

Texte pseudonymisé

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

**N° 149 / 2022 pénal
du 08.12.2022
Not. 28191/13/CD
Numéro CAS-2022-00047 du registre**

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

sur le pourvoi de :

PERSONNE1.), né le DATE1.) à Luxembourg, demeurant à UEA-ADRESSE1.),

demandeur en cassation,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

en présence du **Ministère public**

et de :

1) la société anonyme SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par le conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B244953,

2) la société anonyme SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par le conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B16861,

défenderesses en cassation,

comparant par la société anonyme SOCIETE3.), inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, assisté de Maître AVOCAT3.), avocat à la Cour,

l'arrêt qui suit :

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 29 mars 2022 sous le numéro 321/22 Ch.c.C. par la chambre du conseil de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître AVOCAT4.), avocat à la Cour, en remplacement de Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, au nom de PERSONNE1.), suivant déclaration du 5 mai 2022 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 2 juin 2022 par PERSONNE1.) à la société anonyme SOCIETE1.) (ci-après « *la société SOCIETE1.)* ») et à la société anonyme SOCIETE2.) (ci-après « *la société SOCIETE2.)* »), déposé le 3 juin 2022 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 29 juin 2022 par la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) à PERSONNE1.), à PERSONNE2.) et à PERSONNE3.), déposé le 30 juin 2022 au greffe de la Cour ;

Le pourvoi en cassation n'ayant pas été signifié à PERSONNE2.) et à PERSONNE3.), ceux-ci ne sont pas parties à l'instance en cassation.

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint MAGISTRAT1.).

Sur les faits

Le pourvoi est dirigé contre l'arrêt no 321/22 du 29 mars 2022 par lequel la chambre du conseil de la Cour d'appel a déclaré irrecevable la demande de PERSONNE1.) en annulation du procès-verbal de sa première comparution devant le juge d'instruction du 15 décembre 2016 et des actes subséquents.

Sur la recevabilité du pourvoi

Les défenderesses en cassation soulèvent l'irrecevabilité du pourvoi pour être tardif.

Aux termes de l'article 41 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, dans les cas prévus aux articles 177 et 216 du Code de procédure pénale, le délai pour se pourvoir est d'un mois.

Le délai fixé par l'article 41 précité ne court à l'égard des parties qu'à partir du jour où elles ont eu légalement connaissance du jugement ou de l'arrêt. Cette connaissance n'est réputée acquise que lorsque le jugement ou l'arrêt a été prononcé en leur présence ou de leur représentant et qu'une date leur a été donnée du jour du prononcé de la décision, ou lorsque la décision leur a été régulièrement signifiée.

L'arrêt attaqué indique qu'il a été rendu le 29 mars 2022 par la chambre du conseil de la Cour d'appel, sans mentionner si les parties au litige avaient été présentes et avaient été informées de la date du prononcé de l'arrêt, de sorte que le

délai pour se pourvoir en cassation a commencé à courir à partir de la date de sa notification, le 5 avril 2022.

La déclaration du recours en cassation ayant été faite le 5 mai 2022, il s'ensuit que le délai d'un mois a été respecté.

Les défenderesses en cassation soulèvent l'irrecevabilité du pourvoi en ce qu'il est dirigé contre la société SOCIETE2.).

Il résulte du mémoire en réponse, ensemble les pièces versées, que suite à une restructuration du groupe SOCIETE1.), l'activité opérationnelle de la société SOCIETE1.), actuellement la société SOCIETE2.), a été transférée à la société SOCIETE1.), actuellement la société SOCIETE1.), qui est venue aux droits et obligations de la société SOCIETE2.) avec effet au 1^{er} janvier 2021.

Il s'ensuit que le pourvoi est irrecevable à l'égard de la société SOCIETE2.).

La société SOCIETE1.) soulève l'irrecevabilité du pourvoi en application de l'article 416 du Code de procédure pénale.

L'article 416 du Code de procédure pénale dispose :

« (1) Le recours en cassation contre les arrêts préparatoires et d'instruction ou les jugements en dernier ressort de cette qualité, n'est ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitif; (...).

(2) Le recours en cassation est toutefois ouvert contre les arrêts et jugements rendus sur la compétence et contre les dispositions par lesquelles il est statué définitivement sur le principe de l'action civile. ».

L'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel, qui a déclaré irrecevable la requête en nullité du procès-verbal de première comparution devant le juge d'instruction et des actes subséquents, lui présentée dans le cadre du règlement de procédure d'une instruction préparatoire, est un arrêt d'instruction qui n'a statué ni sur une question de compétence ni définitivement sur l'action publique ou sur le principe de l'action civile, et contre lequel le recours en cassation n'est ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitif.

Le demandeur en cassation conclut néanmoins à la recevabilité du pourvoi en cassation et soulève deux exceptions à l'interdiction de se pourvoir immédiatement contre les arrêts préparatoires et d'instruction prévue à l'article 416 du Code de procédure pénale, à savoir, d'une part, la violation de l'article 126, paragraphe 2, du Code de procédure pénale, ensemble un excès de pouvoir négatif, et, d'autre part, la violation de l'article 133, paragraphe 7, du Code de procédure pénale, ensemble un défaut par la décision attaquée de réunir les conditions essentielles à son existence légale.

L'excès de pouvoir ne se réduit pas à une simple violation de la loi. Il est la transgression par le juge, compétent pour connaître du litige, d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité.

Le reproche en ce que la chambre du conseil de la Cour d'appel aurait déclaré irrecevable la demande en nullité, au mépris d'une compétence spéciale prévue par l'article 126, paragraphe 2, du Code de procédure pénale, ne rentre pas dans la définition de l'excès de pouvoir.

Dans le cadre du reproche que la décision attaquée ne satisferait pas aux conditions essentielles de son existence légale, le demandeur en cassation n'invoque pas une lacune formelle de l'arrêt, mais critique la Cour d'appel d'avoir, en admettant la présence de la partie civile aux débats, méconnu le caractère non-public des débats devant la chambre du conseil, prévu par l'article 133, paragraphe 7, du Code de procédure pénale, partant ne formule aucun motif mettant en cause une des conditions essentielles à l'existence légale de la décision attaquée.

Il s'ensuit que le pourvoi est irrecevable.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure

Il serait inéquitable de laisser à charge des défenderesses en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de leur allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

déclare le pourvoi irrecevable à l'égard de la société anonyme SOCIETE2.) ;

déclare le pourvoi irrecevable à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) ;

condamne le demandeur en cassation à payer aux défenderesses en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

le condamne aux dépens de l'instance en cassation, ceux du Ministère public étant liquidés à 1,75 euro.

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

MAGISTRAT2.), conseiller à la Cour de cassation, président,
MAGISTRAT3.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT4.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT5.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT6.), conseiller à la Cour d'appel,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier à la Cour GREFFIER1.).

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le conseiller MAGISTRAT2.) en présence du procureur général d'Etat adjoint MAGISTRAT1.) et du greffier GREFFIER1.).

Conclusions du Parquet Général dans le cadre du pourvoi

PERSONNE1.),

**en présence du Ministère public et
des sociétés anonymes SOCIETE1.) et SOCIETE2.),**

**dirigé contre l'arrêt n° 321/22 Ch.c.C. de la Cour d'appel,
chambre du conseil, du 29 mars 2022**

(Affaire numéro CAS-2022-00047 du registre)

Par déclaration faite le 5 mai 2022 au greffe de la Cour Supérieure de Justice, Maître AVOCAT4.), avocat à la Cour, en remplacement de Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, forma au nom et pour le compte de PERSONNE1.) un recours en cassation contre l'arrêt n° 321/22 Ch.c.C. de la Cour d'appel, chambre du conseil, du 29 mars 2022.

Cette déclaration de recours a été suivie en date du 2 juin 2022 du dépôt d'un mémoire en cassation, signé par Maître AVOCAT4.), en remplacement de Maître AVOCAT1.).

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt de la Chambre du conseil de la Cour d'appel ayant déclaré irrecevable une requête en nullité présentée devant elle.

Sur la recevabilité du pourvoi au regard du délai et de la forme

Les sociétés anonymes SOCIETE1.) et SOCIETE2.) soulèvent l'irrecevabilité du pourvoi en raison de la tardiveté alléguée de la déclaration du pourvoi¹. Le délai de celle-ci est, ainsi que le dispose l'article 41 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, « *d'un mois* ». Les sociétés précitées font soutenir que ce délai court à partir du prononcé de la décision attaquée.

Ce principe s'applique certes pour les pourvois formés contre les arrêts rendus par la chambre criminelle et les chambres correctionnelles de la Cour d'appel et contre les jugements rendus par les chambres correctionnelles des tribunaux d'arrondissement statuant en instance d'appel des jugements des tribunaux de simple police. Ces décisions sont, en effet, prononcées à une date annoncée par la juridiction à l'occasion de la prise en délibéré de l'affaire. Le demandeur en cassation est donc en mesure de prendre connaissance de la décision au jour du prononcé de celle-ci. En revanche, les arrêts de la Chambre du conseil de la Cour d'appel sont traditionnellement prononcés à une date qui n'est pas annoncée à l'occasion de la prise en délibéré de l'affaire. Le demandeur en cassation n'est donc pas en mesure de savoir à quelle date l'arrêt sera rendu et d'en prendre connaissance dès le jour du prononcé. L'arrêt est porté à

¹ Mémoire en réponse des sociétés précitées, page 3.

sa connaissance par notification. Vous décidez en conséquence, que dans un tel cas le délai de l'article 41 de la loi de 1885 « *a couru à l'égard de la demanderesse en cassation à partir de la notification qui lui a été faite de la décision entreprise* »².

En l'espèce, au regard de l'avis de réception de la notification de l'arrêt figurant au dossier, l'arrêt a été notifié le 5 avril 2022. La déclaration de pourvoi ayant été faite le 5 mai 2022, le délai d'un mois prévu par l'article précité a donc été respecté.

La déclaration de pourvoi a été, conformément à l'article 43 de la loi de 1885, suivie du dépôt d'un mémoire en cassation, signé par un avocat à la Cour, précisant les dispositions attaquées, contenant des moyens de cassation et – formalité qui n'est cependant pertinente que pour la recevabilité du pourvoi à l'égard de la partie civile – signifié à la partie civile antérieurement à son dépôt. Ce dernier est intervenu le 2 juin 2022, donc dans le délai, d'un mois, prévu par l'article 43 de la loi de 1885.

Il en suit que le pourvoi respecte les conditions de forme et de délai.

Sur la recevabilité du pourvoi au regard de l'article 416 du Code de procédure pénale

Le pourvoi est dirigé contre l'arrêt n° 321/22 Ch.c.C. du 29 mars 2022 de la Chambre du conseil de la Cour d'appel ayant déclaré irrecevable une requête en nullité présentée devant elle. Cet arrêt a été rendu dans le cadre du règlement de la procédure d'une instruction préparatoire. La Chambre du conseil était, en effet, saisie de l'appel dirigé par les inculpés contre l'ordonnance de renvoi de la Chambre du conseil du tribunal d'arrondissement rendue par celle-ci à la suite de l'instruction préparatoire.

La Chambre du conseil de la Cour d'appel a vidé ces appels par deux arrêts :

- un arrêt n° 1072/21 Ch.c.C. du 25 novembre 2021, ayant déclaré les appels recevables, dit qu'il n'y avait pas lieu de surseoir à statuer et refixé les débats et
- un arrêt n° 330/22 Ch.c.C. du 31 mars 2022, ayant confirmé l'ordonnance de renvoi, tout en annulant pour excès de pouvoir une ordonnance du juge d'instruction ayant, postérieurement à l'ordonnance de renvoi entreprise, sur requête des inculpés, déclaré irrecevable la constitution de partie civile effectuée en cause.

L'arrêt n° 330/22 Ch.c.C. forme l'objet des pourvois CAS-2022-00043, CAS-2022-00044 et CAS-2022-00046, introduits par les inculpés et fixés ensemble à l'audience de votre Cour du 8 décembre 2022.

L'arrêt attaqué par le présent pourvoi, donc l'arrêt n° 321/22 Ch.c.C. du 29 mars 2022, statue sur une requête en nullité qui avait été déposée par le demandeur en cassation devant la Chambre du conseil de la Cour d'appel dans un contexte factuel qui mérite d'être précisé :

Dans le cadre d'une instruction préparatoire ouverte en 2014 sur réquisitoire du Ministre public, une société commerciale (la société anonyme SOCIETE1.) s'était constituée partie civile en 2015 par courrier adressé au juge d'instruction³.

² Cour de cassation, 18 mai 2017, n° 26/2017 pénal, numéro 3819 du registre.

³ Conclusions du Parquet général du 21 décembre 2021, figurant au dossier, page 1, sous « *Antécédents* ».

Cette constitution de partie civile n'a, à aucun moment antérieurement à la procédure d'appel contre l'ordonnance de renvoi, été contestée par l'un quelconque des inculpés. Une telle contestation n'a été élevée, seulement après l'ordonnance de renvoi prononcée par la Chambre du conseil du tribunal d'arrondissement en décembre 2020, par le dépôt d'une requête en contestation de partie civile auprès du juge d'instruction, « *que le vendredi 12 novembre 2021, soit trois jours seulement avant les débats fixés en instance d'appel sur le règlement de la procédure* »⁴ devant la Chambre du conseil de la Cour d'appel sur appel des inculpés.

Le juge d'instruction reçut cette requête et, sur conclusions conformes du Ministère public, se déclara compétent pour y statuer et prononça l'irrecevabilité de la constitution de partie civile par ordonnance du 16 novembre 2021⁵.

La veille, le 15 novembre 2021, eurent, après plusieurs remises à la demande de l'avocat de l'un des inculpés⁶, lieu les débats devant la Chambre du conseil de la Cour d'appel sur l'appel des inculpés contre l'ordonnance de renvoi, donc sur le règlement de la procédure de l'instruction préparatoire⁷. A cette audience, les inculpés sollicitèrent le sursis à statuer dans l'attente de la décision du juge d'instruction sur la requête⁸.

Par son arrêt n° 1072/21 Ch.c.C. du 25 novembre 2021, la Chambre du conseil de la Cour d'appel rejeta cette demande de sursis à statuer et refixa les débats au 10 janvier 2022⁹. Elle fonda cette décision sur le motif que « *le juge d'instruction n'est pas compétent pour trancher les contestations relatives à la recevabilité d'une constitution de partie civile* » « *[I]orsque la chambre du conseil de la Cour est saisie de l'ensemble de la procédure, ce qui est le cas lorsqu'elle statue sur le règlement de celle-ci* »¹⁰. Dans son arrêt n° 330/22 Ch.c.C. du 31 mars 2022, statuant sur le fond du règlement de la procédure, la Chambre du conseil de la Cour d'appel annula, par voie de conséquence, sur base de l'article 126-2 du Code de procédure pénale, pour excès de pouvoir, l'ordonnance d'irrecevabilité de la constitution de partie civile du juge d'instruction du 16 novembre 2021¹¹.

Le 24 novembre 2021 le demandeur en cassation déposa devant cette Chambre une requête en nullité. L'objet de celle-ci était de faire annuler, au regard de l'ordonnance d'irrecevabilité de la constitution de partie civile du juge d'instruction du 16 novembre 2021, tous les actes de procédure auxquels la partie civile a participé depuis sa constitution, en 2015, notamment le procès-verbal de première comparution du demandeur en cassation¹².

⁴ Arrêt n° 1072/21 Ch.c.C. du 25 novembre 2021, page 3, deuxième alinéa.

⁵ Arrêt n° 330/22 Ch.c.C. du 31 mars 2022, page 2, sous « *Quant à l'incident de procédure et à la régularité de la procédure* », premier alinéa.

⁶ Arrêt n° 1072/21, page 1, sixième alinéa.

⁷ Idem, même page, septième alinéa.

⁸ Idem, page 3, deuxième alinéa.

⁹ Idem, page 5 (dispositif).

¹⁰ Idem, même page, antépénultième alinéa. Ce motif a été repris, par citation du passage considéré de l'arrêt n° 1072/21, par l'arrêt n° 321/22, attaqué par le pourvoi (page 2, septième alinéa).

¹¹ Arrêt n° 330/22 Ch.c.C. du 31 mars 2022, pages 2 à 4 (sous « *Quant à l'incident de procédure et à la régularité de la procédure* »).

¹² Arrêt n° 322/20, attaqué par le pourvoi, page 2, premier alinéa.

Dans son arrêt n° 321/22 Ch.c.C. du 29 mars 2022, attaqué par le pourvoi, la Chambre du conseil de la Cour d'appel déclara cette requête en nullité irrecevable, au motif qu'une telle demande « doit être présentée, au vœu de l'article 126, paragraphe (3), du Code de procédure pénale au cours même de l'instruction [qui] trouve son terme au moment de la décision de la chambre du conseil sur le règlement de la procédure, sauf dans l'hypothèse où un complément d'information est ordonné par la chambre du conseil de la Cour sur base des articles 134 et 134-1 du Code de procédure pénale [de sorte que] la requête en nullité introduite après cette date est irrecevable »¹³.

L'arrêt attaqué, qui se limite à déclarer, dans les circonstances évoquées ci-avant, irrecevable une requête en nullité, n'est, en principe, pas susceptible de faire l'objet, à ce stade, d'un pourvoi en cassation au regard de l'article 416, paragraphe 1, du Code de procédure pénale, qui dispose que :

« **Art. 416.** (1) *Le recours en cassation contre les arrêts préparatoires et d'instruction ou les jugements en dernier ressort de cette qualité n'est ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitif ; [...]* ».

Il constitue, en effet, une décision préparatoire ou d'instruction au sens de la disposition citée, termes qui visent « toutes les décisions qui n'épuisent pas la juridiction du juge répressif soit sur l'action publique soit sur l'action civile »¹⁴. Il se distingue de l'arrêt ou du jugement définitif quant à l'action publique, qui vise « la décision qui, en statuant sur tout ce qui faisait l'objet de cette action, a épuisé à cet égard la juridiction du juge pénal »¹⁵.

Il ne peut dès lors, en principe, faire l'objet d'un pourvoi en cassation « qu'après l'arrêt ou le jugement définitif ». L'article 416, paragraphe 1, ne prohibe donc pas les pourvois en cassation contre les décisions préparatoires ou d'instruction, mais se limite à différer l'exercice de cette voie de recours¹⁶.

Cette règle « tend à limiter l'émergence de procès dans le procès par l'ouverture d'une possibilité de pourvoi à chaque stade de la procédure et à éviter les lenteurs résultant d'une multiplication de recours »¹⁷. Il s'agit « d'éviter les pourvois dilatoires dont ne manquerait pas d'être submergée la Cour de cassation si ce type d'arrêts était susceptible de pourvoi [immédiat] »¹⁸.

Ce principe trouve cependant différentes exceptions, de nature à limiter dans certains cas justifiés « l'inconvénient qu'il faut attendre que la procédure soit menée jusqu'à son terme

¹³ Idem, page 3, deuxième alinéa.

¹⁴ Cour de cassation de Belgique, 29 septembre 2006, Pas. belge, n° 452, page 1932, avec les conclusions de l'avocat général délégué MAGISTRAT8.).

¹⁵ Cour de cassation de Belgique, 19 janvier 2005, Pas. belge, n° 39, page 154.

¹⁶ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 28 avril 2022, n° 59/2022 pénal, numéro CAS-2021-00087 du rôle (« L'article 416 du Code de procédure pénale, en ce qu'il diffère l'exercice du recours en cassation contre l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel jusqu'après la décision définitive en dernier ressort, n'enfreint pas les articles 6 et 13 de la convention [de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] »).

¹⁷ Conclusions de l'avocat général MAGISTRAT7.) sous : Cour de cassation de Belgique, 21 mars 2018, Pas. belge, n° 198, page 698, voir page 701, deuxième alinéa.

¹⁸ Jurisclasseur Procédure pénale, Art. 567 à 575, Fasc. 30, Pourvoi en cassation, par Albert MARON, octobre 2009, n° 101.

avant de pouvoir soumettre à la Cour une illégalité ou une irrégularité survenue à un stade précoce de la procédure »¹⁹.

Une première exception est prévue par le paragraphe 2 de l'article 416, qui dispose que :

« Le recours en cassation est toutefois ouvert contre les arrêts et jugements rendus sur la compétence et contre les dispositions par lesquelles il est statué définitivement sur le principe de l'action civile ».

Par décisions rendues sur la compétence au sens de cette disposition *« il faut entendre celles qui statuent sur une contestation de compétence et celles par lesquelles le juge se déclare incompétent, à raison de la nature, du lieu ou de la personne »²⁰* ou, autrement formulé, celles *« par lesquelles la juridiction se prononce sur sa compétence en raison de la matière, du lieu ou de la personne pour connaître de l'action publique »²¹*. La notion de compétence est *« conçue dans un sens très strict »²²*. La Cour de cassation de Belgique considère dans cet ordre d'idées que *« il n'y a contestation sur la compétence au sens de cette disposition que lorsque le juge connaissant de l'action publique empiète sur les attributions d'un autre juge ou qu'il est allégué qu'un juge s'est arrogé la compétence d'un autre juge ou encore se déclare incompétent, provoquant ainsi un conflit de juridiction qui entrave le cours de la justice et ne peut prendre fin que par un règlement de juges »²³*. *« L'autorisation de se pourvoir immédiatement en pareil cas a pour seul but d'empêcher que le litige continue devant une juridiction incompétente »²⁴*.

Une deuxième exception, de nature jurisprudentielle, a été admise par vous dans son principe, même si, jusqu'à présent, elle n'a pas encore permis de recevoir un pourvoi, à savoir la dénonciation d'un excès de pouvoir. Ce dernier *« ne se réduit pas à une simple violation de la loi »²⁵*. Il est *« la transgression par le juge, compétent pour connaître du litige, d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité »²⁶*. A le supposer établi, il autoriserait de former un pourvoi immédiat contre une décision préparatoire ou d'instruction de l'action publique ou de l'action civile, contre laquelle la loi admet un pourvoi en cassation, étant toutefois précisé que, contrairement à la jurisprudence française²⁷, vous n'admettez pas que l'excès de pouvoir puisse permettre de former un pourvoi dans des matières dans lesquelles la loi ne prévoit pas cette voie de recours, voire l'exclut²⁸.

¹⁹ Conclusions, précitées, loc.cit.

²⁰ Cour de cassation, 18 mars 2010, n° 14/2010 pénal, numéro 2730 du registre.

²¹ Cour de cassation, 31 octobre 2019, n° 137/2019 pénal, numéro CAS-2018-00094 du registre.

²² Conclusions, précitées, page 702, troisième alinéa.

²³ Cour de cassation de Belgique, 20 février 2019, P.18.1179.F. Dans le même sens : idem, 8 juin 2016, Pas. belge, n° 385, page 1377 ; idem, 14 avril 2015, Pas. belge, n° 249, page 946.

²⁴ Cour de cassation de Belgique, 24 octobre 2012, Pas. belge, n° 562, page 2004.

²⁵ Cour de cassation, 6 décembre 2012, n° 56/2012 pénal, numéro 3097 du registre.

²⁶ Idem, 6 juin 2013, n° 34/2013 pénal, numéro 3210 du registre ; idem, 30 avril 2015, n° 24/2015 pénal, numéro 3459 du registre ; idem, 11 juin 2015, n° 29/2015 pénal, numéro 3503 du registre ; idem, 18 février 2016, n° 9/2016 pénal, numéro 3588 du registre ; idem, 14 juillet 2016, n° 32/2016 pénal, numéro 3688 du registre ; idem, 23 mai 2019, n° 86/2019 pénal, numéro CAS-2018-00079 du registre ; idem, 31 octobre 2019, n° 142/2019 pénal, numéro CAS-2019-00031 du registre ; idem, 19 novembre 2020, n° 152/2020 pénal, numéro CAS-2019-00173 du registre ; idem, même date, n° 153/2020 pénal, numéro CAS-2019-00167 du registre ; idem, 10 décembre 2020, n° 165/2020 pénal, numéro CAS-2019-00177 du registre ; idem, 11 novembre 2021, n° 135/2021 pénal, numéro CAS-2020-00152 du registre ; idem, 23 décembre 2021, n° 163/2021 pénal, numéro CAS-2021-00004 du registre ; idem, 28 avril 2022, n° 59/2022 pénal, numéro CAS-2021-00087 du registre ; idem, 14 juillet 2022, n° 114/2022 pénal, numéro CAS-2021-00130 du registre ; idem, même date, n° 115/2022 pénal, numéro CAS-2021-00131 du registre.

²⁷ Jacques et Louis BORÉ, La cassation en matière civile, Paris, Dalloz, 3^e édition, 2015, n° 38.131, page 158.

²⁸ Cour de cassation, 9 juin 2022, n° 83/2022 pénal, numéro CAS-2021-00100 du registre.

Une troisième exception, également de nature jurisprudentielle, a été envisagée par certains de vos arrêts, sans toutefois avoir jusqu'à présent permis de recevoir un pourvoi, à savoir le grief tiré de ce que la décision attaquée ne satisfait pas aux conditions essentielles à son existence légale²⁹. Ce cas d'ouverture est admis par la Cour de cassation française³⁰. Vous avez considéré qu'un grief tiré d'une différence de composition de la juridiction d'instruction ayant respectivement statué dans une instruction préparatoire donnée sur une demande en restitution et sur le renvoi³¹, qu'un défaut de réponse à conclusions³², qu'une contradiction de motifs³³, qu'une abstention alléguée de procéder à l'examen de l'élément moral de l'infraction³⁴, qu'un refus d'ordonner des devoirs supplémentaires³⁵ ou que le défaut allégué de motivation d'un refus de saisine de la Cour de justice de l'Union européenne sur base de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne par une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne et qui est à ce titre, sur base de l'article 267 précité, tenue de saisir la Cour de justice de questions préjudicielles pertinentes sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union européenne³⁶ ne sont pas à qualifier de défaut des conditions essentielles à l'existence légale de la décision attaquée.

En l'espèce, le demandeur en cassation fait soutenir deux moyens, dont le premier relève, selon lui, de cette exception, d'un défaut par l'arrêt de réunir les conditions essentielles à son existence légale, tandis que le second dénonce, selon lui, un excès de pouvoir.

Sur le cas d'ouverture du défaut par l'arrêt de réunir les conditions essentielles à son existence légale (invoqué dans le premier moyen)

Le demandeur en cassation soutient dans son premier moyen que l'arrêt attaqué ne réunirait pas les conditions essentielles à son existence légale.

Dans son premier moyen, il critique que la Chambre du conseil de la Cour d'appel a, à l'occasion des débats du 14 mars 2022 ayant précédé l'arrêt attaqué³⁷, admis la présence des avocats de la partie civile tant bien même que le juge d'instruction avait, par ordonnance non entreprise du 16 novembre 2021, déclaré la constitution de partie civile irrecevable. Il soutient que l'admission de cette présence est contraire à l'article 133, paragraphe 7, du Code de procédure pénale, qui dispose que l'audience de la Chambre du conseil n'est pas publique.

Il a été vu ci-avant que la Chambre du conseil a, dans son arrêt n° 1072/21 Ch.c.C. du 25 novembre 2021, constaté que le juge d'instruction est sans pouvoir pour statuer à ce stade de la procédure sur la recevabilité de la partie civile, qu'elle a rappelé ce constat dans l'arrêt attaqué, n° 321/22 Ch.c.C. du 29 mars 2022, dont l'objet était de statuer sur une requête en nullité

²⁹ Idem, 23 mai 2019, n° 85/2019 pénal, numéro CAS-2018-00078 du registre ; idem, même date, n° 86/2019 pénal, numéro CAS-2018-00079 du registre ; idem, 31 octobre 2019, n° 142/2019 pénal, numéro CAS-2019-00031 du registre ; idem, 19 novembre 2020, n° 152/2020 pénal, numéro CAS-2019-00173 du registre ; idem, 14 juillet 2022, n° 115/2022 pénal, numéro CAS-2021-00131 du registre.

³⁰ Jacques et Louis BORÉ, La cassation en matière pénale, Paris, Dalloz, 4^e édition, 2017, n° 04.16, page 10.

³¹ Arrêt n° 85/2019 pénal, précité, du 23 mai 2019.

³² Idem et arrêt n° 86/2019 pénal, précité, du 23 mai 2019.

³³ Arrêt n° 85/2019 pénal, précité, du 23 mai 2019.

³⁴ Arrêt n° 86/2019 pénal, précité, du 23 mai 2019.

³⁵ Idem.

³⁶ Arrêt n° 142/2019 pénal, précité, du 31 octobre 2019.

³⁷ Arrêt attaqué n° 321/22 Ch.c.C. du 29 mars 2022, page 1, sixième alinéa.

déposée devant elle, fondée sur l'ordonnance du juge d'instruction du 16 novembre 2021 de déclarer irrecevable la constitution de partie civile, et qu'elle a, par son arrêt n° 330/22 Ch.c.C. du 31 mars 2022, statuant sur le fond du règlement de la procédure, dont les débats avaient également eu lieu à l'audience du 14 mars 2022³⁸, annulé, sur base de l'article 126-2 du Code de procédure pénale, pour excès de pouvoir, cette ordonnance. Elle constata donc le défaut de pouvoir du juge d'instruction de statuer, à ce stade de la procédure, sur la recevabilité de la constitution de partie civile et prononça, dans le cadre approprié à une telle décision, c'est-à-dire dans le cadre de son arrêt rendu sur le règlement de la procédure d'instruction préparatoire, la nullité de cette ordonnance d'irrecevabilité. Dans la logique de ce raisonnement, la partie civile conservait le droit de participer à la procédure, y compris aux audiences de la Chambre du conseil de la Cour d'appel, parce que la décision d'irrecevabilité de la constitution de partie civile du juge d'instruction, déniait la qualité de partie civile, avait été adoptée sans pouvoir, donc par excès de pouvoir.

Le cas d'ouverture invoqué dans le premier moyen, d'un défaut de l'arrêt attaqué de réunir les conditions essentielles à son existence légale, suppose que l'arrêt comporte une lacune, un silence, d'une gravité telle que les conditions essentielles à son existence légale ne sont plus réunies. Il critique donc l'existence d'une lacune d'ordre formel, non d'un mal-jugé. Or, le grief invoqué à l'appui du premier moyen ne critique pas une lacune formelle de l'arrêt, mais reproche à la Cour d'appel un mal-jugé, à savoir d'avoir, en admettant la présence de la partie civile aux débats, méconnu le caractère non public des audiences de la Chambre du conseil, prévu par l'article 133, paragraphe 7, du Code de procédure pénale. Ce grief, dont l'objet n'est pas de dénoncer une lacune formelle de l'arrêt, est dès lors étranger au cas d'ouverture.

Dans un ordre subsidiaire, donc à supposer que le cas d'ouverture permette d'invoquer un grief du type de celui soulevé, il est à observer que l'arrêt, en citant des motifs de l'arrêt n° 1072/21 Ch.c.C. du 25 novembre 2021, précise à suffisance que le juge d'instruction était, suivant la Cour d'appel, sans pouvoir pour se prononcer à ce stade tardif de la procédure sur la régularité de la constitution de partie civile, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de prendre en considération cette ordonnance, prononcée, suivant le raisonnement exposé, par excès de pouvoir. L'arrêt attaqué justifie donc à suffisance pourquoi la partie civile avait qualité d'assister aux débats nonobstant l'ordonnance du juge d'instruction.

Si cette justification résulte déjà à suffisance de l'arrêt attaqué lui-même, elle se déduit à plus forte raison de la combinaison de cet arrêt avec l'arrêt n° 330/22 Ch.c.C., rendu le 31 mars 2022 entre les mêmes parties, dans le cadre de la même procédure de règlement et à la suite de débats à une même audience, du 14 mars 2022. La Cour annule, en effet, dans son arrêt n° 330/22 Ch.c.C., l'ordonnance du juge d'instruction pour excès de pouvoir.

Il en suit, à titre subsidiaire, que l'arrêt, considéré seul et, à plus forte raison, en le considérant ensemble avec l'arrêt n° 330/22 Ch.c.C., justifie à suffisance pourquoi, selon la Cour d'appel, la partie civile avait, nonobstant l'ordonnance d'irrecevabilité du juge d'instruction, qualité pour assister à l'audience. De ce point de vue l'arrêt réunit donc les conditions essentielles à son existence légale, à supposer dans cette logique subsidiaire que ce cas d'ouverture puisse permettre de soulever des critiques distinctes de celles dénonçant des lacunes formelles de l'arrêt.

³⁸ Arrêt n° 330/22 Ch.c.C. du 31 mars 2022, page 1, septième alinéa.

Cette conclusion subsidiaire, que l'arrêt attaqué, en justifiant à suffisance l'admission de la présence de la partie civile nonobstant l'ordonnance du juge d'instruction, réunit les conditions essentielles à son existence légale, reste valable sans préjudice du point de savoir si la Cour d'appel a conclu à juste titre que le juge d'instruction était sans pouvoir de constater l'irrecevabilité de la constitution de partie civile après l'ordonnance de renvoi de la Chambre du conseil du tribunal d'arrondissement, à un moment où la Chambre du conseil de la Cour d'appel était, par l'appel des inculpés, saisie du règlement de la procédure. En effet, l'objet du cas d'ouverture du défaut des conditions essentielles à l'existence légale de l'arrêt est de critiquer, comme précisé ci-avant, une lacune de l'arrêt et non un mal-jugé. Or, la Cour d'appel, en justifiant de façon suffisante pourquoi la partie civile était, selon elle, en droit d'assister aux débats nonobstant l'ordonnance du juge d'instruction, a rendu un arrêt qui ne présente pas de lacunes formelles. La question du bien-fondé de ces motifs est étrangère à ce cas d'ouverture, mais n'est que susceptible de faire l'objet d'un moyen « ordinaire » de cassation pour violation de la loi, serait-elle d'ordre public.

Il en suit que le grief invoqué à l'appui du premier moyen est étranger au cas d'ouverture du défaut par la décision de réunir les conditions essentielles à son existence légale.

Sur le cas d'ouverture de l'excès de pouvoir (invoqué dans le second moyen)

Dans son second moyen, le demandeur en cassation fait soutenir que la Cour d'appel a commis un excès de pouvoir négatif en omettant de déclarer recevable son recours en nullité sur base de l'article 126-2, paragraphes 1 et 2, du Code de procédure pénale³⁹, disposant que « [l]a chambre du conseil de la cour d'appel examine d'office la régularité des procédures qui lui sont soumises [et que] [s]i elle découvre une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché, et, s'il échet, celle de tout ou partie de la procédure ultérieure ».

L'excès de pouvoir qui, ainsi qu'il a été rappelé ci-avant, est la transgression par le juge, compétent pour connaître du litige, d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité, est étranger au reproche d'une violation de l'article 126-2⁴⁰.

Conclusion

L'arrêt attaqué est une décision préparatoire ou d'instruction au sens de l'article 416, paragraphe 1, du Code de procédure pénale. Il ne relève pas des cas dans lesquels la loi ou votre jurisprudence admet un pourvoi immédiat. Il ne peut dès lors être attaqué devant vous qu'après l'arrêt définitif.

Le pourvoi est, partant, irrecevable.

Conclusion :

Le pourvoi est irrecevable.

³⁹ Qui n'est pas à confondre avec l'article 126, paragraphes 1 et 2, de ce Code, comme le fait, par inadvertance, le demandeur en cassation.

⁴⁰ Voir votre arrêt précité n° 9/2016 pénal, numéro 3588 du registre, du 18 février 2016.

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

MAGISTRAT1.)