

**Arrêt N° 240/01 V.
du 3 juillet 2001**

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du trois juillet deux mille un l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

1. **P1.**), commerçant, né le (...) à (...) (USA), demeurant à (...), Etats-Unis

2. **P2.**), agent d'assurances, né le (...) à (...) (D), demeurant à D-(...), **appelant**

3. **P3.**), commerçant, né le (...) à (...) (CH), demeurant à CH-(...), **appelant**

prévenus

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle, le 10 décembre 1998, sous le numéro 2133/98, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 19 janvier 1999 par les mandataires des prévenus **P3.)** et **P2.)** et par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 11 octobre 1999 les prévenus furent requis de comparaître à l'audience publique du 21 janvier 2000 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience l'affaire fut décommandée.

Sur citation du 13 décembre 1999, les prévenus furent requis de comparaître à l'audience publique du 31 mars 2000, lors de laquelle l'affaire fut remise sine die.

Sur nouvelle citation du 28 juillet 2000, les prévenus furent à nouveau requis de comparaître à l'audience publique du 1er décembre 2000.

A cette audience les prévenus furent entendus en leurs explications et moyens de défense, le prévenu **P1.)** fut assisté de l'interprète assermenté Claudine BOHNENBERGER.

Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense du prévenu **P1.)** et les moyens de défense et d'appel du prévenu **P3.)**.

Maître Roland MICHEL, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu **P2.)**.

L'affaire fut remise à l'audience publique du 12 janvier 2001 pour continuation.

A cette audience le prévenu **P3.)** fut entendu en ses déclarations.

Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense du prévenu **P1.)** et les moyens de défense et d'appel du prévenu **P3.)**.

Maître Roland MICHEL, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu **P2.)**.

Madame l'avocat général Martine SOLOVIEFF, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

Maître Fernand ENTRINGER et Maître Roland MICHEL répliquèrent aux conclusions du ministère public.

La Cour prit l'affaire en délibéré et en fixa le prononcé à l'audience publique du 13 mars 2001.

En date du 9 mars 2001 la Cour ordonna la rupture du délibéré pour inviter soit les prévenus soit la prédite société à verser toute pièce utile susceptible d'établir que la société **SOC1.)** établie à (...) était autorisée au moment des faits (mars à juin 1995) à se livrer en (...) au commerce de pièces d'or type « American Golden Eagle », avec continuation des débats au 8 mai 2001.

Sur citation du 28 mars 2001, les prévenus furent requis de comparaître à l'audience publique du 8 mai 2001, lors de laquelle l'affaire fut contradictoirement remise au 29 mai 2001.

A cette audience Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, fut entendu en ses déclarations.

Madame l'avocat général Martine SOLOVIEFF, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

L A C O U R

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 3 juillet 2001, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclarations au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 19 janvier 1999, **P3.), P2.)** et le procureur d'Etat ont fait relever appel du jugement correctionnel no 2133/98 rendu le 10 décembre 1998, jugement dont la motivation et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

Les recours interjetés dans les forme et délai légaux sont recevables. L'appel du ministère public étant général, la Cour se trouve également saisie de l'action publique poursuivie contre le co-prévenu **P1.)**.

Les prévenus contestent, en ordre principal, avoir violé la loi du 28 décembre 1988 sur le droit d'établissement (plus exactement: la loi réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, ci-après en abrégé: loi de 1988), soumettant à l'autorisation écrite du Ministère des classes moyennes, l'exercice, entre autres, de l'activité de commerçant, en soutenant qu'ils n'exerçaient pas au Luxembourg en leur qualité de

responsables des sociétés **SOC1.**), **SOC2.**), et **SOC3.**), le commerce consistant dans l'achat, la vente et la commercialisation au moyen du système dit « multi level marketing » de pièces d'or américaines. Ils font plus particulièrement valoir qu'aucune vente de pièces d'or ne s'est faite sur le territoire grand-ducal, mais que conformément au système de vente par « levels », la diffusion des pièces d'or ayant cours légal s'était faite grâce à un contrat d'adhésion selon lequel tout intéressé payait une mise d'entrée, recevait des pièces d'or en vue de leur revente et devait dans un certain délai trouver d'autres amateurs signant des contrats d'adhésion similaires, respectivement avoir cédé dans le même délai des pièces d'or à des tiers. Si ces contrats avaient été conservés administrativement au Luxembourg et si à partir du Luxembourg, des décomptes avaient été calculés pour les rémunérations des divers intervenants, aucun contrat d'adhésion n'avait cependant été signé sur le territoire grand-ducal et aucun acte de commerce nécessitant une autorisation au sens de la loi de 1988 n'avait été posé au Luxembourg. Les prévenus qualifient leur activité comme étant celle d'un prestataire de service pour compte de la société de droit anglais **SOC1.)** établi à (...) et dont les activités sont soumises au droit anglais. Ils invoquent au besoin encore l'article 20 de la loi de 1988 qui dispense les prestataires de service ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne de toute autorisation administrative des autorités luxembourgeoises. En ordre subsidiaire, ils demandent à la Cour de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne de deux questions préjudicielles qu'ils libellent comme suit :

« a) Le droit de l'Union Européenne permet-il qu'un pays membre (A) puisse exiger d'une société régulièrement constituée dans un autre pays membre (B) une autorisation d'établissement pour prétendues activités commerciales sur son territoire à lui (A) si en fait ces activités sont exclusivement exercées sur le territoire d'autres pays (C, D, etc...) membres de l'Union ou de l'espace économique européen.

b) A supposer que la réponse à la question a) soit affirmative, le droit européen permet-il pour violation du droit d'établissement dans l'Etat A que les autorités judiciaires infligent à l'encontre de la société du pays B des peines violant le principe de proportionnalité notamment par confiscation de tous les avoirs de la société B soit sur le territoire de l'Etat A soit sur celui des Etats C, D, etc... »

En ordre plus subsidiaire les prévenus concluent encore à une réduction des amendes prononcées et à la restitution des objets saisis, la mesure de confiscation ordonnée par la juridiction de première instance, au demeurant facultative au vœu de l'article 22,4 de la loi de 1988, heurterait entre autres le principe de la proportionnalité et constituerait une atteinte aux articles 3 (peine ou traitement inhumain et dégradant) et premier du

1^{er} protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme (atteinte à la propriété).

Le représentant du ministère public conclut à la confirmation de la décision entreprise.

1) Remarque préliminaire.

Il convient de préciser, en ce qui concerne l'activité des prévenus pour compte des trois sociétés, **SOC1.)** (...), **SOC2.)** (...), et **SOC3.)**, que seule la première société, établie à (...), est une société régulièrement constituée. Cette société a pour objet une activité à l'évidence commerciale (article 3(A) des statuts : « The company's objects are : to carry on business as a general commercial company »). Les prévenus **P3.)** et **P1.)** figurent dans la documentation soumise à la Cour comme administrateurs (« directors ») de cette société. Domiciliée auprès d'une fiduciaire à (...) et y disposant d'un compte en banque, les prévenus reconnaissent qu'elle n'a cependant aucune activité ni en Angleterre, ni au Pays de Galles, pays pour lesquels elle a été enregistrée (« incorporated ») le 2 février 1995. Elle n'y emploie d'ailleurs pas de personnel et n'y dispose pas de locaux. Son activité s'exerce par conséquent en dehors de ces deux pays. Les prévenus, y compris **P2.)** ayant pris les fonctions de directeur de ventes (« sales manager »), avaient commencé leur activité au Luxembourg comme responsables de cette société à partir du 18 mars 1995 jusqu'à leur arrestation le 27 juin 1995. Le projet de créer au Luxembourg une société prestataire de services du nom **SOC2.)** ne s'était jamais concrétisé. Les prévenus n'avaient donc pu agir comme responsables d'une société qui n'existe pas.

Le prévenu **P2.)** avait bien mis à la disposition de **SOC2.)** à (...) le personnel, le matériel et les locaux de la société **SOC3.)** qu'il disait lui appartenir. Cette société n'avait cependant pas pour objet des prestations de service en général et encore moins le commerce de pièces d'or, mais uniquement la vente et la gestion d'immeubles (article 2 des statuts: « .. der Verkauf, die Vermittlung, der Vertrieb und die Verwaltung von Immobilien »).

Il convient donc d'analyser l'activité des trois prévenus au Luxembourg pour compte de la seule **SOC1.)** (...).

2) Caractère de l'activité au Luxembourg.

Abstraction faite des actes qui sont qualifiés comme tels par la loi, le critère général de l'acte de commerce repose avant tout sur la notion de spéculation qui, si elle n'est pas seule suffisante pour définir l'acte de

commerce, en est cependant la condition déterminante, le commerce ne se concevant pas sans l'idée de la recherche d'un bénéfice pécuniaire. S'y ajoutent encore la notion de circulation du produit entre le producteur et le consommateur final entre lesquels s'établit une filière d'actes à qualifier d'actes de commerce et souvent encore la notion d'entreprise en ce sens que le commerçant accomplit en principe des actes de commerce d'une manière non pas épisodique mais habituelle, suivant un plan concerté et déployant une activité exigeant une installation matérielle plus ou moins importante, en d'autres termes, dans le cadre d'une organisation préétablie.

Les prévenus contestent qu'ils se sont livrés au Luxembourg à des actes de commerce en qualifiant leur activité de simple prestation de service. De toute façon comme aucun client n'avait été contacté au Luxembourg, les actes de commerce auraient, selon eux, tous été posés en dehors du territoire grand-ducal.

La prestation de services étant un acte ou une série d'actes relevant d'une activité économique indépendante, englobant à l'exclusion de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, administration, conseils, etc.) en vertu de contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, etc.), les prévenus n'ont pas établi en vertu de quel contrat la société **SOC1.)** ((...)) aurait chargé la société **SOC3.)** d'une mission de prestation de services en admettant – quod non – que pareille prestation rentre dans son objet social. Une société **SOC2.)** ((...)), inexistante, ne saurait être prise en considération. Force est donc de constater que c'est la société **SOC1.)** ((...)) qui, par l'intermédiaire des trois prévenus, était active sur le territoire grand-ducal.

En ce qui concerne le caractère de cette activité au Luxembourg, la Cour se rallie en les adoptant aux considérants des premiers juges, qui ont relevé à juste titre que les pièces d'or ont été commandées à partir de Luxembourg, y sont arrivées en provenance le plus souvent de la Suisse, ont été envoyées au fur et à mesure des adhésions de nouveaux membres à partir de Luxembourg, où ont été collectés les fonds qui ont ensuite été réexpédiés vers l'Allemagne sur un compte ouvert au nom de la société. Les commissions ont été payées par voie de chèques préparés à Luxembourg, d'où ils ont été envoyées aux démarcheurs-membres à partir de Luxembourg. Ainsi, l'exécution des prestations réciproques découlant du commerce exercé par la société consistant dans l'achat et la vente de pièces d'or avait eu lieu à Luxembourg où s'était effectué le paiement des pièces d'or reçues par les acheteurs, le paiement des commissions des démarcheurs et la délivrance des pièces d'or, même si aucun client n'est domicilié dans ce pays. L'activité de la société **SOC1.)** et par voie de conséquence celle de ses responsables actuellement prévenus, consistait

bien en une entremise dans la circulation des richesses entre le producteur (la **SOC4.**) et le consommateur (acquéreurs des pièces d'or) dans un but de spéculation, avec l'intention de réaliser un bénéfice et ce dans le cadre d'une organisation préétablie sise à (...), et est à qualifier de commerciale.

3) L'incidence du droit communautaire.

Est encore à écarter au besoin l'argument des prévenus tiré de l'article 20 de la loi de 1988 qui dispense les prestataires de services de l'Union européenne de toute autorisation administrative de la part des autorités luxembourgeoises, disposition qui à l'instar des articles 52 et 60, 3^e alinéa du traité de la Communauté économique (articles 43 et 50 nouveaux du traité d'Amsterdam) vise, dans la mesure où la prestation se réalise au moyen d'un déplacement du prestataire, la situation de celui qui se déplace d'un Etat membre dans un autre, non pour s'y établir, mais pour y exercer son activité à titre temporaire (« occasionnellement et passagèrement »). Or, abstraction faite, ainsi qu'il vient d'être exposé, que l'activité est de toute façon à qualifier de commerciale, il est constant que la société **SOC1.**) entendait conférer à son activité au Luxembourg une certaine continuité et stabilité, ne serait-ce que, dans le but avoué, pour des raisons fiscales.

Or un ressortissant d'un Etat membre (personne physique ou morale) qui, comme en l'espèce, exerce une activité professionnelle dans un autre Etat membre de façon durable et continue relève plutôt du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services. Si le droit d'établissement tel que prévu au traité comporte l'accès sur le territoire de tout autre Etat membre de toutes sortes d'activités, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, la création d'agences, de succursales ou de filiales, cette liberté d'établissement n'est cependant exercée, selon l'article 52;2 du traité, que dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants. Ainsi, dans l'hypothèse où les activités spécifiques en cause ne sont soumises à aucune réglementation dans l'Etat d'accueil, le ressortissant de tout autre Etat membre a également le droit de s'établir sur le territoire du premier Etat et d'y exercer ces mêmes activités.

En revanche, lorsque l'accès à une activité ou l'exercice de celle-ci, est subordonnée dans l'Etat membre d'accueil à certaines conditions, le ressortissant d'un autre Etat membre, entendant exercer cette activité, doit en principe y répondre, à condition cependant que ces mesures nationales s'appliquent de manière non discriminatoires, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif, qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (cf arrêt de la Cour de Justice

des Communautés européennes du 30 novembre 1995 aff. G.) c/ Conseil de l'ordre des avocats de Milan; recueil de jurisprudence 1995 p. I - 4165).

Compte tenu de ces développements ainsi que de ceux contenus au point 2, le point a) de la question préjudicielle que les prévenus entendent faire poser à la Cour de Justice des Communautés européennes devient sans objet.

L'article 1^{er} de la loi de 1988 subordonne l'exercice d'une activité commerciale par une personne physique ou morale à une autorisation écrite à établir par le Ministre des Classes moyennes. Cette autorisation est donc en principe obligatoire pour tous les ressortissants des Etats membres entendant s'établir au Luxembourg. Les prévenus n'ont jamais soutenu que cette autorisation leur aurait été refusée, et que ce refus serait discriminatoire, contraire à l'intérêt général, impropre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi ou le dépassant.

Il s'ensuit que les prévenus ont été à juste titre retenus dans les liens de l'infraction libellée à leur encontre de laquelle il convient cependant de biffer les références aux sociétés **SOC2.)** et **SOC3.)**.

P3.), P2.) et **P1.)** sont par conséquent à déclarer convaincus:

« als Täter, welche die Straftaten selbst ausführten,

***P3.)** in seiner Eigenschaft von Managing Director, **P1.)** in seiner Eigenschaft als Secretary/Director, **P2.)** als Sales Manager, somit als eigentliche, tatsächliche und somit verantwortliche Geschäftsführer der Firma **SOC1.)**, mit Sitz zu (...), mit Zweigstelle zu (...),*

in der Zeit von März 1995 bis zum 27.06.1995 zu Luxemburg, (...),

entgegen den Bestimmungen des Gesetzes vom 28.12.1988 haupt – oder nebenberuflich den Beruf oder die Tätigkeit von An – und Verkauf, beziehungsweise Vermarktung durch multi-level marketing von Goldmünzen und vor allem der amerikanischen Goldmünzen « The American Golden Eagle » ausgeübt zu haben, ohne im Besitz einer diesbezüglichen schriftlichen Ermächtigung zu sein ».

Les peines d'amende prononcées par les juges de premier degré sont légales et adéquates et sont par conséquent à maintenir.

4) La confiscation des effets saisis.

Les sommes saisies sous forme d'argent liquide, de chèques ou dépôts sur des comptes en banque ainsi que les pièces d'or forment, selon les juges de première instance, soit le produit, soit l'objet de l'infraction retenue à charge des prévenus.

Selon l'article 22(4) de la loi de 1988 la confiscation est facultative.

La Cour constate qu'en l'espèce, seul le défaut d'autorisation prévu par la loi de 1988 a été libellé par le ministère public. Les enquêtes n'ont permis de constater aucune fraude. Aucune plainte de la part d'un client de la société **SOC1.**) n'a été déposée à ce jour.

La Cour retient encore qu'il n'a pas été soutenu que cette société n'aurait de toute façon jamais pu obtenir l'autorisation pour ne pas répondre aux conditions requises, voire pour exercice d'une activité illégale.

Compte tenu de ces considérations, la Cour estime que la confiscation spéciale ne s'impose pas.

Il s'ensuit que la question préjudicielle reprise sub b) que les prévenus entendent faire poser à la Cour de Justice des Communautés européennes devient sans objet.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, les prévenus entendus en leurs explications et moyens de défense et le représentant du ministère public en son réquisitoire;

reçoit les appels en la forme;

les **dit** justifiés en partie;

réformant:

ordonne la restitution à leur légitime propriétaire, la société de droit anglais **SOC1.**), des sommes saisies suivant procès-verbaux de saisie de la Gendarmerie Grand-Ducale, service de Police Judiciaire, section économique et financière, portant les numéros 4/1034/95 et 4/1037/95 du 27 juin 1995, 4/1114/95 et 4/1116/95 du 7 juillet 1995, soit en liquide, soit sous forme de chèques, et des pièces d'or saisies comme formant le produit ou l'objet des infractions retenues à charge des prévenus, ainsi que des sommes saisies suivant commission rogatoire du juge d'instruction Georges OSWALD en date du 3 juillet 1995 sur le compte-chèque postal

numéro (...) de la société **SOC1.**) et sur les comptes numéros (...) auprès de la **BANK1.**) à (...) (Allemagne) au nom de **A.**);

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

condamne les prévenus aux frais de leur poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 719.- francs pour chacun.

Par application des textes de loi cités par les juges de première instance en retranchant les articles 30 du code pénal et en ajoutant l'article 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait, jugé et prononcé en audience publique par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, où étaient présents:

Roland SCHMIT, président de chambre
Arnold WAGENER, premier conseiller
Marc KERSCHEN, conseiller
Nico EDON, premier avocat général
Cornelia SCHMIT, greffier

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