

**Arrêt N° 163/02 V.
du 14 juin 2002**

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du quatorze juin deux mille deux 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. **A.S.**, né le (...) à Neuss (D), demeurant à **D-** (...)
2. **J.S.**, né le (...) à Neuss (D), demeurant à **D-** (...)

prévenus, **appelants**

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 18 janvier 2001, sous le numéro 211/2001, 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 24 janvier 2001 par le mandataire des prévenus et par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 25 octobre 2001, les prévenus furent requis de comparaître à l'audience publique du 4 décembre 2001 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 contradictoirement remise à l'audience publique du 22 janvier 2002, lors de laquelle le prévenu **J.S.)** déclara se désister de son appel, déclaration qu'il signa au plumentif d'audience, le tout en présence de son défenseur, Maître Henri FRANK.

Le prévenu **A.S.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Henri FRANK, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu **A.S.)**.

Monsieur le premier avocat général Georges WIVENES, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

La Cour prit l'affaire en délibéré et en fixa le prononcé à l'audience publique du 5 mars 2002.

En date du 5 mars 2002 la Cour ordonna la rupture du délibéré pour voir débattre les parties sur la pertinence des questions préjudicielles que les prévenus entendent soumettre à la Cour de justice des communautés européennes, questions qui n'ont pas encore formé l'objet de débats contradictoires en audience publique, avec continuation des débats au 23 avril 2002 à 15.00 heures, salle No 1.

Sur nouvelle citation du 12 mars 2002, les prévenus furent requis de comparaître à l'audience publique du 23 avril 2002, lors de laquelle l'affaire fut contradictoirement remise au 26 avril 2002.

A cette dernière audience Maître Henri FRANK, avocat à la Cour, fut entendu en ses moyens.

Monsieur le premier avocat général Georges WIVENES, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

L A C O U R

prit l'affaire en délibéré et en fixa le prononcé à l'audience publique du 11 juin 2002, lors de laquelle le prononcé fut remis au 14 juin 2002. A cette dernière audience la Cour rendit l'**arrêt** qui suit:

Par déclarations du 24 janvier 2001 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg les prévenus **A.S.)**, **J.S.)** et le procureur d'Etat ont fait relever appel d'un jugement rendu le 18 janvier 2001 par le tribunal correctionnel de Luxembourg et dont les motivations et dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

J.S.) se désiste de sa déclaration d'appel, désistement accepté par le ministère public.

Il y a donc lieu de décréter ce désistement.

L'appel de **A.S.)** et l'appel général du ministère public sont recevables pour être intervenus dans les délais et forme de la loi.

Le ministère public poursuit les prévenus en leurs qualités de dirigeants responsables de la société **X.) Gmbh**, qui, en infraction à l'article 1^{er} de la loi du 3 octobre 1991, ne disposerait pas d'un établissement stable au sens de la loi.

A.S.) conclut à son acquittement.

Le représentant du ministère public requiert la confirmation du jugement entrepris sauf à se rapporter à la sagesse de la Cour quant à la fermeture de l'établissement **X.) Gmbh**.

C'est à bon droit que les premiers juges ont décidé que l'instruction à l'audience n'a pas permis de déterminer que **J.S.)** aurait agi en tant que responsable sinon délégué de son père **A.S.)** avec un pouvoir réel de décision en dehors de ses fonctions de comptable de l'entreprise, de sorte que **J.S.)** est à acquitter de l'infraction lui reprochée.

Il résulte des éléments du dossier répressif discuté à l'audience que le tribunal correctionnel a fourni une relation correcte des activités, équipements et personnel de la société de transport **X.) Gmbh** avec siège à Biwer.

Il découle de ces éléments et notamment des déclarations du témoin **B.)** que pendant la période mai 1997 au 3 novembre 2000, période émarginée dans la citation du Parquet, la société **X.) Gmbh** constitue en fait une filiale de la firme allemande **Y.)** entièrement détenue par la maison-mère et contrôlée par cette dernière, que le bureau à Biwer ne fonctionne pas, que la gestion courante n'est pas exercée à partir de ce bureau et que le gérant **A.S.)** visite rarement le bureau luxembourgeois pendant la période incriminée.

Il appert des mêmes sources de renseignement que la société **Y.)** accepte les commandes pour le compte de la société **X.) Gmbh** et que les transports effectués pour le compte de clients sont seulement gérés à partir de l'Allemagne.

Le gérant A.S.) dirige tant la société Y.) que la société X.) Gmbh et cela à partir de l'Allemagne.

L'employée R.) qui travaille 20 heures par semaine au bureau de la société X.) Gmbh n'est pas autorisée à représenter cette société.

L'autorisation d'établissement n'a été accordée à la firme X.) Gmbh qu'à condition que la gérance soit assurée par A.S.) . Ce dernier avait reconnu devant les premiers juges qu'en raison du divorce et du décès de son épouse il ne s'intéressait pas assez à la gestion de la firme luxembourgeoise dont le rendement était pratiquement nul pendant la période incriminée.

Quant à la légalité de la notion d'établissement stable par rapport aux normes communautaires

Le prévenu conteste la légalité de la notion de l'établissement stable résultant des prescriptions et conditions de la loi du 3 octobre 1991 concernant l'établissement de transporteur de voyageurs et de transporteur de marchandises par rapport à la directive européenne du 1^{er} octobre 1998 (98/76) modifiant celle du 29 avril 1996 (96/26).

Dans ce contexte, en cas de doute, le prévenu demande à la Cour de soumettre les questions suivantes à la Cour européenne de justice:

- 1. Est-ce que la loi du 3 octobre 1991 concernant l'établissement de transporteur de voyageurs et de transporteur de marchandises par route est compatible avec la directive du 29 avril 1996 concernant l'accès à la profession de transporteur en ce que la loi luxembourgeoise pose comme condition de l'exercice de la profession de transporteur non seulement d'être en possession d'une autorisation gouvernementale mais encore de disposer d'un établissement au sens de la définition fiscale en matière d'impôt direct ?*
- 2. Est-ce que la notion d'établissement stable n'est pas en contradiction tant avec les finalités de la directive de 1996 qu'également avec le texte proprement dit de celle-ci ?*
- 3. Est-ce que l'établissement stable dans la mesure où aux termes d'une jurisprudence constante il est exigé que l'activité soit sinon exclusivement du moins essentiellement exercée à partir du territoire Grand-Ducal n'est pas contraire à la directive en question en tenant compte notamment aussi de l'article 43 du traité de l'Union Européenne ?*
- 4. Est-ce qu'il n'y a pas discrimination entre le gérant d'une entreprise de transport donnant ses instructions à partir d'un quelconque lieu du Grand-Duché à ces subordonnés par rapport au gérant donnant*

de telles instructions à partir d'un pays de l'Union en l'espèce l'Allemagne ?

5. *Est-ce que la finalité fiscale à la base de la loi du 3 octobre 1991 n'est pas incompatible avec la directive du 29 avril 1996 qui elle poursuit d'autres finalités que celle d'éviter la concurrence déloyale en matière de fiscalité et de cotisations sociales et autres ?*

Les directives 96/26 et 98/76 visent à harmoniser les réglementations nationales en matière d'accès à la profession de transporteur par la reconnaissance mutuelle des titres professionnels et à favoriser ainsi l'exercice effectif de la liberté d'établissement. L'objectif de l'harmonisation est d'éviter des distorsions de concurrence entre opérateurs et d'assurer la liberté d'établissement dans le marché intérieur. L'harmonisation vise concrètement les questions d'honorabilité, de capacité financière et de capacité professionnelle des candidats transporteurs.

La directive 96/26 telle que modifiée, serait pertinente pour la solution du litige, si la réglementation luxembourgeoise entravait la liberté de circulation, en ne reconnaissant pas le cas échéant les critères d'accès à la profession appliqués au prévenu en Allemagne.

En l'espèce, les autorités luxembourgeoises ont reconnu l'équivalence des conditions d'accès à la profession que le prévenu remplit en Allemagne et ont admis ce dernier à s'établir sur le territoire luxembourgeois. Le litige ne concerne donc pas un refus d'établissement du prévenu sur le territoire luxembourgeois.

L'opérateur économique qui entend s'établir dans un Etat membre autre que son Etat d'origine, peut invoquer les titres professionnels de son Etat d'origine pour être admis à la profession, mais doit également se soumettre à la loi territoriale de l'Etat d'accueil.

L'opérateur économique qui entend exercer l'activité de transporteur dans un autre Etat membre, en l'espèce le Grand-Duché de Luxembourg, doit y répondre, au titre de l'établissement, des conditions de stabilité et d'effectivité, dès lors que les établissements du type boîte à lettres sont interdits.

L'exigence de la loi luxembourgeoise du 3 octobre 1991 est conforme au droit communautaire qui consacre la distinction entre liberté de prestation des services et droit d'établissement, l'opérateur d'un Etat membre exerçant comme en l'espèce une activité professionnelle dans un autre Etat membre, où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet Etat, relevant des dispositions relatives au droit d'établissement et non de celles relatives aux services.

Il se dégage des développements qui précèdent que la directive 96/26 modifiée par la directive 98/76 n'est pas de nature à enlever au fait poursuivi son caractère délictueux et que par conséquent il n'y a pas lieu de saisir la Cour de justice des communautés européennes de questions préjudicielles.

Quant à l'erreur invincible

Le prévenu **A.S.)** invoque comme cause de justification l'erreur invincible dans son chef.

Compte tenu de l'autorisation d'établissement émise par le ministre compétent, des licences de transport accordées et du certificat dressé par l'Administration des contributions attestant au prévenu un établissement au sens de la loi fiscale, **A.S.)** aurait raisonnablement pu croire être en règle quant à l'exigence d'un établissement stable tant au niveau fiscal qu'au niveau pénal.

L'erreur de droit peut constituer une cause de justification lorsqu'en raison des circonstances spéciales à l'espèce, indépendantes de la volonté de l'agent ou à l'influence desquelles il n'a pu se soustraire, elle doit nécessairement être considérée comme invincible, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte d'une cause étrangère qui ne peut en rien être imputée à celui qui en est victime et lorsque l'inculpé a versé dans une ignorance qui eût été, dans les mêmes circonstances, celle de tout homme raisonnable et prudent. En pareil cas, l'erreur invincible doit être assimilée à la force majeure (Jean CONSTANT, Précis de droit pénal, Ed. 1967, n° 354).

Le prévenu-transporteur ne saurait tirer argument du fait pour invoquer l'erreur de droit que soit l'Administration des contributions, soit le Ministère des transports, soit le Ministère des classes moyennes auraient au préalable accordé, sinon émis leurs autorisation ou certificats respectifs, dès lors que ces documents sont nécessaires et obligatoires avant le début des activités d'une société de transport résidant au Grand-Duché de Luxembourg.

Les contrôleurs du Ministère des transports et les agents verbalisants de la brigade de Grevenmacher ont constaté par la suite que les critères de l'établissement stable n'avaient pas été remplis en l'espèce.

Les critères objectifs de l'établissement stable existent en dehors de ces certificats et autorisations, le prévenu **A.S.)** ayant été rendu attentif lors de contrôles réguliers effectués par les contrôleurs du Ministère des transports et l'agent verbalisant chargé par le Ministère Public que ces critères n'étaient pas remplis en l'espèce et qu'il s'agissait en l'occurrence d'une société boîte aux lettres.

Ces autorités lui avaient enjoint de se conformer à ces obligations, de respecter la législation après l'octroi des autorisations et certificats obligatoires, ce que le prévenu n'a pas fait, déclenchant ainsi des poursuites judiciaires.

S'il se dégage des certificats émis par l'Administration des contributions qu'il s'agit d'une société résidente et qu'elle est enregistrée, il n'en découle pas que la société X.) Gmbh est en règle par rapport à la notion d'établissement stable au sens de la loi pénale.

La délivrance de l'autorisation d'établissement et des licences obligatoires, sinon du certificat de l'administration fiscale ne lie que ces autorités et certifient uniquement qu'il s'agit d'une société résidente ayant rempli les conditions légales pour exercer son activité de transport par route par rapport aux prescriptions de la loi du 3 octobre 1991 et ne sauraient empêcher le juge pénal de vérifier s'il y a ou non infraction à l'article 1 de cette même loi.

Le prévenu n'a pas versé en l'espèce dans une ignorance qui eût été, dans les mêmes circonstances, celle de tout homme raisonnable et prudent. Le moyen n'est pas fondé et doit donc être rejeté.

Quant à la volonté de délinquer

C'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que l'infraction érigée au terme de l'article 1^{er} de la loi du 3 octobre 1991 est un délit purement matériel qui existe par le seul fait de la perpétration de l'acte prohibé, à savoir l'exercice de l'activité de transporteur au Grand-Duché sans disposer d'un établissement stable et en l'absence des autorisations requises et ceci indépendamment de la volonté ou de l'intention de son auteur, la présomption de faute se déduisant de la simple matérialité du fait.

C'est à bon droit et par des motifs exhaustifs que la Cour fait siens que les premiers juges ont retenu que la société X.) Gmbh exploitée par le prévenu A.S.) ne dispose pas d'un établissement stable au sens de la loi du 3 octobre 1991, dès lors que l'activité de cette société de transport de marchandises par route ne dépasse pas des activités préparatoires ou auxiliaires et que l'infrastructure fixe de cette entreprise au Luxembourg n'est qu'un dépôt de matériaux et de pièces à qualifier de société « boîte à lettres » dépourvue d'une existence propre indépendante de la maison-mère allemande.

Le tribunal correctionnel a donné une qualification exacte des faits commis par le prévenu en sa qualité de dirigeant responsable de la société X.) Gmbh, sauf qu'il y a lieu de préciser que le prévenu a agi comme auteur exécutant lui-même l'infraction.

Il y a lieu de sanctionner les agissements du prévenu par une amende de deux mille cinq cents euros.

Dans le dispositif de la décision attaquée, les premiers juges ont ordonné la fermeture de l'entreprise X.) Gmbh pour la durée de trente mois, alors que dans les motifs de leur décision ils ont dit qu'il y a lieu d'ordonner cette fermeture pour la durée de cinq ans.

Cette contradiction entre les motifs et le dispositif du jugement entrepris constitue un vice irréductible, car il ne permet pas de savoir quelle décision le tribunal correctionnel a voulu prendre en définitive.

Cette contradiction entre les motifs et le dispositif vicie de nullité en la forme la décision qui en est affectée et autorise l'application de l'article 215 du code d'instruction criminelle, de sorte que le jugement entrepris est à annuler à cet égard.

La Cour se bornera à évoquer le litige quant à la seule peine de la fermeture de l'entreprise.

En raison du trouble réduit causé à l'ordre public luxembourgeois il y a lieu de fixer la durée de la fermeture de l'établissement X.) Gmbh à deux mois.

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;

donne acte à J.S.) de son désistement d'appel;

décète ce désistement;

reçoit les autres appels en la forme;

les **déclare** partiellement fondés;

annule le jugement attaqué pour autant que la fermeture de l'établissement Transportfirma X.) Gmbh est concernée;

évoquant partiellement et y statuant à nouveau:

ordonne la fermeture de l'établissement Transportfirma X.) Gmbh, sis à L- (...), pour une durée de deux (2) mois;

réformant:

précise que le prévenu A.S.) a agi comme auteur ayant exécuté lui-même l'infraction;

condamne A.S.) du chef de l'infraction retenue à sa charge à une amende de deux mille cinq cents (2.500 €) euros;

fixe la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à cinquante (50) jours;

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

laisse les frais de la poursuite pénale de J.S.) dans les deux instances à charge de l'Etat;

condamne le prévenu A.S.) aux frais de sa poursuite pénale en instance d'appel, ces frais liquidés à 23,77 €.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges en retranchant l'article 628 du code d'instruction criminelle et en ajoutant l'article 66 du code pénal, les articles 211 et 215 du code d'instruction criminelle et les articles 1^{er}, 7 (2), 7 (4) et 72 de la loi du 1^{er} août 2001 relative au basculement en euro.

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
Martine SOLOVIEFF, avocat général
Cornelia SCHMIT, greffier

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