'espèce, de l'ancienneté des faits et de la situation personnelle du prévenu qui a un casier néant, il y a lieu d'accorder à P la faveur prévue à l'article 621 du Code de procédure pénale et à laquelle le mandataire du prévenu, qui satisfait à la condition prévue à l'article 621, alinéa 2, a expressément conclu en ordre subsidiaire.

Par réformation du jugement entrepris, il y a par conséquent lieu d'ordonner la suspension du prononcé de la condamnation au profit de P pendant la durée de trois ans.

Selon l'article 579, al 1^{er}, 1^o du Code de commerce, dans les cas prévus par l'article 575, la Cour d'appel ou le tribunal saisi statuent, lors même qu'il y aurait acquittement, d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits.

Cette disposition est également applicable au curateur qui s'est rendu coupable de malversation dans sa gestion (Cass. belge, 9 décembre 1987, P 1988, I, 426).

La réintégration à la masse constituant une réparation de nature civile, il y a donc lieu de confirmer les juges de première instance en ce qu'ils ont ordonné la réintégration du montant de 23.171,60 euros à la masse des créanciers de la faillite de la société SOC1 et la réintégration du montant de 19.521,03 euros à la masse des créanciers de la faillite de la société SOC2.

Au vu du fait que la Cour d'appel accorde au prévenu la suspension du prononcé de la condamnation, il n'y a cependant pas lieu d'ordonner la publication de la décision en application de l'article 583 du Code de commerce (en ce sens : Cass. Belge, 1^{er} février 2011 RG P.10.1280.N).

En effet, la publication n'est obligatoire qu'en cas de condamnation. Elle doit comprendre notamment la date de l'arrêt ou du jugement de condamnation, les infractions qui ont donné lieu aux condamnations et les peines

prononcées. Il s'en déduit que bien que cette publication ne constitue pas une peine, (...) elle ne doit pas être ordonnée lorsque le prononcé de la condamnation a été suspendu (Cass. Belge, 28 mai 1997, RG P.97.0188.F, Pas., 1997, n° 242).

Le jugement entrepris est donc à réformer en ce sens.

(dispositif conforme aux motifs)

COUR D'APPEL, 22 JUILLET 2020

Arrêt n° 272/20

Comp. : T. HARLES-WALCH (Prés.),
N. JUNG, J. ENGELS
Min. pub. : E. EWERT
Av. : D. BAULISCH, M. DOBEK

APPEL D'UN JUGEMENT PAR DEFAUT – Double notification – Point de départ du délai d'appel – Jugement notifié par courrier recommandé non réclamé – Notification réputée faite le jour du dépôt de l'avis par l'agent des postes – Présomption irréfragable

Un jugement par défaut a été notifié à un prévenu par courrier recommandé avec accusé de réception. Le prévenu n'étant pas présent au moment du passage du facteur, ce dernier a laissé un avis dans sa boîte aux lettres conformément à l'article 386 (4) CPP. Le même jugement a été notifié ultérieurement une seconde fois au prévenu en personne par un agent de police.

Le prévenu a interjeté appel au pénal et au civil après le délai d'appel de 40 jours suivant la première notification du jugement mais dans un délai de 40 jours suivant la seconde notification. En réponse au ministère public qui soulevait l'irrecevabilité pour cause de tardiveté des appels, le mandataire du prévenu a argué que ce n'est à compter de la seconde notification à personne que courrait le délai d'appel alors que la première notification n'aurait pas été connue du prévenu.

La Cour d'appel a déclaré l'appel irrecevable pour avoir été interjeté tardivement alors que c'est la première notification par courrier recommandé qui a fait courir le délai d'appel.

En vertu de l'article 386 (4) CPP, la notification par courrier recommandé avec accusé de réception, en cas d'absence du destinataire, est réputée faite le jour du dépôt de l'avis par le facteur. Il s'agit d'une présomption irréfragable.

EXTRAITS

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Diekirch en date du 24 septembre 2018, le mandataire de P1 a relevé appel au pénal et au civil, d'un jugement no 410/2018 rendu par défaut le 5 juillet 2018 par une chambre correctionnelle du même tribunal, et dont la motivation et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

Le procureur d'État près de ce même tribunal a formé appel contre le prédit jugement par déclaration au greffe le même jour.

À l'audience publique de la Cour du 8 juillet 2020, le mandataire de P1 demanda à pouvoir représenter son client, ceci spécialement en raison des mesures sanitaires prises dans le cadre de la gestion de la crise du virus « corona » et au vu que les débats seront limités à la recevabilité de son appel.

Ni le ministère public, ni la représentante de la partie civile ne s'opposèrent à cette demande, de sorte que le mandataire de P1 fut autorisé à représenter son mandant.

La représentante du ministère public a soulevé l'irrecevabilité, pour cause de tardiveté, des appels de P1. Elle expose que le jugement entrepris, rendu par défaut à l'encontre du prévenu, a fait l'objet de deux notifications. Il aurait été procédé à une première notification par la voie postale au domicile de P1 en date du (). Le prévenu n'ayant pas retiré la lettre recommandée avec accusé de réception lui adressée, il aurait été procédé à une deuxième notification par un agent de la force publique, qui aurait notifié le (), à la personne du prévenu P1, le jugement présentement entrepris.

Le délai d'appel de quarante jours aurait néanmoins commencé à courir, conformément à l'article 386 (4) du Code de procédure pénale, à partir de la date du dépôt de l'avis, de sorte que l'appel interjeté le 24 septembre 2020 serait tardif.

Le mandataire de P1 expose que son mandant n'avait pas connaissance du jugement notifié par courrier en date

du (), mais seulement à partir du (), date de la notification à personne dudit jugement. Son appel, interjeté le 24 septembre 2018, serait dès lors recevable pour avoir été interjeté dans le délai légal de 40 jours.

Dans une note écrite, il expose que la prise en compte de la date du () pour faire démarrer les délais de recours alors que le justiciable n'avait pas une connaissance effective de la décision laquelle est susceptible d'être attaquée par la voie de l'opposition ou de l'appel, équivaudrait à lui dénier l'accès à un tribunal, droit consacré par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il faudrait, de surcroît, que les règles concernant les possibilités des voies de recours et des délais soient clairement portées à la connaissance du justiciable de la manière la plus explicite possible.

Aux termes de l'article 203 du Code de procédure pénale, le délai d'appel contre le jugement rendu le 5 juillet 2018 est de quarante jours, qui court à l'égard du prévenu, condamné par défaut, à partir de la signification ou de la notification à personne ou à domicile.

Il est constant en cause que le jugement par défaut rendu le 14 septembre 2018 a été notifié à deux reprises à P1, une première fois par la voie postale avec accusé de réception, à domicile, le () et une seconde fois par un agent de police, à personne, le () .

En ce qui concerne la première notification par voie postale le (), celle-ci a été effectuée en conformité avec les dispositions de l'article 386 du Code de procédure pénale. N'ayant pas trouvé le destinataire à son domicile à (), l'agent des postes a laissé, à la date du (), l'avis prescrit par l'article 386, paragraphe (4) du Code de procédure pénale au domicile de P1, avertissant ce dernier que l'envoi recommandé n'a pas pu lui être remis et qu'il doit être retiré dans un délai de sept jours au bureau des postes. P1 n'a cependant pas retiré l'envoi recommandé au bureau des postes.

Le jugement entrepris a été notifié une deuxième fois à P1 à personne le (), suivant procès-verbal de notification n° () du même jour.

Ce n'est toutefois pas cette notification qui, en l'espèce, est à prendre en considération pour apprécier la recevabilité de l'appel, mais la première notification opérée par la voie postale en conformité de l'article 386 du Code de procédure pénale.

Le fait qu'il y a eu en l'espèce deux notifications s'explique non pas par une irrégularité de la première notification opérée, mais par le souci de faire cesser le délai extraordinaire d'opposition. Ce n'est que la notification à personne à laquelle il fut procédé le () qui pouvait avoir cet effet. Ce n'est cependant pas cette notification à personne qui est à considérer comme point de départ du délai d'appel, mais bien la première notification, par la voie postale, en

date du (), à l'adresse du prévenu d'un avis qu'un envoi recommandé n'avait pas pu lui être remis et qu'il pouvait le retirer au bureau des postes, date à laquelle la notification est réputée faite (cf. Cass. n° 33/2015 pénal du 2 juillet 2015).

Dès lors, et conformément à la phrase finale du paragraphe (4) de l'article 386 du Code de procédure pénale, la notification est, en l'espèce, réputée faite le jour du dépôt de l'avis par l'agent des postes, indépendamment que P1 ait ou non retiré l'envoi recommandé au bureau des postes.

Cette dernière disposition constitue une présomption irréfragable (cf. Doc. parl 2876 -1, Rapport de la Commission juridique, commentaire de l'article 386, p.4).

Le fait que le prévenu n'a pas retiré la lettre recommandée est dès lors irrelevant, le droit luxembourgeois n'exigeant pas une notification portant la décision à la connaissance effective du condamné, mais dispose qu'une notification à domicile suffit.

Il appartient des pièces du dossier que le prévenu, à l'époque de la notification, et encore au moment de l'envoi de la citation à comparaître devant la Cour, avait et a toujours, son domicile à () .

La notification a, dès lors, été régulière.

Le moyen de la défense tiré de la violation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme en ce que le prévenu se verrait privé de son droit d'accès à un tribunal, s'analyse plutôt – étant donné que P1 n'a pas la qualité de citant direct – comme l'exigence de disposer d'une voie de recours au sens de l'article 2 §1 du Protocole no 7 à la Convention européenne des droits de l'homme.

Or, la Cour européenne des droits de l'Homme accepte que le droit d'exercer un recours peut être soumis à des conditions légales tout en rappelant que les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure (cf. Walchli c. France du 26 juillet 2007, § 29 ; Evaggelou c. Grèce du 13 janvier 2011, § 23).

La Cour européenne des droits de l'Homme observe également que la réglementation relative aux formalités et délais à observer pour former un recours, vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, de la sécurité juridique. La réglementation en question, ou l'application qui en est faite, ne devrait pas non plus empêcher le justiciable de se prévaloir d'une voie de recours disponible (AEPI S.A c. Grèce du 11 avril 2002, § 23).

La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle enfin que le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès constitue un aspect, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment en ce qui

concerne les conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation (arrêt *García Manibardo c. Espagne* du 15 février 2000, § 36). Elle a cependant décidé que les limitations appliquées ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que ledroit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, ces limitations ne se concilieraient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Zvolský et Zvolská c. République Tchèque* du 12 novembre 2002, § 47 ; cf. CEDH, Guide sur l'application de la Convention européenne des droits de l'homme – volet pénal, p. 16, version au 31 mars 2019).

Il a encore été décidé que la bonne administration de la justice et le respect de la sécurité juridique exigent des délais de procédure (cf. CEDH *Labergère c/ France* du 26 septembre 2006, § 17).

En l'espèce, les règles applicables relatives aux formalités des voies de recours ne sont pas de nature à restreindre l'accès à un tribunal : une simple lettre communiquée au parquet et le cas échéant à la partie civile et une déclaration orale au greffe de la juridiction qui a rendu la décision, sont suffisantes pour former opposition, respectivement pour interjeter appel.

Les délais de 15, respectivement de 40 jours, ne sauraient davantage être considérés comme étant trop contraignants.

Le mandataire verse trois attestations d'hospitalisation de P1 au (), du () au (), du () au () et du () au () .

Or, la notification postale à domicile a été faite le (), partant à un moment où P1 n'était pas hospitalisé.

Le prévenu n'a dès lors pas établi qu'il se trouvait dans l'impossibilité d'agir ou devant un obstacle insurmontable l'empêchant d'interjeter appel.

Bien au contraire, le fait que P1 a interjeté appel prouve qu'il a eu accès à un « tribunal » (la Cour d'appel) pour contester la décision rendue par défaut. La décision d'irrecevabilité de l'appel pour inobservation des délais ne saurait être assimilée à un refus d'accès à un tribunal, mais est à attribuer à sa propre négligence ayant consisté à ne pas retirer la lettre recommandée renseignant comme expéditeur le parquet de Diekirch, aux bureaux des postes.

Il appartient également des pièces du dossier, qu'une information sur les différentes voies de recours était jointe au jugement notifié.

Il est à noter que le prévenu n'a pas non plus introduit une procédure en relevé de déchéance telle que prévu par la loi du 22 décembre 1986 relative au relevé de déchéance résultant de l'expiration d'un délai imparti pour agir en justice.

De même, son choix d'interjeter appel au lieu de former opposition relève de sa propre décision. La nécessité de choisir entre diverses voies de droit et de respecter les délais et procédures prévues à cet effet ne saurait être contestée au titre d'une atteinte au droit d'accès à un tribunal.

Il suit des considérations qui précèdent qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, respectivement de l'article 2 § 1 du Protocole no 7 à la Convention européenne des droits de l'Homme et que l'appel au pénal et au civil relevé le 24 septembre 2018 en dehors du délai de 40 jours courant depuis la notification du jugement entrepris le () est à déclarer irrecevable.

L'irrecevabilité de l'appel principal du prévenu entraîne l'irrecevabilité de l'appel intenté du ministère public dirigé contre ce prévenu, en application de l'article 203 alinéa 7 du Code de procédure pénale.

(Dispositif conforme aux motifs)

COUR D'APPEL, 5^e CH., 13 OCTOBRE 2020

Arrêt n° 346/20

Comp. M. HARTMANN (Prés.), M. MACKEL, V. FRANCK
Min. pub. : I. JUNG
Av. : R. GRASSO, D. BAULISCH

IMPARTIALITÉ – Demande d'annulation – Neutralité du juge – Termes déplacés – Moyen d'impartialité rejeté

INJURE-CONTRAVENTION – Utilisation du terme « barbare » – Intention méchante non établie – Liberté d'expression

Dans cette affaire, la Cour d'appel fut amenée à apprécier si la déclaration « D'Jeeär se Barbaren » (« les chasseurs sont des barbares ») lors d'une émission télévisée comporte un caractère injurieux, de nature à nuire à la dignité et à l'honneur des chasseurs, et si elle a été faite dans une intention méchante.

L'avocat du prévenu a sollicité l'annulation du jugement pour manque d'impartialité du juge. La Cour a admis que le juge de première instance a utilisé un vocabulaire déplacé pour décrire l'attitude de prévenu, cependant elle a considéré que le Tribunal s'est adonné à analyse correcte et méticuleuse des différentes questions de droit.

Dans l'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction d'injure-contravention, la Cour s'est principalement adonnée à une analyse du terme « barbare » et du contexte dans lequel ce terme a été utilisé. Après une analyse des faits et doutant de l'intention méchante de la personne poursuivie, la Cour a choisi de réformer le jugement de première instance et d'acquitter le prévenu.

Ce faisant, la Cour d'appel s'est affranchie de tout examen des conditions d'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la liberté d'expression, quand bien même y a-t-elle fait référence. Il aurait en effet été intéressant d'examiner si condamner un militant de la cause des animaux pour avoir traité des chasseurs de barbares, véritable restriction de sa liberté d'expression, aurait été réellement nécessairement dans une société démocratique. Rien n'est moins sûr.

EXTRAITS

Par le jugement entrepris, le cité direct a été condamné à une amende de 100 euros pour avoir, le 23 février 2019, dans le cadre de l'émission télévisée « *Background-Mussen Déieren déi selwecht Rechter kréie wéi Menschen ?* » diffusée sur la chaîne de télévision RTL, en infraction à l'article 561,7^o du Code pénal, déclaré que les chasseurs sont des barbares : « *D'Jeeär se Barbaren* ».

Par le même jugement, le cité direct a été acquitté des infractions de calomnie, de diffamation et du délit d'injures prévue par l'article 448 du Code pénal, également libellées à son encontre.

Au civil, le tribunal a condamné P1 à payer aux citants directs PC1 et PC2 le montant d'un euro symbolique à titre de réparation de leur préjudice respectif subi par

suite de l'infraction retenue à son encontre. Il a encore alloué aux demandeurs au civil une indemnité de procédure de 500 euros. Finalement, le tribunal a débouté P1 tant de sa demande reconventionnelle en obtention d'une indemnité pour le préjudice moral subi que de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

La position des parties :

(...)

L'appréciation de la Cour d'appel :

Quant à la demande en annulation du jugement :

Un des droits fondamentaux de tout justiciable, protégé tant par la loi luxembourgeoise sur l'organisation judi-

ciaire que par la Convention européenne des droits de l'homme, est que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial. L'impartialité du magistrat, c'est-à-dire sa neutralité, est une exigence fondamentale de la régularité du procès. Chaque partie doit avoir la certitude que le juge n'a ni parti pris ni intérêt personnel, l'impartialité étant l'aptitude du juge à ne pas prendre position sur une affaire donnée avant le procès traitant de celle-ci et il doit être dans une situation telle qu'on ne puisse le soupçonner avoir une position.

En l'espèce, il résulte du plenum d'audience qu'P1 a donné lecture d'une très longue note expliquant ses convictions éthiques. Malgré les invitations répétées du président du tribunal de se limiter à sa défense, le cité direct a néanmoins fait fi de ces demandes itératives et a continué à exposer son point de vue sur la chasse et les carnivores en général. Les interruptions du cité direct par le président du tribunal trouvent donc leur source dans l'essai de ce dernier de limiter les débats à la défense du cité direct par rapport aux infractions qui lui étaient reprochées dans la citation directe, mais non d'une opinion arrêtée quant à la cause que la juridiction avait à trancher.

Il est certes vrai que dans le cadre du résumé des plaidoiries repris dans le jugement du 7 février 2020 le tribunal a utilisé des termes malheureux et déplacés pour décrire l'attitude adoptée par P1 au cours de l'audience. Toutefois, dans le cadre de la motivation proprement dite du jugement le tribunal a d'une manière correcte et méticuleuse fait son analyse des différentes questions en droit qui se posaient et, après avoir admis l'exception de prescription soulevée pour différents points de la citation, il a acquitté P1 des infractions de calomnie, de diffamation et de l'injure-délit prévue à l'article 448 du Code pénal, libellées à son encontre.

Le tribunal a également acquitté P1 de l'infraction d'injure-contravention prévue par l'article 561,7° du Code pénal en relation avec toutes les déclarations que PC1 et PC2 lui ont reprochées d'avoir fait dans le cadre de l'émission télévisée tels que repris dans la citation directe, mis à part pour la seule déclaration « *D'Jeeër se Barbaren* ».

La Cour d'appel en conclut que, compte tenu des circonstances de l'espèce, les termes utilisés par les juges de première instance ne permettent pas de conclure à un manque d'impartialité de leur part.

Dans ces conditions, le moyen invoqué par P1 est à rejeter et il n'y a pas lieu de faire droit à sa demande en annulation du jugement entrepris.

Quant au fond :

La Cour d'appel constate d'abord que l'intérêt pour agir de PC1 et de PC2 n'a plus été mis en cause en instance d'appel.

La Cour d'appel constate, en outre, qu'en l'absence d'un appel des citants directs et du ministère public, elle est uniquement saisie de l'appel interjeté par P1 relatif à sa condamnation en relation avec la déclaration « *D'Jeeër se Barbaren* » faite lors de l'émission *Background* en date du 23 février 2019.

Il n'y a donc plus lieu de revenir sur les reproches dirigés par PC1 et PC2 concernant d'autres déclarations faites par P1 dans le cadre de la même émission et il convient de se limiter à l'expression litigieuse précitée.

La Cour d'appel relève ensuite que s'il est vrai que la liberté d'expression dont se prévaut P1 constitue l'un des fondements essentiels de la société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun et que, suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population, la critique ne doit cependant pas porter méchamment atteinte à la dignité et à l'honneur des personnes que le propos vise.

L'article 10, paragraphe 2, de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales prévoit à cet égard expressément que la liberté d'expression, comportant des devoirs et des responsabilités, peut être soumis à certaines restrictions ou sanctions prévues par la loi, dont notamment la protection de la réputation ou des droits d'autrui.

Les infractions pénales, telles l'injure-délit et l'injure-contravention constituent ainsi l'exception au principe de la liberté dont la conformité avec l'article 10, paragraphe 2 n'a pas été mise en cause par la partie appelaient.

Pour qu'une condamnation soit justifiée, il faut que la personne, qui se prétend lésée démontre une atteinte fautive à sa réputation et, cette condition étant établie, que la réparation à ordonner soit conciliable (règle de la proportionnalité) avec le principe de la liberté d'expression. Il appartient aux juges, en opérant cette mise en balance d'intérêts opposés, de se laisser guider par le principe que les exceptions à la liberté appellent une interprétation étroite et que le besoin de restreindre se trouve établi de manière convaincante.

C'est donc en tenant compte des principes ci-dessus dégagés qu'il y a lieu de voir si les éléments constitutifs de l'infraction d'injure prévue par l'article 561,7° du Code pénal sont remplis, à savoir, l'existence d'une imputation ou une qualification offensante de nature à porter atteinte à l'honneur d'une personne ou à l'exposer au mépris public et l'existence d'une intention méchante.

Il s'ensuit que l'agent doit non seulement avoir agi avec connaissance de l'acte qu'il posait et avec la volonté de le

commettre, mais il faut également que l'agent a été mû par le désir de nuire, par la méchanceté.

La Cour d'appel constate d'abord que le terme « barbare » a plusieurs significations, dont deux principales, c'est-à-dire non seulement celle d'un homme cruel, inhumain, mais également celle d'un homme non civilisé, d'un être sans culture, de quelqu'un qui va à l'encontre du bon usage, des règles du bon goût ou des lois de la raison (cf. en ce sens Le Petit Robert, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, Wikipédia). Le Larousse illustré retient également qu'à côté de la signification d'un homme d'une grande cruauté, d'un homme inhumain, le mot « barbare » désigne également un étranger tel que retenu par les anciens Grecs et Romains qui utilisaient ce mot pour les peuples qui n'appartenaient pas à leur civilisation.

Quant à la deuxième signification Le Petit Robert renvoie à cet égard à la citation suivante de Chateaubriand : « *Dans la progression des lumières croissantes, nous paraîtront nous-mêmes des barbares à nos arrière-neveux* ».

Pour apprécier le caractère injurieux des propos incriminés et l'animus injuriandi, il faut ensuite replacer les propos qualifiés d'injurieux dans leur contexte.

En l'espèce, P1, en sa qualité d'activiste pour la protection des animaux, a utilisé le mot « barbare » pour qualifier les chasseurs dans le cadre d'un face à face télévisé avec un représentant des chasseurs, ayant eu comme sujet « *Mussen Déieren déi selwecht Rechter kréie wéi Mënschen ?* ».

L'appelant y a défendu son opinion suivant laquelle il n'existe pas de société éthique tant que l'humanité continue à tuer sans nécessité des animaux qui, à l'instar des hommes, ont le droit de vivre. Il a ainsi expliqué que tout au long des derniers 50.000 ans l'homme n'aurait pas évolué et il n'aurait pas de respect pour les animaux, « *datt de Mënsch iwver all déi Jorhonerten an Jordausenden et net fäerdeg bruecht huet ziviliséert ze ginn, eng Ethik ze entwéckelen,...* » et que : « *Mir liewen an enger Gesellschaft,*

enger Zivilisatioun vum Doud a mir mussen hin zu enger Zivilisatioun vum Liewen ».

L'appelant a encore ajouté dans le cadre de la même émission : « *Ech wollt iwwregens virdu soen, net datt d'Leit mengen, den Androck kréien ech géif nämnen d'Jeë fir Barbaren halen. Dat Wuert Barbar as iwwerhaapt, wéi ech gesinn, nët sou eppes Hefteges, mais mir sinn, déi mescht vun eis, an iirgend enger Hinsicht alleguerten Barbaren och déi Bauerent déi Déieren ziichten sin an däar Hinsicht Barbaren, an alleguerten déi an deem Circuit dra sinn, an der Fleeschindustrie si Barbaren, déi Fleesch iessen, all Karvinoren sinn an enger gewesser Hinsicht Barbaren* ».

La Cour d'appel rappelle encore que l'émission a été annoncée à la radio par un spot publicitaire qui avait également utilisé le terme « barbare ».

Dans ces conditions, la Cour d'appel retient qu'il n'est pas établi à suffisance qu'P1 ait utilisé le mot « barbare » par méchanceté ou par volonté de porter atteinte à la dignité et l'honneur des chasseurs.

Le doute, même le plus léger, devant profiter à un prévenu, il y a lieu, par réformation du jugement entrepris, d'acquitter P1 de l'infraction suivante :

« *comme auteur, ayant lui-même commis l'infraction, le 23 février 2019, dans le cadre de l'émission télévisée «Background-Mussen Déieren déi selwecht Rechter kréie wéi Menschen ?» du 23 février 2019 diffusée sur la chaîne des télévisions RTL,*

en infraction à l'article 561,7° du Code pénal,

avoir dirigé contre des particuliers une injure autre que celles prévues au Titre VIII, Chapitre V du Livre II du Code pénal,

en l'espèce, d'avoir dirigé contre les chasseurs l'injure verbale « D'Jeeë se Barbaren ».

(dispositif conforme aux motifs)

COUR D'APPEL, 8 DÉCEMBRE 2020

Arrêt n° 409/20 V.

Comp. : M. HARTMANN, (Prés.), A.-F. GREMLING, S. PISANI

Min. pub. : M. SCHILTZ

Av. : Z. THILL, F. DELVAUX, J.-P. NOESEN

ABUS DE BIENS SOCIAUX – Prêts et avances entre sociétés – Groupe de sociétés – Intérêt de groupe

L'arrêt du 8 décembre 2020 précise la notion d'intérêt de groupe dans le contexte d'abus de biens sociaux.

La Cour d'appel rappelle que l'infraction d'abus de biens sociaux requiert : la qualité de dirigeant et un usage des biens sociaux ou du crédit de la société contraire à l'intérêt social ainsi qu'une intention délictueuse, respectivement un dol spécial.

Cependant, un usage des biens de la société *a priori* contraire à l'intérêt social peut s'affranchir de toute qualification pénale lorsqu'il est réalisé dans l'intérêt du groupe de sociétés à laquelle la société lésée appartient.

La Cour d'appel se réfère ainsi à la jurisprudence française, pour décider que l'incrimination d'abus de biens sociaux ne peut cependant être neutralisée que si « d'une part, l'existence d'un groupe de sociétés est établie, et si d'autre part, le concours financier est dicté par les intérêts de ce groupe appréciés au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu de contrepartie ou ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés et n'excède pas les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ».

EXTRAITS

Les faits :

Par le jugement entrepris, P1 a été condamné à une peine d'emprisonnement de 18 mois assortie du sursis intégral et à une amende de 3.000 euros pour abus de biens sociaux et notamment, pour avoir, en tant que dirigeant de droit de la société SOC1, déclarée en état de faillite le 12 avril 2013 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, fait de mauvaise foi des biens et du crédit de cette société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, par le fait d'avoir consenti entre le 8 mars 2011 et le 21 décembre 2012 des prêts et avances d'un montant total de 1.754.000 euros à différentes sociétés dont il était le dirigeant et le bénéficiaire économique ultime, à savoir la société SOC3, la société SOC4, la société SOC5, la société SOC7 et la société SOC6, partant pour favoriser une autre société dans laquelle il était intéressé directement. P1 a encore été retenu dans les liens de l'infraction à l'article 506-1 3) du Code pénal.

Au civil, le tribunal de première instance s'est déclaré compétent pour connaître de la partie civile formulée par la société SOC2, mais l'a déclaré non fondée.

Il s'est également déclaré compétent pour connaître de la demande de la société SOC1 en faillite, dit que sa demande de réintégration à la masse des créanciers de la faillite des sommes sorties de l'actif est non fondée et ses demandes subsidiaires irrecevables.

La position des parties :

Lors de l'audience du 13 novembre 2020, la société SOC2 a réitéré sa partie civile telle que formulée en première instance et demande à la Cour d'appel d'y faire droit.

Elle insiste sur le fait que P1 avait conclu un contrat de construction avec elle tout en sachant que l'argent du prêt qui a été accordé un an auparavant par la banque BQUE1 à la société SOC1 pour financer, entre autres, des travaux pour la construction d'un hall était déjà totalement dépensé.

Le mandataire de P1 demande à la Cour d'appel de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a acquitté son mandant des actes d'abus de biens sociaux qui lui ont été reprochés jusqu'au 7 mars 2011, alors que la société SOC1 avait beaucoup de liquidités et qu'en pleine crise finan-

cière, il aurait été plus avantageux de prêter de l'argent à des sociétés apparentées que de les confier à des établissements bancaires, d'autant plus que le taux d'intérêt aurait été supérieur au taux que la société aurait pu recevoir d'une banque.

Pour la période à compter du 8 mars 2011, il fait valoir que l'affectation d'un crédit ne serait pas un droit dans le chef d'un tiers. Cette affectation serait uniquement faite dans l'intérêt de la banque et non dans l'intérêt des tiers. La banque aurait exécuté des virements à des bénéficiaires dont elle savait qu'ils n'étaient pas en relation avec le droit de superficie et le hall du.... .

En outre, il faudrait tenir compte de l'évaluation des rentrées des chantiers en cours dans le bilan. Pour 2010, un poste de 1.600.000 euros aurait été prévu, montant supérieur aux prêts accordés aux sociétés apparentées et au montant redû à la société SOC2.

Les chantiers en cours de la société SOC1 auraient été très prometteurs et auraient engendrés un cash-flow avec lequel P1 aurait légitimement pu compter.

À l'époque, il y aurait cependant eu une secousse sur le secteur du bâtiment, et, du jour au lendemain, P1 aurait été informé par le comptable qu'il n'y avait plus de commandes, ce dont les deux gérants en place ne l'auraient pas informé.

La société SOC1 aurait donc fait faillite, non parce qu'elle avait trop prêté à ses filiales, mais, parce que son chiffre d'affaires s'était effondré et que les gérants en place n'avaient pas vu ce problème.

La société aurait été victime d'une évolution économique frappant tout le secteur.

L'erreur d'appréciation faite par P1 ne constituerait pas une faute pénale. Il n'aurait pas agi avec une intention de nuire et il ne se serait pas personnellement enrichi.

Le mandataire de P1 conclut, dès lors, principalement, à l'acquittement de son mandant. Par conséquent, la Cour d'appel devrait se déclarer incomptente pour connaître de la partie civile formulée par la société SOC2.

À titre subsidiaire, il y aurait lieu de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a rejeté la partie civile formulée par la société SOC2, cette dernière, en tant que créancière de la masse, ne pouvant exercer d'action individuelle à l'encontre de P1. Le curateur aurait d'ailleurs introduit une action au civil.

(...)

Quant au fond, le représentant du ministère public demande à la Cour d'appel de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a acquitté P1 de l'infraction de banqueroute.

Quant à l'abus de biens sociaux, il y aurait lieu de différencier les sorties de fonds précédant la date du 8 mars 2011 et les sorties de fonds postérieures à cette date.

Pour les faits commis avant la date du 8 mars 2011, les éléments constitutifs de l'infraction d'abus de biens sociaux ne seraient pas établis et le jugement serait à confirmer.

Quant aux sorties de fonds postérieures, il y aurait lieu de prendre en considération qu'il y avait deux groupes de sociétés et non pas un seul.

Ainsi, il y aurait eu, d'une part, le groupe X dans lequel était incluse la société SOC1 et, d'autre part, le groupe P1 avec les sociétés SOC6 et SOC7.

Concernant ces deux dernières sociétés, il n'aurait donc pas eu de transfert intragroupe.

De plus, il y aurait lieu de voir qu'après le 8 mars 2011, la société SOC1 avait été confrontée à une crise mondiale et elle n'avait plus les mêmes liquidités. Ce manque de liquidités aurait conduit à la conclusion d'un contrat de prêt important. Les fonds reçus par le biais de ce contrat de prêt n'auraient cependant pas été affectés dans l'intérêt de la société SOC1, mais auraient été utilisés au bénéfice d'autres sociétés pour leur donner des liquidités. Il se serait agi de transferts à voie unique. Or, la société SOC1 elle-même aurait eu à cette époque des problèmes de liquidités, de sorte qu'il n'aurait pas été dans son intérêt d'accorder des prêts. Ce serait donc à bon droit que la juridiction de première instance aurait retenu P1 dans les liens de l'abus de biens sociaux.

Quant à la peine, le représentant du ministère public ne s'oppose pas à une diminution de la peine d'emprisonnement prononcée. En revanche, l'amende serait à augmenter.

Le mandataire de P1 conclut, en ordre subsidiaire, à la confirmation du montant de l'amende, P1 étant personnellement ruiné et travaillerait à... pour un salaire mensuel de 3.000-4.000 euros. Il insiste sur le fait que si le rythme de commande avait continué comme avant, il n'y aurait pas eu de problème pour payer toutes les factures.

L'appréciation de la Cour d'appel :

(...)

Quant au fond :

Il résulte des éléments du dossier répressif discutés à l'audience de la Cour d'appel que les juges de première instance ont fourni une relation correcte des faits à laquelle il convient de se référer, les débats devant elle n'ayant apporté aucun fait nouveau par rapport à ceux soumis à l'examen des juges de première instance.

C'est ainsi à bon escient que les juges de première instance ont retenu qu'il résulte de l'enquête versée au dossier que la société SOC1 a accordé différents crédits, respectivement avances pour un montant total de 2.591.700 euros à un certain nombre de sociétés dont P1 était le dirigeant et le bénéficiaire économique.

Ces prêts ou avances n'ont été remboursés que partiellement.

Les juges de première instance ont, en outre, retenu à juste titre qu'en sa qualité de dirigeant de la société SOC1, les infractions de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux pouvaient être reprochées à P1. Ils sont encore à confirmer, par adoption de leurs motifs, en ce qu'ils ont retenu que la société SOC1 avait cessé ses paiements et se trouvait en état d'ébranlement de crédit. Ils ont fixé à juste titre la date de la cessation des paiements à la date du 22 mars 2013.

C'est également à bon droit et pour des motifs que la Cour d'appel fait siens, que le tribunal de première instance, après avoir constaté que les détournements reprochés à P1 ont tous eu lieu avant la date de cessation des paiements du 22 mars 2013, a acquitté le prévenu de l'infraction de banqueroute frauduleuse qui lui a été reprochée à titre principal.

Quant à la prévention d'abus de biens sociaux, la Cour d'appel se rapporte d'abord aux développements en droit des juges de première instance concernant les conditions dans lesquelles l'acte du dirigeant de la société constitue un abus de biens sociaux.

Il est par ailleurs constant en cause que P1 a fait usage des fonds de la société SOC1 en les continuant à des sociétés apparentées.

La Cour d'appel rejoint les juges de première instance en ce qu'ils ont scindé l'octroi des prêts et avances accordés aux sociétés apparentées en deux phases, à savoir une première phase s'étalant entre 2007 et le 7 mars 2011 et une deuxième phase pour la période se situant après le 8 mars 2011, c'est-à-dire après l'octroi d'un crédit immobilier de 3.225.000 euros accordé par la banque BQUE1 à la société SOC1 pour financer un droit de superficie et un hall industriel au....

La juridiction de première instance a ensuite retenu à juste titre que les prêts ou avances accordés jusqu'au 7 mars 2011 n'ont pas été contraires aux intérêts de la société SOC1 compte tenu du contexte de la crise financière mondiale des années 2007 et 2008. En effet, la société, qui avait beaucoup de liquidités à cette époque, avait plutôt intérêt à accorder des prêts à des sociétés apparentées qu'elle connaissait qu'à les placer auprès des établissements bancaires qui, à l'époque, avaient un avenir incertain devant eux. Tout comme les juges de première instance, la Cour d'appel relève à cet égard que

lesdits prêts ou avances ont, dans un premier temps, été honorés conformément aux clauses des contrats conclus.

Concernant les prêts et avances accordés après le 8 mars 2011, la société SOC1 fait valoir que le fait de n'avoir pas utilisé le prêt accordé par la banque BQUE1 aux fins contractuelles prévues ne saurait servir de base à une condamnation pour abus de confiance au motif que l'affection du prêt aurait seulement été libellée en faveur de la banque, qui cependant aurait exécuté les virements à des tiers sans s'opposer.

La Cour d'appel rappelle que l'infraction d'abus de biens sociaux requiert, outre la qualité de dirigeant, non contestée en l'espèce, et un usage des biens sociaux ou du crédit de la société, non plus contesté, un usage contraire à l'intérêt social et une intention délictueuse, respectivement un dol spécial.

Il s'agit donc d'examiner si l'usage par P1 des fonds de la société SOC1 était contraire aux intérêts de la société.

Selon P1 les prêts, qui tous auraient été accordés à d'autres sociétés du groupe, auraient été destinés à maintenir les liquidités des sociétés bénéficiaires à un certain niveau. Ces prêts auraient donc été conclus dans l'intérêt du groupe qui suivait une politique d'expansion.

L'incrimination d'abus de biens sociaux ne peut cependant être neutralisée que si « *d'une part, l'existence d'un groupe de sociétés est établie, et si d'autre part, le concours financier est dicté par les intérêts de ce groupe appréciés au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu de contrepartie ou ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés et n'excède pas les possibilités financières de celle qui en supporte la charge* » (Cass. crim. 4 sept. 1996, Bull crim. 1996, no 314, JurisData n° 1996-003916).

Or, tel que l'a relevé à juste titre le représentant du ministère public en se référant à l'organigramme confirmé par P1 auprès du juge d'instruction, il n'existe, en l'espèce, pas un seul groupe de sociétés, mais deux groupes de sociétés : d'une part le groupe P1 avec les sociétés SOC6 et SOC7 et, d'autre part, le groupe X (P1) avec, entre autres, la société SOC1 (cf. procès-verbal de première comparution de P1 devant le juge d'instruction en date du 17 avril 2018 et annexes). Il résulte également de l'organigramme que les sociétés filiales de ces deux groupes de sociétés n'ont pas de lien juridique entre elles tel que l'a confirmé P1.

P1 ne saurait dès lors légitimement soutenir que les prêts accordés aux sociétés SOC6 et SOC7 ont été faits dans l'intérêt du groupe dont faisait partie la société SOC1.

En tout état de cause, il résulte des éléments de la cause qu'au plus tard au mois de mars 2011, la société SOC1 n'avait plus suffisamment de liquidités à disposition pour continuer à financer de nouveaux prêts à des sociétés

appartenant au même groupe de sociétés qu'elle-même ou non. Elle-même venait de contracter un prêt important portant sur plus de 3.000.000 euros. Or, malgré ce manque de liquidités, P1 a continué à transférer des fonds importants appartenant à la société SOC1 à diverses sociétés, dans lesquelles il était le dirigeant de droit et le bénéficiaire économique ultime, à savoir : la société SOC3 (en tout 160.000 euros), la société SOC4 (en tout 30.000 euros), la société SOC5 (en tout 635.000 euros), la société SOC7 (en tout 614.000 euros) et la société SOC6 (en tout 250.000 euros) et ceci plus particulièrement entre le 20 juin 2011 et 21 décembre 2012.

Même à prendre en considération un cash-flow de 1.600.000 euros prévisible sur 6 mois tel que repris dans la note du mandataire de P1, ce cash-flow se rapportait, d'après les propres affirmations de P1, seulement à l'année 2010. Celui-ci a cependant déboursé à partir du mois de mars 2011, et notamment à partir du mois de juin 2011 jusqu'au mois de décembre 2012, des fonds de la société SOC1 de l'ordre de 1.754.000 euros, ce qui a entraîné un appauvrissement subséquent de cette dernière au profit des sociétés bénéficiaires qui se trouvaient dans une situation financière de plus en plus difficile, fait qui n'a pas pu échapper à P1, alors qu'il a multiplié les prêts en leur faveur pour leur assurer les liquidités dont elles avaient besoin. Cette exposition de l'actif social à un risque injustifié est contraire à l'intérêt social.

P1 ne saurait pas non plus se retrancher derrière le fait que le marché s'est effondré et que le nombre de commandes a fortement baissé. En effet, en tant que dirigeant de la

société SOC1 qui prenait toutes les décisions, il aurait été son devoir, en tant que dirigeant responsable, de contrôler, avant d'accorder des prêts ou des avances de 100.000, 200.000 euros, voire même plus, si, au moment de l'octroi de ces prêts ou avances, la situation générale de la société prêteuse lui permettait de ce faire sans la mettre en péril. À cela s'ajoute que face aux problèmes connus des différentes sociétés emprunteuses dont il était le bénéficiaire économique, auxquelles, tel que l'a précisé à juste titre la juridiction de première instance, les banques n'auraient plus accordé de prêt au vu de leur situation financière précaire, il n'a demandé aucune garantie pour le compte de la société SOC1.

La Cour d'appel en conclut que P1 devait nécessairement être conscient que ces prêts, destinés à permettre aux différentes sociétés dont il était le bénéficiaire économique d'avoir des liquidités qui leur manquaient, étaient contraires aux intérêts de la société SOC1. Il en résulte également que P1 a agi à des fins personnelles, du moins de façon indirecte.

C'est dès lors à juste titre que la juridiction de première instance a retenu que non seulement les éléments matériels de l'infraction d'abus de biens sociaux sont réunis en l'espèce, mais que l'élément moral est également établi.

Elle est donc à confirmer en ce qu'elle a retenu P1 dans les liens de l'infraction à l'article 1500-11 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. (...)

(dispositif conforme aux motifs)

TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE DIEKIRCH, 30 JUILLET 2020**Jugement n° 340/2020**Comp. : R. WELTER (1^{er} Vice. Prés.), J.-CI. WIRTH, P. HEMMEN

Min. pub. : J.-F. BOULOT

Av. : M. BECKER

BLANCHIMENT – Opération de placement, dissimulation ou transfert – Infraction primaire d'escroquerie

Répondant à une annonce trouvée sur Internet, le prévenu avait accepté de mettre à disposition son compte bancaire pour y faire transiter des sommes d'argent, contre rémunération. Il avait partagé à son contact le code d'accès et le mot de passe associés à son compte bancaire ainsi que, régulièrement, les numéros affichés par son token, afin de faciliter les transferts. L'argent transféré provenait, selon l'appréciation du tribunal, d'une escroquerie, caractérisée par la mise en ligne d'un site Internet fictif, avec système de paiement, dans le domaine de la vente d'or à prix réduits. Le tribunal a estimé que la réception de ces fonds sur le compte du prévenu revêtait la qualification de blanchiment en ce qu'il a apporté son concours à des opérations de placement, de dissimulation, sinon de transfert du produit d'une infraction d'escroquerie.

EXTRAITS

Sur base d'une annonce trouvée sur le site Internet (...), P1 a pris contact à travers le service de messagerie « Whatsapp » avec le numéro indiqué dans cette annonce. Cette annonce offrait un emploi rémunéré à raison de 1.000 euros par mois pour un travail à partir de chez soi. L'offre précisait qu'on recherchait des personnes honnêtes mettant à disposition leur compte bancaire pour faire des transactions. Il fallait suivre un lien et donner ses coordonnées comme le nom et le numéro de téléphone. Le 29 novembre 2018, la première prise de contact a eu lieu entre P1 et un dénommé « (...) » qui l'informe qu'il a besoin d'un compte bancaire afin d'y faire transiter des flux d'argent. Après plusieurs messages échangés via « Whatsapp » prenant à peine une quarantaine de minutes, P1 se montre prêt à accepter l'offre. P1 tente de se renseigner sur l'activité du dénommé « (...) » qui lui décrit vaguement celle-ci comme une activité d'achat/revente de produits à des entreprises, sans autres détails. Au départ (29 novembre 2018), P1 lui propose d'ouvrir un compte auprès de la banque (...) mais cette opération tarde et « (...) » devient impatient. P1 propose même à son interlocuteur d'ouvrir un compte auprès d'une banque (...) à (...). Face à l'impatience de « (...) », P1 se décide à mettre à disposition son compte ouvert auprès de la (...) (12 décembre 2018). Entre-temps (3 décembre 2018), P1 avait à nouveau essayé d'avoir de plus amples renseignements sur l'activité de « (...) » et sur le type et le montant des opérations à effectuer, sans davantage de succès. Tout au long de leur conversation, P1 exhorte son interlocuteur à faire attention quant au montant à transférer et à ne pas

faire transiter des montants trop importants, sous peine pour lui de devoir s'expliquer auprès de sa banque.

Le 12 décembre 2018, P1 fournit le code d'accès (log in) et le mot de passe de son compte ainsi que le numéro affiché par son « token » permettant à « (...) » de se connecter mais sans faire de transaction pour autant. Finalement, le lendemain, « (...) » annonce une première entrée de fonds à hauteur de 5.900 euros qui a effectivement lieu le 14 décembre 2018, « (...) » informant le prévenu qu'il peut garder 500 euros de cette somme et qu'une deuxième tranche de 500 euros lui parviendrait ultérieurement. Plusieurs autres entrées de fonds ont lieu et les fonds sont transférés peu après vers d'autres comptes notamment en (...). Toutes ces opérations de transfert sortants sont effectuées par le dénommé « (...) », P1 se contentant à lui donner à chaque fois le numéro de « token ». Le 18 décembre 2018, le prévenu s'inquiète brièvement en raison du montant important transitant par son compte (27.000 euros en une semaine). En date du 23 décembre 2018, le compte est bloqué et le dénommé « (...) » ne répond plus aux messages de P1 après avoir été informé par celui-ci que la banque demande des explications et pièces justificatives.

Le tribunal note particulièrement le zèle et l'attitude proactive affichée par P1 tout au long de la conversation « Whatsapp » qui ne s'est non seulement laissé convaincre après une quarantaine de minutes mais qui se vante encore auprès de son interlocuteur de son activité auprès

de Western Union et de ses connaissances en online business et comme étant « business minded », qui offre d'ouvrir un compte en (...), et dans une phase ultérieure et suite au blocage du compte (...), auprès d'une autre banque, et qui met en garde son interlocuteur quant aux exigences prudentielles (montants raisonnables, explications etc).

Il appert du dossier que des escroqueries semblent avoir eu lieu en (...) dans le cadre desquelles des personnes crédules ont été amenées à acheter de l'or sur Internet à travers un site fictif usurpant de la renommée d'une société active dans la revente d'or, ces personnes se voyant communiquer le numéro de compte (...) ouvert auprès de la (...) au nom de P1. Les victimes en cause avaient viré les montants de leurs commandes respectives sur ce compte de P1 ainsi que sur les comptes de deux autres suspects, (...) et (...). Tout comme le prévenu, ces deux personnes étaient des étudiants (...) à l'école (...) à (...) et habitaient dans la même résidence.

À titre explicatif, il y a lieu de souligner qu'il résulte des déclarations de l'agent enquêteur que, du moment que le numéro IBAN d'un compte est entré dans le cadre d'une transaction de virement électronique, la transaction est effectuée sans problème, même si le nom du bénéficiaire ne correspond pas.

En droit :

En synthèse, le Parquet reproche à P1 le blanchiment à double titre, à savoir, *primo* pour avoir apporté son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de transfert du produit d'une infraction d'escroquerie (point 1.1.1. respectivement 1.2.1. – infraction à l'article 506-1 point 2)) et, *secundo*, pour avoir détenu le produit d'une infraction d'escroquerie (point 1.1.2. respectivement 1.2.2. – infraction à l'article 506-1 point 3)). À titre principal, il est reproché au prévenu d'avoir commis ces actes de blanchiment avec la circonstance aggravante que ces actes constituaient un acte de participation à l'activité principale ou accessoire d'une association de malfaiteurs constituée en vue de commettre des escroqueries (points 1.1.1. et 1.1.2.) et à titre subsidiaire sans cette circonstance aggravante (points 1.2.1. et 1.2.2.). Le Parquet reproche en deuxième lieu à P1 d'avoir commis un recel (sub point II.). Le troisième chef d'accusation (sub point III.) consiste à reproche au prévenu d'avoir fait partie d'une association de malfaiteurs, *primo* en vue de commettre les infractions d'escroquerie, de blanchiment et de recel (sub 3.1.) et, *secundo*, ensemble avec ses camarades d'études, en vue de commettre l'infraction de blanchiment (sub 3.2.).

Le tribunal correctionnel analysera dans une première phase le reproche du blanchiment en tant que tel fait à l'adresse de P1, ensuite la circonstance aggravante de l'association de malfaiteurs dans le cadre de la commission de cette infraction de blanchiment respectivement le reproche d'avoir fait partie d'une association de malfai-

teurs. Dans une troisième et dernière phase, le tribunal examinera la question de l'infraction de recel.

I. LE BLANCHIMENT

1. Il est reproché à P1 d'avoir apporté son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de transfert du produit d'une infraction d'escroquerie (infraction à l'article 506-1 point 2)).

Selon l'article 506-1 point 2), « *Sont punis d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 1.250 euros à 1.250.000 euros, ou de l'une de ces peines seulement : ceux qui ont sciemment apporté leur concours à une opération de placement, de dissimulation, de déguisement, de transfert ou de conversion des biens visés à l'article 31, paragraphe 2, point 1^o, formant l'objet ou le produit, direct ou indirect, des infractions énumérées au point 1) (de) ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré de l'une ou de plusieurs de ces infractions* ».

Le mandataire de P1 conteste qu'une infraction primaire puisse être retenue en l'espèce au motif qu'aucun interrogatoire, aucun élément de l'enquête au sujet d'une telle infraction primaire aurait eu lieu au Luxembourg. Il estime par ailleurs que son client n'aurait pas eu la volonté de commettre un blanchiment d'argent en mettant à disposition son compte au profit d'un tiers, en s'interrogeant si la notion de blanchiment serait la même au (...) qu'en Europe.

Suivant l'article 506-8 du Code pénal « *les infractions visées à l'article 506-1 sont punissables indépendamment de toutes poursuites ou condamnations pour une des infractions primaires de l'article 506-1* » et aux termes de l'article 506-3 du Code pénal, « *les infractions prévues à l'article 506-1 sont également punissables lorsque l'infraction primaire a été commise à l'étranger* ». L'alinéa 2 de cet article dispose que « *toutefois, à l'exception des infractions pour lesquelles la loi permet la poursuite même si elles ne sont pas punissables dans l'Etat où elles ont été commises, cette infraction doit être punissable dans l'Etat où elle a été commise* ».

L'infraction de blanchiment presuppose l'existence d'un crime ou d'un délit ayant procuré à son auteur un profit direct ou indirect. Il importe peu que cette infraction originelle ait été commise hors du territoire luxembourgeois et il est même indifférent qu'en fin de compte l'auteur principal n'a pas été poursuivi ni condamné parce que mort, en fuite ou inconnu. Il faut cependant que soit établie de manière précise l'existence d'une action qualifiée crime ou délit et qu'ils en soient relevés les éléments constitutifs. (CSJ, 10 juillet 2001, n° 270/01 V.)

Les juges du fond, saisis d'une poursuite du chef du délit de blanchiment, doivent constater, à tout le moins de manière implicite, mais certaine, l'existence des éléments constitutifs de l'infraction de base, notamment l'origine

délictueuse des fonds ainsi que la circonstance que le prévenu avait connaissance de cette origine délictueuse. Les juges peuvent asseoir leur conviction sur un ensemble de présomptions précises et concordantes, puisant leur conviction dans n'importe quel élément de preuve direct ou indirect, à condition qu'il soit versé aux débats et soumis à la libre discussion des parties. Il n'est toutefois pas requis que l'auteur de l'infraction primaire ait fait l'objet de poursuites ou qu'il ait fait l'objet d'une condamnation identifiant le crime ou le délit à l'aide duquel les avantages patrimoniaux ont été obtenus.

Il est d'autre part admis que la qualification de l'infraction primaire commise à l'étranger dépend de la loi du juge saisi du délit de blanchiment et non pas de la loi de l'Etat où cette infraction a été commise. (CSJ, 3 juin 2009, n° 279/09 X.)

Pour déclarer le prévenu coupable de blanchiment, il suffit que soient établies la provenance ou l'origine illégale des choses et la connaissance requise qu'il en avait ou devait en avoir, sans qu'il soit nécessaire que le juge connaisse l'infraction précise, à la condition que, sur la base des données de fait, il puisse exclure toute provenance ou origine légale. (Cour de cassation belge, (2^e ch.), 29/09/2010, Pas., 2010/9, p. 2438-2443)

En l'occurrence, il appert du dossier qu'une ou plusieurs personnes sous le pseudonyme de « (...) » ont mis en place un site Internet fictif avec un système de paiement en ligne, abusant pour les besoins de la cause du nom commercial d'une firme reconnue dans le domaine de l'achat-vente d'or (« (...) ») afin de convaincre de tierces personnes crédules à acheter en ligne de l'or qu'ils offraient à prix réduit, tout en ayant dès le début l'intention de ne pas honorer leurs promesses de livraison. Ce scénario remplit les critères de l'escroquerie telle que définie par l'article 496 du Code pénal qui requiert la réunion des éléments constitutifs suivants : a) l'intention de s'approprier le bien ou la chose d'autrui (dol spécial), b) la remise ou la délivrance d'objets, de fonds, meubles, quitances, obligations ou décharges et c) l'emploi de moyens frauduleux.

Ces infractions commises à l'étranger sont à qualifier de prime abord d'escroquerie et en tant que telles punissables également en (...).

L'infraction d'escroquerie fait partie des infractions énumérées au point 1) de l'article 506-1 du Code pénal, de sorte qu'elle vaut infraction primaire.

Les fonds transférés par les clients du site fictif sur le compte ouvert auprès de (...) sous le no. de compte (...) au nom de P1 sont dès lors le produit d'infractions et, en tant que tel, ont une origine délictuelle.

Est-ce que le prévenu P1 avait ou devait avoir connaissance de cette origine délictuelle ?

La preuve de l'élément moral de l'infraction de blanchiment résulte de toutes les circonstances de fait qui doivent nécessairement éveiller la méfiance de celui qui prend possession des choses et qui constituent des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour conclure à l'existence de l'élément de connaissance. (Cour de cassation belge, (2^e ch.), 29/09/2010, Pas., 2010/9, p. 2438-2443)

Il n'est pas requis que le prévenu ait connu l'origine délictuelle des biens avec certitude, il suffit qu'il aurait dû la connaître. Le texte luxembourgeois diverge sur ce point du texte de loi belge qui prévoit expressément «...alors qu'ils connaissaient ou devaient connaître l'origine de ces choses au début de ces opérations.»

Or, il paraît évident que l'auteur du blanchiment doit avoir eu connaissance de cette origine délictuelle pour que l'infraction de blanchiment puisse être retenue en son chef.

À cet égard, il appert des documents parlementaires qu'au cours des travaux préparatoires de la loi luxembourgeoise du 11 août 1998 ayant introduit l'infraction de blanchiment dans le Code pénal, les auteurs de la loi ont voulu faire une distinction entre ceux qui ont simplement, par inadvertance, omis de se conformer à leurs obligations professionnelles et ceux qui ont mené des opérations en pleine connaissance de cause.

L'exposé des motifs du projet de loi no. 4294 à la base de la loi du 11 août 1998 énonce ainsi : « ...il est proposé de séparer les risques encourus par le professionnel. S'il opère en pleine connaissance de cause, il devient coauteur de l'opération de blanchiment et se voit appliquer des sanctions sévères. Le terme „sciemment“ employé dans le texte marque que l'infraction exige le dol général. Si, par contre, le professionnel n'intervient dans une opération de blanchiment que par inadvertance, parce qu'il n'a pas respecté ses obligations professionnelles mais sans avoir conscience de la portée de son acte, il n'encourt qu'une amende. »

Le dol général requis pour tout type d'infraction volontaire comporte les deux éléments de la connaissance et de la volonté (*sciens et volens aut accipiens*). Le dol général peut ainsi revêtir la forme d'un dol direct (volonté du résultat), d'un dol indirect (acceptation de la conséquence, non spécialement recherchée mais résultant nécessairement de l'acte de l'agent) ou d'un dol éventuel (acceptation de la conséquence non spécialement recherchée et ne résultant pas nécessairement de l'acte de l'agent). À l'opposé, les infractions involontaires résultent d'une faute avec ou sans prévoyance et se distinguent notamment par le fait que l'élément d'acceptation du résultat ou de la conséquence dans le chef de l'agent fait défaut. (D. Spielmann, Droit pénal général luxembourgeois, p.318-322).

Le tribunal estime que l'on se trouve en l'occurrence à tout le moins en présence d'un dol indirect dans le chef du prévenu, c'est-à-dire que P1 n'a le cas échéant pas spécialement recherché la conséquence de la mise à disposition

de son compte à une personne inconnue, conséquence consistant dans la disparition des fonds transférés, mais que celle-ci devait nécessairement résulter de son acte et qu'elle était acceptée par lui. Sous cet angle, le tribunal met notamment en avant le fait que P1 a travaillé auprès de la firme (...) et qu'il était ainsi au courant de l'existence du phénomène de blanchiment, des risques y associés et de ses modalités de fonctionnement. P1 savait qu'il aurait dû se méfier de la provenance des fonds qui lui sont parvenus de la part d'un tiers complètement inconnu, malgré le fait que celui-ci ne le connaissait pas. Il savait encore qu'il aurait dû se méfier au vu du *modus operandi* proposé par cet étranger auquel il donnait accès sur son compte en banque ainsi qu'au vu de la destination des fonds, transférés en (...).

Le tribunal met encore en exergue les mises en garde par le prévenu du dénommé « (...) » en ce qui concerne le montant des transactions à effectuer, l'exhortant à ne pas faire transiger des montants trop importants sous peine pour lui de devoir s'expliquer auprès de la banque. Ces messages (« *Remember one thing that if my balance shows more they will ask source of money from me. – Tell your client don't deposit high amount of money at once. Slowly transfer money with few amount. – But remember if you transfer high then I have to submit documents... And reason why I am sending. – I have knowledge of online business.* ») révèlent à suffisance la connaissance des exigences prudentielles par P1. Enfin, le tribunal note encore l'empressement de P1 manifesté dans ses messages afin

de trouver des explications ou subterfuges à donner à la banque en cas de problèmes.

Ces constats ne sont pas énervés par l'argument que le défense entend tirer du fait que P1 se soit enquis auprès du dénommé « (...) » quant à son identité et à la nature de son commerce et qu'il semble avoir manifesté son inquiétude quant à l'origine de l'argent. Au contraire, ces messages ne constituent aux yeux du tribunal qu'une feuille de vigne afin de miroiter aux enquêteurs en cas d'éventuelles poursuites un souci de légalité inexistant, raison d'ailleurs pour laquelle le prévenu a gardé toute la conversation via « Whatsapp ». Le tribunal en prend pour preuve que le prévenu s'est assez facilement laissé apaiser par le dénommé « (...) ».

Tous ces éléments s'associent pour former un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants permettant de retenir que P1 aurait dû se méfier de la provenance douteuse et illégale des fonds transférés par son compte.

P1 est partant à retenir dans les liens de l'infraction de blanchiment pour avoir apporté son concours à une opération de placement, de dissimulation et de transfert du produit d'une infraction d'escroquerie (infraction à l'article 506-1 point 2)).

(dispositif conforme aux motifs)

TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT, 22 OCTOBRE 2020

Jugement n° 2339/2020

Comp. : M. THILL (Vice-prés.), P. LAMBERT, J. GROSS

Min. pub. : P. COLAS

Av. : B. COHEN-SABBAN, P. ONIMUS, N. STOFFEL

DÉLAI RAISONNABLE – Point de départ du délai – Critères d'appréciation du caractère raisonnable du délai – Plus de dix ans entre le départ du délai et le jugement pour des faits simples – dépassement

SANCTION DU DÉPASSEMENT DU DÉLAI RAISONNABLE – Appréciation *in concreto* – Violation irréparable des droits de la défense – Irrecevabilité des poursuites

La présente affaire est parue à l'audience plus de dix ans après l'ouverture de l'information judiciaire.

Le tribunal rappelle que le point de départ pour la computation du délai se situe dès le moment où une personne se trouve accusée, c'est à dire le moment où la personne poursuivie s'est trouvée dans l'obligation de se défendre. Ce moment peut être, selon le cas, le jour de l'ouverture de l'enquête préliminaire, le jour de l'ouverture de l'information, le jour de l'inculpation officielle, mais également la date à laquelle l'intéressé peut légitimement déduire de certains événements qu'il est soupçonné d'avoir commis certaines infractions et qu'une procédure est susceptible d'être conduite contre lui.

*Le tribunal rappelle également les critères pour apprécier le caractère raisonnable du délai écoulé (complexité de l'affaire, comportement du prévenu, comportement des autorités nationales) et le fait que ces critères s'apprécient suivant les circonstances de la cause et non *in abstracto*. En l'espèce, les juges ont retenu que les faits à la base de l'affaire étaient simples pour déterminer que le délai raisonnable avait été dépassé.*

Quant à la sanction du dépassement du délai raisonnable, les juges commencent par rappeler qu'elle n'est prescrite ni par la loi, ni par la CEDH, et qu'elle relève de l'appréciation souveraine de la juridiction. Cette sanction dépend d'une éventuelle déperdition des preuves du fait du délai écoulé mais également d'éventuelles conséquences dommageables pour le prévenu du fait du dépassement du délai raisonnable.

En l'espèce le Tribunal a retenu une violation irréparable des droits de la défense en ce qu'il n'était plus possible en raison de l'écoulement du temps de compléter et redresser les lacunes probatoires qui se sont révélées au cours de l'instruction. De ce fait, les juges ont sanctionné le dépassement du délai raisonnable par l'irrecevabilité des poursuites pénales.

EXTRAITS

Quant au délai raisonnable

Aux termes de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Il résulte de ce qui précède que plus de dix ans se sont écoulés entre l'ouverture de l'information judiciaire en

relation avec les faits libellés à charge des prévenus et le moment où la cause a été entendue par le tribunal lors de l'audience publique des 23 et 24 septembre 2020.

Or, s'agissant du point de départ du délai raisonnable dans lequel le prévenu doit être jugé, il est admis qu'en matière pénale, c'est la date à laquelle l'accusation a été formulée par l'autorité compétente.

Dès lors, il ne s'agit ni du jour où l'infraction a été commise, ni de celui de la saisine de la juridiction de jugement, mais bien du jour où la personne poursuivie s'est trouvée dans l'obligation de se défendre ; cela peut être le jour de

l'ouverture d'une information ou de l'inculpation officielle, c'est-à-dire le moment où le suspect est informé officiellement qu'en raison des soupçons qui pèsent sur lui, une procédure est ouverte à sa charge, mais également la date à laquelle l'intéressé peut légitimement déduire de certains événements qu'il est soupçonné d'avoir commis certaines infractions et qu'une procédure est susceptible d'être conduite contre lui (M. FRANCHIMONT, Manuel de procédure pénale, 3^e édition, p. 1160).

Le point de départ du délai se situe à la date où une personne se trouve accusée, cette date pouvant être suivant le cas celle de l'ouverture des enquêtes préliminaires, de l'inculpation ou de l'arrestation (Cour, 12 juillet 1994, arrêt n° 273/94).

Quant au point de départ du délai raisonnable à fixer en l'espèce, le tribunal retient qu'il y a lieu de le fixer à la date à laquelle les prévenus ont été interrogés en qualité de prévenu par les agents verbalisants sur les faits qui leurs sont reprochés c'est-à-dire en date du 28 avril 2011 en ce qui concerne P1.), en date du 25 mai 2011 en ce qui concerne P2.) et en ce qui concerne P3.) en date du 7 juin 2011.

Le caractère raisonnable de la procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et non in abstracto. Trois critères se sont dégagés de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, pour apprécier le délai raisonnable d'un procès ; aucun n'étant toutefois prédominant : 1) la complexité de l'affaire en fait et en droit, en nombre de parties, en difficultés de preuves, et 2) du comportement du prévenu) sans aller exiger qu'il facilite la preuve des accusations portées contre lui (et enfin 3) le comportement des autorités nationales compétentes) S. GUINCHARD et J. BOUSSON, Procédure pénale, n° 376, p. 263).

La question de savoir si le » délai raisonnable « a été dépassé dépend dans de nombreux cas, d'un examen attentif des circonstances et des causes de tout retard et non pas simplement de la prise en considération de la durée du laps de temps en question.

En l'espèce, le tribunal retient, au vu du dossier soumis à son appréciation et en constatant notamment que l'affaire n'ayant pas présenté une complexité extraordinaire, les faits à la base de l'affaire étant à qualifier au contraire de simples, les retards subis ne se trouvent pas justifiés.

Il y a dès lors lieu de retenir qu'il y a dépassement du délai raisonnable prévu à l'article 6-1 précité.

Il échait de constater que ni l'article 6-1 de ladite Convention ni une loi nationale ne précisent les effets que le juge du fond doit déduire d'un dépassement du délai raisonnable qu'il constaterait.

La Convention ne dispose notamment pas que la sanction de ce dépassement consisterait dans l'irrecevabilité

des poursuites motivée par la constatation expresse de la durée excessive de la procédure. Il incombe à la juridiction du jugement d'apprecier, à la lumière des données de chaque affaire, si la cause est entendue dans un délai raisonnable, et, dans la négative, de déterminer les conséquences qui pourraient en résulter.

Les conséquences doivent être examinées sous l'angle de la preuve d'une part et sous l'angle de la sanction d'autre part. En effet, la durée anormale de la procédure peut avoir pour résultat la déperdition des preuves en sorte que le juge ne pourrait plus décider que les faits sont établis. Le dépassement du délai raisonnable peut aussi entraîner des conséquences dommageables pour le prévenu (Cass. Bel, 27 mai 1992, R.D.P. 1992, 998).

Il est de principe que l'irrecevabilité des poursuites peut être retenue comme sanction d'un dépassement du délai raisonnable dans l'hypothèse où l'exercice de l'action publique devant les juridictions de jugement s'avère totalement inconciliable avec un exercice valable des droits de la défense.

Une violation irréparable des droits de la défense entraîne l'irrecevabilité des poursuites (Cass. ch. Réun., 16 septembre 1998, affaire dite Augusta-Dassault, J.L.M.B., 1998, p. 3430).

En l'espèce, le tribunal retient, au vu du dossier soumis à son appréciation, que tel est le cas en l'espèce et que l'irrecevabilité des poursuites pénales s'impose alors que le dépassement du délai raisonnable compromet irrémédiablement les droits de la défense notamment parce qu'en raison de l'écoulement du temps, il n'est plus possible de compléter et redresser des lacunes qui s'étaient révélées au cours de l'instruction.

Il aurait été opportun en 2011 d'établir la liste des victimes éventuelles et de préciser leurs dommages respectifs pour permettre aux parties civiles d'exercer leur recours et ce même au cas où leur nombre important diminuait l'importance du dommage de chacune d'entre elles.

Il aurait encore été important de retracer si effectivement les clients abusés du fonds F. avaient été remboursés en 2010 suite à la demande du Commissariat aux Assurances tel que l'affirmait le prévenu P1.) déjà lors de sa 2^e audition auprès de la Police en date du 29 avril 2011 et également à l'audience publique. Le principe de ce remboursement aux clients a, par ailleurs, été confirmé par le gestionnaire du fonds F., X. à l'audience publique du 23 septembre 2020 et chiffré à 80% de la mise.

Enfin il aurait été opportun d'ordonner des mesures d'investigation supplémentaires en 2011 auprès de la filiale de la société S1.) à XXX où travaillait P1.) principalement pendant l'année 2008 (comme celui-ci le demanda au juge d'instruction en date du 9 mars 2017, mais refusé à juste titre, alors que cette mesure d'investigation ne présentait plus aucun intérêt 9 ans après les faits).

Au vu des éléments qui précèdent, l'exercice de l'action publique devant les juridictions de jugement s'avère en l'espèce totalement inconciliable avec un exercice valable des droits de la défense, de sorte qu'il y a lieu, tel que déjà relevé ci-dessus, de prononcer à titre de sanction du dépas-

sement du délai raisonnable l'irrecevabilité des poursuites pénales.

(Dispositif conforme aux motifs)



TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG, CH. C., 16 DÉCEMBRE 2020

Ordonnance n° 2060/20

Comp. : M. THIRY (Vice-prés.), C. ENGEL, Y. AZARMIN
Min. pub. : V. VIENI
Av. : L. JEITZ

NULLITÉ DE PROCÉDURE – Procès-verbal réalisé par un agent de l'Administration de la Nature et des Forêts – Visite domiciliaire en vue de la constatation d'une infraction – Application du droit commun de l'enquête préliminaire

Sur dénonciation anonyme, deux membres de l'entité mobile de l'Administration de la Nature et des Forêts (ANF), agissant en qualité d'officier de police judiciaire, ont effectué une visite domiciliaire chez la personne dénoncée, à l'intérieur d'un hangar.

Si la chambre du conseil a reconnu que l'accès aux constructions soumises à autorisation administrative, corollaire indispensable à la délivrance des autorisations, à savoir un pouvoir de surveillance, peut être réalisé sans nécessiter l'accord préalable du propriétaire de la parcelle, les agents avaient en l'espèce agi en vue de la constatation d'une infraction.

Ce faisant, en se rendant d'office en leur qualité d'OPJ et dans le cadre de leur mission telle que définie à l'article 74 de la loi du 18 juillet 2018 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, au domicile du prévenu afin de constater l'existence éventuelle des infractions dénoncées, les agents ont posé un acte de l'enquête préliminaire tel que prévu à l'article 46 du CPP. Partant il aurait fallu recueillir par écrit, l'assentiment exprès de la personne dénoncée en vue d'effectuer la visite domiciliaire et lui faire signer le procès-verbal y relatif, conformément aux dispositions des articles 33(6) et 47 du CPP.

EXTRAITS

À l'audience du 9 décembre 2020, la partie demanderesse a déclaré maintenir en intégralité sa requête du 23 novembre 2020 et a réitéré les moyens présentés lors de l'audience du 2 décembre 2020.

Concernant le procès-verbal n° 081 20 SW du 23 septembre 2020, le requérant affirme que les photos de l'intérieur du hangar litigieux du 28 mai 2020 figurant au procès-verbal auraient été prises en violation de l'article 9 du Code civil français¹ et de l'article 8 de la CEDH, alors que les membres de l'Administration de la Nature et des Forêts (ci-après ANF) auraient dû opérer une distinction entre les zones accessibles et non accessibles de l'extérieur, lesdites photos concernant un lieu non accessible. Quant aux prises de vue aériennes, il aurait fallu opérer une distinction entre celles prises par satellite et celles prises au moyen de drones et s'interroger sur le cadre légal de ces dernières en ce qui concerne les zones non accessibles. Il a également soulevé la question de la licéité

de la preuve en relation avec les photos en cause, aucune base légale ne permettant, selon lui, d'utiliser des prises de vues aériennes de propriétés privées prises dans un contexte d'utilité générale, telle que l'élaboration d'un PAG, à l'encontre d'un particulier dans le cadre d'une procédure pénale.

La partie demanderesse a finalement critiqué le défaut de consignation dans le procès-verbal litigieux tant des questions posées par B) que des réponses données par A) lors de la visite domiciliaire du 28 mai 2020 et elle a invoqué tant la violation du règlement général du 25 mai 2018 sur la protection des données en l'absence de consentement quant à l'utilisation des photos de l'intérieur du hangar, que la prescription des photos aériennes utilisées et datant de 2013.

La représentante du Parquet a conclu au rejet des moyens développés par la partie demanderesse.

1. L'article 9 du code civil luxembourgeois a été abrogé par la loi du 23 avril 1934.

A) conclut à la nullité du procès-verbal n° 081 20 SW, au motif que la visite domiciliaire du 28 mai 2020, sur laquelle reposent les constats contenus dans le prédict procès-verbal, serait à qualifier d'acte de l'enquête préliminaire et partant soumise aux dispositions du Code de procédure pénale (ci-après CPP) applicables en la matière, lesdites dispositions restant applicables, même en présence d'une loi spéciale.

En l'espèce, il résulte du procès-verbal litigieux que l'entité mobile de l'ANF a été saisie suite à une dénonciation anonyme du 4 mai 2020 en relation avec des travaux d'aménagements qu'aurait effectués A) sur son terrain en infraction à la loi du 18 juillet 2018 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles (ci-après la Loi de 2018). Dans la mesure où les terrains de A) sont classés en zone verte et tombent sous l'application de la Loi de 2018, B), agissant en sa qualité d'officier de police judiciaire (ci-après OPJ) et C), tous deux membres de l'entité mobile de l'ANF, se sont rendus au domicile de A) le 28 mai 2020 et l'ont informé de l'existence de la dénonciation et de leur présence sur les lieux afin de constater la réalité des faits y allégués. Lors de la visite domiciliaire, des photos ont été prises.

Le contrôle ainsi opéré par B) et C) a été effectué dans le cadre de la Loi de 2018. Il ne résulte cependant pas du dossier répressif, plus particulièrement du procès-verbal dressé en suite de la visite domiciliaire du 28 mai 2020, en application de quelles dispositions de la Loi de 2018 les membres de l'ANF ont agi, et que B) a rédigé le procès-verbal litigieux.

L'article 71 de la Loi dispose que « *le ministre, son délégué, les porteurs d'un ordre de mission du ministre, les membres du conseil supérieur pour la protection de la nature et des ressources naturelles ainsi que les agents de l'Administration de la nature et des forêts et de l'Administration de la gestion de l'eau ont accès² entre le lever et le coucher du soleil à tous les cours d'eau et à tous les fonds non bâties, chantiers et constructions sujets à autorisation en vertu des dispositions de la présente loi* ».

Selon les auteurs de la Loi de 2018, cet accès est un corollaire indispensable à la délivrance des autorisations, à savoir un pouvoir de surveillance, qui peut être exercé sans nécessiter l'accord préalable du propriétaire de la parcelle³.

Aux termes de l'article 74 de la Loi de 2018, « *(1) Les infractions⁴ à la présente loi, à ses règlements d'exécution et aux mesures prises en vertu desdites dispositions légales et*

réglementaires sont constatées⁵ par les agents de la Police grand-ducale, les agents de l'Administration de la nature et des forêts et les agents de l'Administration de la gestion de l'eau ainsi que par les agents de l'administration des douanes et accises. Les procès-verbaux établis font foi jusqu'à preuve du contraire.

(2) Les agents visés au paragraphe 1^{er} précédent doivent avoir subi une formation professionnelle spéciale portant sur la recherche et la constatation des infractions ainsi que sur les dispositions pénales de la présente loi. Le programme et la durée de la formation ainsi que les modalités de contrôle des connaissances sont arrêtées par règlement grand-ducal. Ces agents reçoivent un certificat en cas de réussite à la formation professionnelle.

(3) Avant d'entrer en fonction, les agents visés au paragraphe 1^{er} prêtent serment devant le Tribunal d'arrondissement compétent et déterminé en fonction de leur domicile avec les termes suivants : « Je jure de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité ».

(4) À compter de leur prestation de serment, les agents visés au paragraphe 1^{er} ont la qualité d'officier de police judiciaire ».

S'il est vrai que, dans le cadre de leur mission de surveillance, l'article 71 de la Loi de 2018 autorise les membres de l'ANF à accéder, sans accord préalable, à tous les cours d'eau et à tous les fonds non bâties, chantiers et constructions sujets à autorisation en vertu de la Loi de 2018, toujours est-il que la finalité des articles 71 et 74 de la Loi de 2018 diffère. En effet, un pouvoir de « surveillance » équivaut à « observer un lieu, regarder avec attention ce qui s'y passe, respectivement observer attentivement quelqu'un, quelque chose pour les contrôler », tandis que la terminologie de « constater » vise la mission de « consigner quelque chose dans un écrit officiel, le certifier par un acte authentique, respectivement remarquer objectivement quelque chose, l'enregistrer comme vrai. »⁷

À ceci s'ajoute que, dans le cadre de la constatation des infractions telle que prévue à l'article 74 de la Loi de 2018, le législateur requiert la qualité d'OPJ dans le chef des agents de l'ANF, qualité leur conférée suite à une formation professionnelle spéciale telle que définie par le règlement grand-ducal du 7 mai 2015 fixant le programme, la durée et les modalités de contrôle des connaissances de la formation professionnelle spéciale portant sur la recherche et la constatation des infractions ainsi que sur les dispositions pénales de la loi du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS, tandis que cette qualité n'est

2. Nous soulignons ce terme.

3. Doc. parl.no 7048/00, projet de loi du 10 novembre 2016, commentaire des articles, p. 82, sess. ord. 2015-2016.

4. Nous soulignons ce terme.

5. Nous soulignons ce terme.

6. cf. dictionnaire Larousse en ligne

7. cf. dictionnaire Larousse en ligne

pas requise par la Loi de 2018 dans le cadre de la mission de surveillance prévue à l'article 71.

Il ressort de l'exposé des motifs du projet du prédit règlement grand-ducal du 7 mai 2015, que « depuis son avis du 3 juillet 2007 relatif au projet de la loi relative à l'eau, le Conseil d'État marque ses réserves à chaque projet de loi de conférer à des agents publics autres que les fonctionnaires de la Police grand-ducale des prérogatives d'officiers de police judiciaire. Le Conseil d'État critique le foisonnement des prérogatives de puissance publique attribuées à toutes sortes de fonctionnaires qui a priori n'ont pas les connaissances requises pour procéder dans les formes de la loi à la recherche des infractions et au rassemblement des preuves.

Le Conseil d'État considère que la tendance de plus en plus présente, de confier par des lois spéciales aux fonctionnaires de l'Administration des douanes et accises, de l'Administration de l'environnement, de l'Administration de la gestion de l'eau et de l'Administration de la nature et des forêts, des fonctions de police judiciaire dans les matières les plus diverses, conduit à la longue à l'exercice concurrent par différents corps administratifs de missions identiques en matière de constatation des infractions, alors que les fonctions de police judiciaire incombent dans notre ordonnancement constitutionnel plutôt à la Police grand-ducale. Afin d'éviter des problèmes, le Conseil d'État insiste à ce que les fonctionnaires susceptibles d'être assermentés comme officiers de police judiciaire justifient d'une qualification professionnelle à la hauteur de leur tâche qu'ils auront acquise grâce à une formation spéciale. »⁸

En effet, dans les travaux parlementaires de loi du 19 décembre 2008 relative à l'eau⁹, le Conseil d'État indiquait dans son avis précité que « ces dernières années on assiste à une tendance accrue du législateur à confier des attributions de police judiciaire à un nombre toujours croissant de fonctionnaires qui pourtant ne sont guère familiarisés ni avec le droit pénal en général, ni surtout avec la procédure pénale en particulier. Or il ne suffit pas de disposer de connaissances spécifiques, facilitant la recherche et la constatation d'infractions dans certaines matières : il faut également savoir selon quelles formes les infractions doivent être recherchées et les preuves rassemblées. (cf. doc. parl. N° 41347, p. 37 ; sess. ord. 1996-1997) ».

Tant le fait pour la Loi de 2018 de ne pas avoir précisé les modalités d'exécution de la mission de constatation des infractions que celui d'avoir soumis les agents visés à l'article 74 à une obligation de formation spécifique, plaignent en faveur de l'intention du législateur de ne pas soustraire

la mission prévue à l'article 74 à l'application des dispositions de droit commun.

Au vu de la finalité de la visite domiciliaire effectuée le 28 mai 2020, consistant à l'établissement à charge de A) d'un procès-verbal¹⁰ consignant l'existence des infractions constatées sur les lieux, la chambre du conseil en déduit que la visite des lieux et la consignation subséquente des constatations dans le procès-verbal litigieux effectuée par B) se sont déroulées dans le cadre de l'article 74 de la Loi de 2018.

Ceci soulève l'interrogation de la qualification juridique des actes posés en vertu de l'article 74 de la Loi de 2018, notamment la question de savoir s'il s'agit d'actes posés dans le cadre d'une enquête préliminaire avec application corrélatrice des dispositions du CPP régissant la matière.

À la lecture des travaux parlementaires de la loi du 16 juin 1989 portant modification du livre premier du code d'instruction criminelle et de quelques autres dispositions légales, il résulte que l'enquête préliminaire a pour finalité « (...) essentiellement de vérifier des faits, comme p.ex. (...) de contrôler l'exactitude d'allégations contenues dans une plainte »¹¹. Au vœu de l'article 46 du CPP, l'enquête préliminaire peut être effectuée soit sur instruction du Ministère public, soit d'office par les OPJ, tant qu'une information n'est pas ouverte.

Au vu de ce qui précède, la chambre du conseil conclut qu'en se rendant d'office en sa qualité d'OPJ et dans le cadre de sa mission telle que définie à l'article 74 de la Loi de 2018 au domicile de A) afin de constater l'existence éventuelle des infractions dénoncées, B) a posé un acte de l'enquête préliminaire tel que prévu à l'article 46 du CPP. Partant B) aurait dû recueillir, par écrit, l'assentiment exprès de A) en vue d'effectuer la visite domiciliaire et lui faire signer le procès-verbal y relatif, conformément aux dispositions des articles 33(6) et 47 du CPP.

Or, il ne résulte d'aucun élément du dossier soumis à la chambre du conseil que B) ait recueilli, par écrit, l'assentiment exprès de A), pour la visite domiciliaire du 28 mai 2020 et qu'elle ait établi et soumis pour signature à A) un procès-verbal y relatif.

Dès lors, en procédant de la sorte, B) n'a pas exercé ses pouvoirs lui conférés par l'article 74 de la Loi de 2018 dans le respect des dispositions des articles 47 et 33(6) du CPP.

Il y a partant lieu d'annuler le procès-verbal n°081 20 SW du 23 septembre 2020.

8. https://www.cc.lu/uploads/ttx_userrccavis/4189_Formation_professionnelle_Recherche_et_constatation_des_infracti ons_PRG_4189SMI.pdf, projet de règlement grand-ducal fixant le programme la durée et les modalités de contrôle des connaissances de la formation professionnelle spéciale portant sur la recherche et la constatation des infractions ainsi que sur les dispositions pénales de certaines lois en matière environnementale du 28 juin 2013.

9. doc. parl. N° 5695/01, avis du Conseil d'Etat du 3 juillet 2007, p. 34; sess. ord. 2006-2007.

10. Voir page 1 du procès-verbal n° 081 20 SW du 23 septembre 2020

11. doc. parl. N° 2958/00, projet de loi du 25 avril 1986, exposé des motifs, p. 31, sess. ord. 1985-1986

Quant à la violation soulevée des articles 46(3) et 38(5) du CPP, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de l'article 48 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne et de l'article 14 g) du Pacte International relatif aux droits civils et politiques par la partie demanderesse en relation avec l'échange de questions et de réponses qui se serait déroulé entre

les membres de l'ANF et A) lors de la visite domiciliaire, échange qui serait à qualifier d'interrogatoire, la chambre du conseil constate que ledit échange n'a pas été acté au procès-verbal litigieux, de sorte que les moyens développés en ce sens tombent à faux.

(dispositif conforme aux motifs)

