

**Arrêt N° 293/08 V.
du 10 juin 2008**

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du dix juin deux mille huit 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. **P.1.**), né le (...) à (...), demeurant à B-(...)

2. **P.2.**), né le (...) à (...), demeurant à L-(...)

prévenus, défendeurs au civil et **appelants**

e n p r é s e n c e d e :

A.), demeurant à B-(...)

partie civile constituée contre les prévenus et défendeurs au civil **P.1.)** et **P.2.)**,
préqualifiés

demandeur au civil

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, 7^e chambre correctionnelle, le 24 avril 2007, sous le numéro 1322/07, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu l'ordonnance de renvoi rendue par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du **13 décembre 2005**, confirmée par l'arrêt no **278/2006** du **26 mai 2006** de la Chambre du Conseil de la Cour d'Appel, et vu la citation à prévenus du **18 août 2006** (not. **12932/1998cd**) régulièrement notifiées.

AU PENAL:

Le Parquet reproche à **P.1.)** et **P.2.)** l'infraction suivante, à savoir,

comme auteurs, co-auteurs ou complices, en leur qualité d'administrateur de la société anonyme **SOC.1.)** S.A.,

*en date des 18 avril 1995 et 29 juin 1995, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment au siège de la société anonyme **SOC.1.)** S.A., à L-(...), et à la **BQUE.1.)**, avec siège social à L-(...), sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,*

principalement

en infraction aux dispositions de l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée,

en leur qualité de dirigeants de société, de droit ou de fait, d'avoir, de mauvaise foi, fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement, ou d'avoir fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement,

*en l'espèce, étant dirigeants de la société anonyme **SOC.1.)** S.A., d'avoir fait de mauvaise foi des montants de 400.160 LUF et de 1.100.000 LUF prélevés à la **BQUE.1.)** en date des 18 avril 1995 et 29 juin 1995 un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de la société **SOC.1.)** S.A. à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement, et notamment la **SOC.2.)** S.à r.l. ;*

subsidiairement

d'avoir frauduleusement soit détourné soit dissipé au préjudice d'autrui, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances, écrits de toute nature contenant ou opérant obligation ou décharge et qui leur avaient été remis à la condition de les rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé,

*en l'espèce, d'avoir frauduleusement détourné au préjudice de **A.)**, demeurant à B-(...), bénéficiaire économique de la société **SOC.1.)** S.A., les montants de 400.160 LUF et de 1.100.000 LUF prélevés à la **BQUE.1.)** en date des 18 avril 1995 et 29 juin 1995, qui leur avaient été remis aux fins d'une gestion conforme aux intérêts du bénéficiaire économique de la société **SOC.1.)** S.A..*

LES FAITS

Le 19 juin 1998, **A.)** dépose une plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction à Luxembourg contre **P.2.)** et **P.1.)**.

- Les faits à la base de la plainte

Les faits à la base de cette plainte se résument comme suit :

Par l'intermédiaire de l'expert-comptable belge **D.**), demeurant à Gand, **A.**) a été mis en relation d'affaires avec **P.2.**) **A.**) projetait la constitution d'une société holding à Luxembourg.

A l'époque des faits, **P.2.**) était dirigeant de la **SOC.2.**), établie à (...) dans laquelle il travaillait avec son fils **P.1.**).

En date du 6 avril 1995, la société de droit luxembourgeois **SOC.1.**) s.a. est constituée par l'intermédiaire de **P.2.**) et **P.1.**). Le bénéficiaire économique de cette société est **A.**) **P.2.**) et **P.1.**) sont nommés administrateurs de cette société.

Le 7 avril 1995, un compte est ouvert auprès de la **BQUE.1.**) par les conjoints **P.1.**) **P.2.**) en présence de **A.**) qui dépose le même jour la somme de 1.530.000.- LUF.

Le 18 avril 1995, la somme de 400.160.- francs est prélevée en liquide sur ce compte par **P.1.**) sur base d'un ordre de prélèvement portant la signature conjointe de **P.2.**) et **P.1.**). Le 29 juin 1995, **P.1.**) effectue un deuxième prélèvement de 1.100.000.- francs.

D'après **A.**), ces deux prélèvements ont été effectués sans son accord.

Concernant le premier prélèvement, les prévenus ont expliqué à **A.**) qu'il se serait agi du paiement d'une note d'honoraires concernant l'intervention de la **SOC.2.**). Selon le plaignant, il aurait réglé la note d'honoraires en question déjà en date du 7 avril 1995. Quant au prélèvement de la somme de 1.100.000.- francs, **A.**) avance dans sa plainte que **P.2.**) lui aurait fait parvenir un courrier du 18 décembre 1995 adressé à **D.**) dans lequel **P.2.**) aurait affirmé avoir utilisé cette somme pour accorder un prêt à une société **SOC.3.**), établie à la même adresse que la **SOC.2.**), remboursable au 31 janvier 1996. Aucun remboursement n'est cependant intervenu.

Ce courrier est, à l'heure actuelle, introuvable. **D.**) a été questionné à ce sujet lors de son audit fait dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire internationale en date du 2 juillet 2002. **D.**) confirme avoir reçu ce courrier et se montre étonné de la mention d'une société du nom de **SOC.3.**) dont il n'avait jamais auparavant entendu le nom. Selon lui, aucun lien n'existait entre cette société et **A.**).

- Les éléments de l'enquête

Comme il a été exposé, la société **SOC.1.**) s.a. a été constituée le 6 avril 1995 devant le notaire Jacqueline HANSEN-PEFFER à Capellen. **P.2.**) et **P.1.**) s'étaient fait représenter par deux employés de la **SOC.2.**). Il résulte des statuts de la société que le capital social de 1.250.000.- francs était représenté par cent actions de 12.500.- francs par action. **P.2.**) et **P.1.**) ont chacun souscrit 50 actions. Les trois administrateurs de la société étaient **P.1.**), **P.2.**) et **B.**), employée de la **SOC.2.**) et future épouse de **P.1.**).

Un certificat de blocage des fonds pour le capital social destiné à la constitution de la société **SOC.1.**) s.a. a été émis en date du 5 avril 1995 par la **BQUE.2.**), agence (...).

Le 7 avril 1995, un compte avec le numéro de racine 11450 a été ouvert au nom de la société **SOC.1.**) s.a. auprès de la **BQUE.1.**) à Luxembourg par les trois administrateurs de la société, à savoir **P.2.**) et **P.1.**) et **B.**). Le bénéficiaire économique était **A.**), également présent à cette date.

A cette même date du 7 avril 1995, le montant de 1.530.000.- francs a été versé sur ce compte. Le 18 avril et 29 juin 1995 les retraits litigieux ont été effectués par **P.1.**).

Comme il résulte du rapport n°4/1697/ du 30 octobre 2001 de la police judiciaire, les perquisitions et les vérifications entreprises à la **BQUE.1.**) ont pu établir que la société **SOC.1.**) disposait déjà auparavant d'un compte avec la racine n°11450 alors qu'un certain **C.**) aurait acquis cette société en 1994 par l'intermédiaire de **P.2.**). D'après les éléments du dossier, il y a cependant seulement eu un projet de constitution de cette société. Dans le cadre de la présente enquête, le service juridique de la

banque s'est rendu compte qu'il y avait eu double emploi de la même société par la **SOC.2.)** avec deux bénéficiaires économiques différents, **A.)** et **C.)**.

En date du 26 février 2003, **A.)** a été entendu dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire par le Police Fédérale belge, service judiciaire de l'Arrondissement de Tirlemont.

Il résulte de sa déclaration que la société **SOC.1.)** s.a. a été constituée le 6 avril 1995 avec le capital qu'il a apporté et qui a été versé le 7 avril 1995 sur le compte de la société auprès de la **BQUE.1.)** à Luxembourg.

En ce qui concerne les prélèvements litigieux de 400.160 et 1.100.000 francs, **A.)** affirme ne pas en avoir été informé au préalable et ne pas avoir donné son accord pour ces prélèvements.

Il résulte des déclarations du témoin **T.1.)**, ancien commissaire en chef de la Police Judiciaire, section infractions économiques et financières, à l'audience du 13 mars 2007, que les prévenus **P.2.)** et **P.1.)** lui étaient bien connus suite à diverses enquêtes diligentées par la Police Judiciaire déjà depuis les années 80.

Selon le témoin, le prévenu **P.2.)**, simple comptable, n'avait à aucun moment ni les autorisations de faire le commerce requises pour les activités des différentes sociétés exploitées par lui, ni celles prévues par la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier.

Le modus operandi de **P.2.)**, décrit par le témoin, aurait toujours été le même. Il aurait amené des clients, la plupart du temps des étrangers, à faire des placements, et aurait créé une ou plusieurs sociétés où lui et/ou son fils étaient administrateur ou gérant avec pouvoir de signature. Par la suite il aurait subtilisé les fonds sur les comptes des clients, soit pour payer les frais de ses sociétés, soit pour rembourser de l'argent « emprunté » sur les comptes d'autres clients.

P.2.) se serait toujours occupé des activités financières tandis que les employés de la fiduciaire auraient fait la comptabilité qui était pourtant l'objet social de leur sociétés fiduciaires respectives. La stratégie de **P.2.)** aurait également consisté à créer une nouvelle société au même objet social dès que des problèmes apparaissaient dans la précédente qu'il aurait laissé tomber en faillite. Tel aurait également été le cas de la **SOC.2.)**, déclarée en faillite le 26 juillet 1996.

Selon le témoin, **P.2.)** aurait joui d'une très mauvaise réputation dans le monde des affaires tant au Luxembourg qu'à l'étranger.

- Les déclarations de **P.1.)**

En date du 12 novembre 2001, **P.1.)** a été interrogé par les enquêteurs de la police judiciaire. Il déclare ne plus se souvenir en détail au sujet de la société **SOC.1.)** s.a.. Concernant les deux prélèvements litigieux, il affirme avoir toujours agi, en tant qu'employé de la **SOC.2.)**, sur instructions de son père **P.2.)**. Il ne se souvient pas avoir reçu des instructions de la part de **A.)** pour faire ces deux opérations.

Au sujet de la somme de 400.160.- francs, prélevée en date du 18.04.1995, **P.1.)** explique que l'argent a probablement été destiné au paiement des frais et honoraires relatifs à la constitution de la société. En ce qui concerne le retrait de 1.100.000.- francs opéré le 29.06.1995, il déclare ne plus se souvenir de la raison du prélèvement ni de la destination de l'argent. Sur la plupart des questions qui lui sont posées, **P.1.)** demande aux enquêteurs d'interroger son père.

Lors de son interrogatoire devant le juge d'instruction en date du 28 mai 2002, **P.1.)** est formel pour affirmer que les deux prélèvements avaient été opérés sur instruction de **P.2.)**.

P.1.) déclare que, selon ses souvenirs, le montant de 400.160.- francs aurait servi à régler une note d'honoraires émanant de la **SOC.2.)** qui devait englober les frais de domiciliation, les mandats d'administrateurs, le mandat de commissaire aux comptes et une provision sur la comptabilité annuelle. Il précise toutefois que le montant de 400.160.- francs lui paraît "élevé, supérieur au tarif habituel".

Concernant le montant de 1.100.000.- francs, **P.1.)** déclare au juge d'instruction qu'il suppose que l'argent aurait été utilisé dans le cadre de l'activité de la **SOC.2.)**, pour régler des factures, des salaires ou autres frais.

P.1.) affirme encore qu'à l'époque des faits, la **SOC.2.)** aurait eu un "besoin urgent d'argent pour apurer ses dettes." Ainsi, des prélèvements en liquide auraient été préférés à des virements qui auraient pris plusieurs jours.

En ce qui concerne la société **SOC.3.)**, **P.1.)** exclut, lors de ses déclarations, qu'il y ait eu un lien quelconque avec la société **SOC.1.)** s.a.

A l'audience, **P.1.)** reste assez flou dans ses déclarations. Il admet avoir fait les deux prélèvements sur le compte de la société **SOC.1.)** s.a. auprès de la **BQUE.1.)**. A son avis, le montant de 400.160.- francs aurait servi à régler des notes d'honoraires de la société **SOC.2.)**. Le prélèvement aurait dès lors été justifié. Au sujet de la somme de 1.100.000.- francs, il estime qu'il s'agissait du remboursement du capital de la société, avancé par la **SOC.2.)**. Il n'explique cependant pas la différence entre le montant prélevé et le montant d'un prétendu prêt à une autre société ni ce qui est advenu des 1.100.000.- francs.

- Les déclarations de **P.2.)**

Il résulte de l'interrogatoire de **P.2.)** devant le juge d'instruction du 28 mai 2002 que le prélèvement de la somme de 400.160.- francs était destiné au règlement d'une note d'honoraires dont le montant aurait été fixé par **D.)** selon les usages en vigueur en la matière. **P.2.)** déclare qu'une partie de cet argent aurait été remis en mains propres de celui-ci à Gand et qu'une facture acquittée aurait été établie pour ce montant.

Quant au montant de 1.100.000.- francs, **P.2.)** déclare que cette somme aurait été remise en mains propres de **A.)** dans les locaux de la **SOC.2.)**. Ce dernier aurait signé une quittance pour ce montant.

P.2.) a également été interrogé par le juge d'instruction sur le courrier qu'il a adressé en date du 18 décembre 1995 à **D.)**. **P.2.)** répond que le montant de 1.100.000.- francs aurait été utilisé en tant que prêt à une autre société de droit luxembourgeois, probablement la société **SOC.3.)** s.a..

A l'audience du 13 mars 2007, **P.2.)** affirme que le montant de 1.100.000.- francs aurait été prélevé sur ordre de **D.)** et que cet argent aurait été remis en liquide à ce dernier. Concernant le montant de 400.160.- francs, il se réfère à une lettre de la **SOC.1.)** s.a. du 11 avril 1995 signée par lui-même et son fils adressée à la **BQUE.1.)** pour donner l'ordre de transférer ce montant sur un compte de la **SOC.2.)**. Y figure un décompte manuscrit relatif à des honoraires, des frais et commissions pour le montant total de 400.160.- francs.

Le prévenu **P.2.)** conteste les infractions qui lui sont reprochées et fait plaider son acquittement.

Le prévenu **P.1.)** a fait des déclarations circonstanciées par devant le juge d'instruction, corroborées par les éléments de l'enquête. A l'audience du 13 mars 2007, il fait plaider que l'infraction qui lui est reprochée serait prescrite en ce qui concerne le montant de 400.160.- francs et, pour le surplus, il demande à être acquitté alors qu'il n'y aurait pas eu d'intention dolosive dans son chef.

EN DROIT

- Quant à la prescription

La prescription de l'action publique étant d'ordre public, le tribunal doit donc examiner d'office si l'action publique n'est pas éteinte par la prescription.

P.1.) fait plaider que le fait relatif au prélèvement du montant de 400.160.- euros serait prescrit. En effet, le retrait a été effectué le 18 avril 1995 tandis que la plainte de **A.)** date seulement du 19 juin

1998. Dès lors, plus de trois ans seraient écoulés entre la date du fait et le moment du dépôt de la plainte.

Aux termes de l'article 638 du Code d'instruction criminelle, en vigueur au moment des faits, les délits se prescrivent par 3 années. Le délai de prescription est interrompu par l'ouverture d'une enquête .

D'une manière générale le point de départ du délai de prescription est fixé au jour où l'infraction a été accomplie dans tous ses éléments, c'est-à-dire du jour où les poursuites ont été possibles sous la qualification retenue (Cass. ch. mixte 26 février 1971 B. n° 67). L'infraction est consommée à partir du jour où l'ensemble des éléments constitutifs sont réunis, celui-ci étant compté dans le délai (voir: FRANCHIMONT, Manuel de Procédure pénale, page 84–88).

Mises à part les infractions dites clandestines, le point de départ du délai de prescription est en principe fixé au jour où l'infraction est commise, respectivement à partir du jour où l'infraction a été réalisée dans tous ses éléments, c'est-à-dire où les poursuites ont été possibles sous la qualification retenue.

Or, le délit d'abus de biens sociaux, comme le délit d'abus de confiance dont il est dérivé, est un délit astucieux, souvent clandestin et donc consciencieusement dissimulé. La pratique des comptes occultes, des fausses factures, rend difficile la découverte des faits constitutifs de ce type de délit. De même, les coupables sont généralement en bonne place au sein de la société pour masquer leurs agissements frauduleux. Pour s'adapter à cette spécificité et afin d'éviter que ce délit ne soit trop souvent impuni, la jurisprudence a décidé, dans un premier temps, que le point de départ de la prescription devait être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté.

Il appartient aux juges de fixer le point de départ de la prescription en recherchant à quelle date les faits ont pu être constatés. Leur appréciation est souveraine, dès lors que les motifs qui la justifient ne contiennent ni illégalité, ni contradiction.

La jurisprudence retient majoritairement la date à laquelle les personnes habilitées à mettre l'action publique en mouvement, donc les magistrats du Ministère Public et les parties civiles, ont été informées des faits. Pour ce qui concerne le Ministère Public, la date retenue est celle de la réception des dénonciations. Pour les parties civiles, il s'agit de la date à laquelle elles ont été en mesure d'agir. Il s'agit là d'une question factuelle qui doit être appréciée au cas par cas. (Eva JOLY et Caroline JOLY-BAUMGARTNER: L'abus de Biens Sociaux à l'épreuve de la Pratique p 325-328)

Pour les infractions clandestines, le point de départ du délai de prescription est fixé au jour où l'infraction est apparue et a pu être découverte dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique (Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur novembre 2005: Guillaume LECUYER: La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique p 8).

En l'espèce le Ministère Public reproche aux prévenus les infractions d'abus de biens sociaux, sinon d'abus de confiance, infractions clandestines par excellence.

Le point de départ de la prescription est donc fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté par la victime respectivement où il y a eu demande de restitution, préalable nécessaire à la constatation de l'impossibilité de restituer la chose remise ou déposée (Cour d'Appel de Nîmes 14 mai 2004 nr 04/596 nr Jurisdata 2004-271995).

En l'occurrence, le tribunal fixe le point de départ de la prescription des faits qualifiés d'abus de bien sociaux sinon d'abus de confiance au 19 janvier 1996 date à laquelle **A.)** a pris connaissance que le compte de la société **SOC.1.)** s.a. dont il était le bénéficiaire économique, a été spolié. En effet, il résulte du rapport no 4/1697/01 du 30 octobre 2001 de la Police judiciaire, que le plaignant s'était rendu à cette date auprès de la **BQUE.1.)** à Luxembourg. Ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il a eu connaissance des faits et qu'il a été en mesure de formuler ses revendications à l'égard des deux prévenus.

Le délai de prescription commence donc à courir à partir de cette date.

Il s'ensuit que le fait commis le 18 juin 1995 n'était pas prescrit au moment des poursuites introduites par le Ministère Public suite à la plainte de **A.)** auprès du juge d'instruction en date du 19 juin 1998.

Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions de la défense et de déclarer la saisine du tribunal par le Ministère Public de ce fait recevable.

- Quant au fond

Le Ministère Public reproche aux prévenus principalement la prévention d'abus de biens sociaux et subsidiairement, la prévention d'abus de confiance.

L'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales vise les dirigeants de sociétés, de droit ou de fait, qui, de mauvaise foi, auront fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

Les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux sont donc les suivants :

- qualité de dirigeant
- usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt social
- usage dans un but personnel ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle on est intéressé directement ou indirectement
- mauvaise foi

L'usage des biens de la société est abusif lorsqu'il est contraire aux intérêts de la société, c'est-à-dire lorsqu'il porte atteinte à son patrimoine social ou s'il expose la société, sans nécessité pour elle, à des risques anormaux et graves.

P.2.) et **P.1.)** étaient tous les deux administrateurs de la société **SOC.1.)** s.a. et avaient partant la qualité de dirigeants de droit.

En l'espèce, des retraits de 400.160.- et de 1.100.000.- francs ont été opérés du compte de la société **SOC.1.)** s.a. auprès de la **BQUE.1.)**. Les prélèvements ont été effectués par **P.1.)** qui était, chaque fois, en possession d'un ordre de prélèvement portant la signature conjointe des deux prévenus.

En ce qui concerne l'usage des fonds en question, il faut constater que les déclarations des deux prévenus sont contradictoires et assez floues, notamment celles de **P.2.)**.

L'enquête a été longue et pénible ce qui est dû en partie à la circonstance que la société **SOC.2.)** était tombée en faillite le 26 juillet 1996 et que des perquisitions n'ont pas abouti à des résultats satisfaisants.

P.2.), sous prétexte d'avoir été incarcéré au moment où la présente enquête a débuté, surprend par la production de nouvelles pièces dont il n'avait jamais été question pendant toutes les années où l'instruction était en cours. Ces pièces sont d'ailleurs en contradiction avec les éléments recueillis dans le cadre de l'enquête.

Il faut rappeler que, pour les deux prélèvements litigieux, aucun ordre n'a été donné par **A.)**, bénéficiaire économique de la société **SOC.1.)** s.a..

a.) quant au montant de 400.160.- francs

Il a été soutenu par les deux prévenus que ce montant aurait été utilisé pour régler des frais, des honoraires et commissions.

Or, il y a lieu de constater d'une part qu'en date du 7 avril 1995 déjà, le montant de 300.160.- francs a été viré sur le compte auprès de la **BQUE.2.)** détenu par la **SOC.2.)**. Le virement porte la mention "mémoire honoraires 950071".

D'autre part, aucune facture n'existait pour le montant de 400.160.- francs. **P.1.)**, plus impliqué dans la gestion comptable de la **SOC.2.)** que son père, n'a pas pu donner une explication à ce sujet.

P.2.) fait valoir à un moment donné que le montant en question aurait été utilisé pour le règlement d'une note d'honoraires dont le montant aurait été fixé par **D.)** selon les usages en vigueur en la matière et qu'une partie de cet argent aurait été remis en mains propres de celui-ci à Gand. Une facture acquittée aurait été établie pour ce montant.

A l'audience, il fait verser des documents se rapportant à un montant de 400.160.- francs qu'il a miraculeusement retrouvés longtemps après la clôture de l'instruction. Il s'agit notamment d'une lettre de la **SOC.1.)** s.a. du 11 avril 1995 signée par lui-même et son fils à l'adresse de la **BQUE.1.)** pour donner l'ordre de transférer ce montant sur un compte de la **SOC.2.)**. Y figure un décompte manuscrit relatif à des honoraires, des frais et commissions pour un montant total de 400.160.- francs.

Les pièces en question ont été soumises au témoin **T.1.)** à l'audience du 13 mars 2007 qui met cependant en doute la plupart des allégations avancées par **P.2.)** et émet des réserves quant au contenu des documents.

En effet, les récépissés portant la signature de **D.)** datés au 30 juin 1995 et au 18 janvier 1996 sont relatifs à d'autres sociétés et concernent d'autres montants. **D.)** n'en parle d'ailleurs pas au moment de sa déposition en date du 2 juillet 2002.

Concernant la pièce numéro 7, à savoir la demande de versement datée au 11 avril 1995 adressée par la société **SOC.1.)** s.a. à la **BQUE.1.)** afin que le montant de 400.160.- francs soit transféré vers un compte de la **SOC.2.)**, il faut constater qu'en l'espèce, le prélèvement litigieux a été fait en liquide et que le montant n'a pas été transféré par virement. Les montants insérés par voie manuscrite ne correspondent pas non plus à la réalité, alors qu'il y a déjà eu paiement de 300.160.- francs pour le même objet. D'autre part, les frais de notaire étaient moins élevés et le montant des honoraires de **D.)** ne résulte d'aucune facture. Comme il a été mentionné, cette pièce n'est apparue que longtemps après la clôture de l'instruction et peu avant la date à laquelle l'affaire avait été fixée une première fois à l'audience.

Toujours est-il qu'il ressort des éléments du dossier répressif que les consorts **P1.) P.2.)** n'étaient pas autorisés à effectuer ce prélèvement par **A.)**. Si les prétentions de la **SOC.2.)** quant à ses honoraires avaient été d'un tel montant, la voie normale aurait été d'adresser une note d'honoraires en bonne et dûe forme à **A.)** qui l'aurait réglée ensuite.

En aucun cas, les prévenus n'étaient autorisés à se servir sur le compte de la société **SOC.1.)** s.a.. Les prévenus, professionnels dans le domaine de la gestion et de l'administration de sociétés, le savaient nécessairement.

En ce qui concerne la mauvaise foi, elle doit s'apprécier au moment où les actes incriminés ont été commis. Elle se déduira généralement des circonstances ayant entouré l'opération incriminée (cf. Cass. Crim. 6 mars 1970, JCP 971 II 16813 ; Cass. Crim. 6 octobre 1980, D 1981, IR, 144).

Il ne fait pas de doute en l'espèce que les deux prévenus ont agi de mauvaise foi, en connaissance de cause et de concert. En effet, la **SOC.2.)** était à ce moment déjà dans une mauvaise situation financière et **P.1.)** a lui-même déclaré devant les enquêteurs que l'argent a été utilisé pour boucher des trous et régler des factures de la **SOC.2.)**.

b.) Quant au montant de 1.100.000.- francs

Les déclarations des prévenus quant à l'usage de ce montant sont contradictoires entre elles et en contradiction avec les éléments du dossier répressif.

P.2.) avance, à chaque fois, de nouvelles versions et produit, en vue de l'audience, des pièces qui pendant la phase d'instruction de l'affaire étaient apparemment introuvables.

Si, comme les prévenus l'affirment, la **SOC.2.)** a, le 5 avril 1995, fait l'avance du capital nécessaire pour la constitution de la société **SOC.1.)** s.a., il n'en reste pas moins que **A.)** a versé le 7 avril 1995 le montant de 1.530.000.- francs sur le compte de la société auprès de la **BQUE.1.)**. Ce montant aurait

dès lors dû se trouver en double sur le compte. Or, il faut constater qu'après les deux prélèvements litigieux, le compte était soldé.

A.) conteste avoir signé un contrat de prêt tel que **P.2.)** l'a versé en copie à l'audience au même titre qu'un contrat d'option.

Le tribunal relève que le code d'instruction criminelle adopte le système de la libre appréciation de la preuve par le juge, qui forme son intime conviction librement sans être tenu par telle preuve plutôt que telle autre. Il interroge sa conscience et décide en fonction de son intime conviction (Franchimont, Manuel de procédure pénale, p.764).

Le juge répressif apprécie souverainement, en fait, la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde son intime conviction (Cass. belge, 31.12.1985, I, 549).

En l'espèce, il faut constater que le prévenu **P.2.)** a dans la présente affaire tout fait pour semer la confusion en faisant des déclarations contradictoires et imprécises et en produisant à l'audience des pièces dont il aurait été mieux avisé de les verser déjà au cours de l'instruction.

Il est constant en cause que le montant de 1.100.000.- francs a été prélevé sans l'autorisation de **A.)** qui conteste par ailleurs qu'il se serait agi d'un remboursement d'un prêt fait par la **SOC.2.)**. Même si tel avait été le cas, la voie normale de se faire rembourser n'aurait certainement pas été un prélèvement en liquide du compte de la société à l'insu du bénéficiaire économique.

En ce qui concerne le sort du montant de 1.100.000.- francs, le tribunal a l'intime conviction, au vu des éléments de l'enquête et de la déposition à l'audience du témoin **T.1.)** que les déclarations de **P.1.)** devant les enquêteurs et le juge d'instruction correspondent à la réalité.

En effet, **P.1.)** a à chaque fois déclaré que l'argent avait été utilisé par la **SOC.2.)** pour boucher des trous et pour régler les factures urgentes.

En ce qui concerne la mauvaise foi, elle doit s'apprécier au moment où les actes incriminés ont été commis. Elle se déduira généralement des circonstances ayant entouré l'opération incriminée (cf. Cass. Crim. 6 mars 1970, JCP 971 II 16813 ; Cass.Crim. 6 octobre 1980, D 1981, IR, 144).

Les prévenus n'étaient pas autorisés à se servir sur le compte de la société **SOC.1.)** s.a.. Ayant été des professionnels dans le domaine de la gestion et de l'administration de sociétés, ils le savaient nécessairement.

Il ne fait donc pas de doute en l'espèce que les deux prévenus ont agi de mauvaise foi, en connaissance de cause et de concert. En effet, la **SOC.2.)** était au moment des faits dans une situation financière désastreuse et **P.1.)** a lui-même déclaré devant les enquêteurs que l'argent a été utilisé pour boucher des trous et régler des factures de la **SOC.2.)**.

P.1.) et **P.2.)** sont partant **convaincus** de l'infraction suivante, à savoir :

comme co-auteurs, en leur qualité d'administrateurs de la société anonyme SOC.1.) S.A.,

en date des 18 avril 1995 et 29 juin 1995, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment au siège de la société anonyme SOC.1.) S.A., à L-(...), et à la BQUE.1.), avec siège social à L-(...),

en infraction aux dispositions de l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée,

en leur qualité de dirigeants de société, de droit, d'avoir, de mauvaise foi, fait des biens de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement,

en l'espèce, étant dirigeants de la société anonyme SOC.1.) S.A., d'avoir fait de mauvaise foi des montants de 400.160 LUF et de 1.100.000 LUF prélevés à la BQUE.1.) en date des 18 avril 1995 et 29 juin 1995 un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de la société SOC.1.) S.A. pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement, et notamment la SOC.2.) S.à r.l..

- Quant aux peines

Il faut constater qu'en la présente espèce, le délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme n'a pas été respecté, alors que les faits reprochés aux deux prévenus remontent à plus de douze ans.

Aux termes de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, *"toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial."*

Il incombe à la juridiction du jugement d'apprécier, 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.

Même si l'enquête menée en cause a été longue et que des commissions rogatoires internationales étaient nécessaires, le tribunal estime qu'un laps de temps important s'est écoulé depuis le début de l'instruction en 1998 jusqu'à l'audience publique, à savoir plus de neuf années. Il y a dès lors lieu de retenir que le délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme, n'a pas été respecté.

La gravité de l'infraction retenue à sa charge justifie la condamnation de **P.1.)** à une peine d'emprisonnement de 9 mois.

Eu égard au dépassement du délai raisonnable, il y a lieu d'accorder au prévenu **P.1.)** la faveur du sursis intégral quant à l'exécution de la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

Au vu de la gravité de l'infraction commise et de la situation financière de **P.1.)**, le tribunal le condamne en outre à une amende de 3.000 euros.

La gravité de l'infraction retenue à sa charge justifie la condamnation de **P.2.)** à une peine d'emprisonnement de 15 mois.

Eu égard au dépassement du délai raisonnable, il y a lieu d'accorder au prévenu **P.2.)** la faveur du sursis intégral quant à l'exécution de la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

Au vu de la gravité de l'infraction commise et de la situation financière de **P.2.)**, le tribunal le condamne en outre à une amende de 3.000 euros.

AU CIVIL :

A l'audience publique du 20 décembre 2006, Maître Cédric HIRTZBERGER, en remplacement de Maître Arsène KRONSHAGEN, avocats, les deux demeurant à Luxembourg, se constitua partie civile au nom et pour compte de **A.)**, contre les prévenus **P.1.)** et **P.2.)**, préqualifiés, défendeurs au civil. Il donna lecture des conclusions écrites qu'il déposa ensuite sur le bureau du tribunal et qui furent signées par Madame le vice-président et par le greffier.

A l'audience publique du **13 mars 2007**, Maître Cédric HIRTZBERGER, en remplacement de Maître Arsène KRONSHAGEN, avocats, les deux demeurant à Luxembourg, réitéra sa partie civile au nom et pour compte de **A.)**, contre les prévenus **P.1.)** et **P.2.)**, préqualifiés, défendeurs au civil.

Il y a lieu de donner acte au demandeur au civil de sa constitution de partie civile.

Le tribunal est compétent pour en connaître, eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'égard des prévenus **P.1.)** et **P.2.)**.

Le demandeur au civil réclame le montant de 9.919,71 euros (soit 400.160 LUF) + 27.268,29 euros (soit 1.100.000 LUF) = 37.188,00 euros (soit 1.500.160 LUF) du chef de son préjudice matériel subi.

*Le défendeur au civil **P.1.)** fait avancer que la partie civile de **A.)** serait irrecevable, alors que celui-ci n'aurait pas la qualité pour agir, les fonds détournés ayant appartenu à la société **SOC.1.)** S.A..*

Il faut et il suffit que celui qui agit, puisse se prétendre personnellement lésé par l'infraction, objet de l'action publique, c'est à dire qu'il justifie avoir pu être victime de l'infraction, circonstance qu'il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement en fait (cf. Cass belge 28 janvier 1963, Pas. belge 1963, I, 609; Cour lux 19 janvier 1981 P. 25. p, 60).

La partie civile n'aura qualité pour exercer l'action civile que si elle justifie d'un intérêt. Elle doit avoir subi un dommage (Cour 10 janvier 1985 P. 26. 247).

Pour que l'action soit recevable, il faut donc que celui qui l'exerce ait été lésé dans sa personne, dans sa réputation, dans ses biens.

Le préjudice peut être éventuel au moment de la constitution de partie civile devant le juge d'instruction (arg. art. 56: du Code d'instruction criminelle: "Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit...").

Devant la juridiction du fond par contre le dommage doit être certain dans son principe, personnel, actuel et constituer une suite directe de l'infraction pénale. Il doit être "né et actuel".

Les actionnaires d'une société commerciale ont de ce fait été déclarés irrecevables à agir dans le cadre des poursuites dirigées contre les administrateurs au motif que les malversations imputées à ces derniers ont nui à la société administrée, qui est un être moral distinct de ceux qui la composent (Crim fr. 24 avril 1971 JCP 1971 II 16890; Cour Paris 15 janvier 1964 GP 1964 I 293; Stefani, Levasseur, Bouloc, Procédure pénale, Précis Dalloz 14 éd. n° 174). Depuis les arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 novembre 1991 (JCP 1992; IV, p.577) et du 6 février 1996 (Bull. 1996 n° 60) un revirement a été opéré en ce sens que la qualité d'associé n'exclut pas *ipso facto* l'intérêt à agir.

En l'espèce, il faut constater que le demandeur au civil **A.)** est l'unique bénéficiaire économique de la société **SOC.1.)** S.A.. Le capital social a été versé par **A.)** et ce capital a été détourné par les deux défendeurs au civil.

Il s'ensuit que **A.)** a un intérêt pour agir et que sa constitution de partie civile est dès lors recevable.

Au vu des pièces versées en cause et des renseignements fournis à l'audience, la demande est fondée pour le montant de 37.188.- euros.

Il y a partant lieu de condamner **P.1.)** et **P.2.)** solidairement à payer à **A.)** le montant de 37.188.- euros, avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, le 20 décembre 2006, jusqu'à solde.

PAR CES MOTIFS :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **septième chambre**, siégeant en **matière correctionnelle**, statuant **contradictoirement**, les prévenus et défendeurs au civil **P.1.)** et **P.2.)** et leurs mandataires entendus en leurs explications et moyens de défense, le mandataire du demandeur au civil entendu en ses conclusions et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

AU PENAL :

c o n d a m n e le prévenu **P.1.)** du chef de l'infraction retenue à sa charge à une peine d'emprisonnement de **9 (NEUF) MOIS** ;

d i t qu'il sera **sursis** à l'exécution de **l'intégralité** de cette peine d'emprisonnement;

a v e r t i t le prévenu **P.1.)** qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la peine d'emprisonnement prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al. 2 du Code pénal ;

c o n d a m n e le prévenu **P.1.)** du chef de l'infraction retenue à sa charge à une amende de **3.000 (TROIS MILLE) EUROS** ;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 60 (SOIXANTE) jours ;

c o n d a m n e le prévenu **P.2.)** du chef de l'infraction retenue à sa charge à une peine d'emprisonnement de **15 (QUINZE) MOIS** ;

d i t qu'il sera **sursis** à l'exécution de **l'intégralité** de cette peine d'emprisonnement;

a v e r t i t le prévenu **P.2.)** qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la peine d'emprisonnement prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al. 2 du Code pénal ;

c o n d a m n e le prévenu **P.2.)** du chef de l'infraction retenue à sa charge à une amende de **3.000 (TROIS MILLE) EUROS** ;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 60 (SOIXANTE) jours ;

c o n d a m n e les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** solidairement aux frais pour l'infraction commise ensemble, ces frais liquidés à 27,95 euros pour chacun d'eux ;

AU CIVIL :

d o n n e a c t e au demandeur au civil **A.)** de sa constitution de partie civile;

se d é c l a r e c o m p é t e n t pour en connaître;

d é c l a r e la demande **recevable**;

d i t la demande **fondée** et **justifiée** pour le montant de **37.188 euros**;

c o n d a m n e **P.1.)** et **P.2.)** **solidairement** à payer à **A.)** la somme de **37.188 (TRENTE-SEPT MILLE CENT QUATRE-VINGT-HUIT) euros** avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, le 20 décembre 2006, jusqu'à solde;

c o n d a m n e **P.1.)** et **P.2.)** solidairement aux frais de cette demande civile dirigée contre eux.

Le tout en application des articles 28, 29, 30, 50 et 66 du code pénal; article 171-1 de la loi modifiée du 10.08.1915 ; article 6 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme ; articles 2, 3, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195, 626, 628 et 628-1 du code d'instruction criminelle dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Marlyse KAUFFMAN, vice-président, Simone PELLEES, premier juge, et Anne-Françoise GREMLING, premier juge, et prononcé, en présence de Gilles HERRMANN, premier substitut du Procureur d'Etat, en l'audience publique dudit tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, date qu'en tête, par Madame le vice-président, assistée du greffier assumé Carole NONNWEILER, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement ».

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 18 mai 2007 au pénal et au civil par le mandataire du prévenu et défendeur au civil **P.2.**), le 21 mai 2007 par le représentant du ministère public, appel limité au prévenu **P.2.**), le 25 mai 2007 au pénal et au civil par le mandataire du prévenu **P.1.**) et le 30 mai 2007 par le représentant du ministère public, appel général.

En vertu de ces appels et par citation du 8 février 2008, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 2 mai 2008 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience les prévenus et défendeurs au civil furent entendus en leurs explications et moyens de défense.

Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu et défendeur au civil **P.2.**).

Maître François REINARD, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu et défendeur au civil **P.1.**).

Maître Cédric HIRTZBERGER, en remplacement de Maître Arsène KRONSHAGEN, avocats à la Cour, conclut au nom du demandeur au civil.

Monsieur l'avocat général Jean ENGELS, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 10 juin 2008, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 18 mai 2007, **P.2.**) a fait relever appel, au pénal et au civil, d'un jugement contradictoirement rendu le 24 avril 2007 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Le procureur d'Etat a, par déclaration au même greffe en date du 21 mai 2007, interjeté appel contre le même jugement, en limitant son appel au prévenu **P.2.)**.

Par déclaration au greffe en date du 25 mai 2007, **P.1.)** a fait relever appel, au pénal et au civil, du prédit jugement. Par déclaration en date du 30 mai 2007, le procureur d'Etat a interjeté appel général contre le jugement précité du 24 avril 2007, étendant ainsi l'appel du ministère public également contre le prévenu **P.1.)**.

Ces appels sont recevables, pour avoir été relevés dans les formes et délai de la loi.

Au pénal

Les prévenus **P.2.)** et **P.1.)** estiment que c'est à tort que les premiers juges n'ont pas admis le moyen tiré de la prescription de l'action publique dirigée à leur encontre.

Ils font valoir, s'agissant du point de départ de la prescription, qu'il y aurait lieu d'appliquer le droit commun, tant le délit d'abus de biens sociaux que le délit d'abus de confiance libellés à leur encontre constituant des délits instantanés, de sorte que le délai de la prescription courrait à partir du jour où le délit a été commis.

Les premiers juges ont décidé que le délit d'abus de biens sociaux, comme le délit d'abus de confiance dont il est dérivé, est un délit astucieux, souvent clandestin et donc consciencieusement dissimulé. Le point de départ de la prescription est donc à fixer au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique. En l'espèce, le point de départ du délai de prescription a été fixé par les premiers juges au 19 janvier 1996, date à laquelle **A.)** a pris connaissance que le compte de la société **SOC.1.)** s.a., dont il était le bénéficiaire économique, a été spolié.

Le représentant du ministère public, tout en demandant à ce qu'il soit fait application des principes dégagés par la jurisprudence française, s'agissant du point de départ du délai de la prescription de l'action publique, estime que la date à retenir n'est pas le 19 janvier 1996, mais le 11 décembre 1995, où **A.)** aurait déjà chargé un avocat de la défense de ses intérêts.

Les principes dégagés par la jurisprudence française à propos du délit d'abus de biens sociaux, tout comme à propos du délit d'abus de confiance, s'agissant de la prescription de l'action publique – principes auxquels la jurisprudence luxembourgeoise s'est déjà ralliée (Cour d'appel, arrêt n° 253/07 X du 16 mai 2007) – ne permettent pas, en l'espèce, de repousser le point de départ du délai de prescription. Il faut clairement distinguer selon qu'il y a ou non dissimulation, le point de départ du délai de prescription n'étant repoussé que dans la première hypothèse (Jurisclasseur Lois pénales annexes, verbo Sociétés, fascicule 95, n° 99).

Il est constant en cause que sur le compte de la société **SOC.1.)** s.a. auprès de la **BQUE.1.)** à Luxembourg, **A.)** a versé le 7 avril 1995 le montant de 1.530.000

francs luxembourgeois. Le 18 avril 1995 et le 29 juin 1995 **P.1.)** a effectué sur ledit compte des retraits en espèces de l'ordre de respectivement 400.160 francs luxembourgeois et 1.100.000 francs luxembourgeois.

Les prélèvements ont donné lieu à l'établissement de quittances de retrait et apparaissent dans les relevés de compte bancaire sous l'intitulé « retrait de caisse » aux dates respectives ci-dessus indiquées.

Les opérations de retrait n'étaient nullement secrètes. Le fait que lors de l'ouverture du compte auprès de la **BQUE.1.)** les actuels prévenus (en tant qu'administrateurs de la société **SOC.1.)**) aient déclaré « expressément demander à la banque de leur remettre tout courrier en provenance de celle-ci et relatif à leurs avoirs inscrits en ses livres », n'est pas non plus de nature à faire admettre qu'il y a eu en l'espèce dissimulation.

Il résulte des documents bancaires saisis auprès de la **BQUE.1.)** que **A.)** y était identifié comme bénéficiaire économique effectif de la société **SOC.1.)** s.a.. **A.)** s'était encore vu délivrer par les administrateurs de la société **SOC.1.)** s.a. une procuration concernant le compte n° 11450, aux termes de laquelle il est autorisé « à entendre, à débattre, à faire arrêter et à clôturer les comptes auprès de la Banque » de même qu'il pouvait au nom et pour compte de la société « approuver les soldes créditeurs et débiteurs ». **A.)** pouvait donc à tout moment prendre inspection des relevés de compte, les opérations y renseignées n'ayant à son égard aucun caractère secret.

Ce n'est dès lors pas la date du 19 janvier 1996 qui pourra être retenue en l'espèce comme point de départ du délai de prescription, l'absence de caractère dissimulé des opérations de retrait reprochées aux prévenus et l'existence, au bénéfice de **A.)**, d'un accès aux relevés de compte et ce depuis l'ouverture du compte, rendant possible la constatation des opérations litigieuses dès qu'elles furent effectuées. Il se dégage par ailleurs du dossier saisi auprès de la **BQUE.1.)**, et notamment d'un « bloc-notes » émanant d'un employé de la banque et renseignant sur la visite de **A.)** à la banque le 19 janvier 1996, que l'objet de cette entrevue était d'envisager les relations futures de la banque et de **A.)**, ce dernier ayant décidé de mettre fin à la domiciliation de **SOC.1.)** auprès de la fiduciaire des deux prévenus (**SOC.2.)**), « car **SOC.2.)** se serait permis trop de libertés ». Ce « bloc-notes » est corroboré par les pièces produites, et notamment par la copie d'un courrier de l'avocat Me Laurent LAZARD daté du 11 décembre 1995. Il n'est donc pas possible d'affirmer que le 19 janvier 1996 aurait été la première date utile à laquelle **A.)** aurait pu constater les retraits opérés sur le compte de **SOC.1.)** s.a..

En l'espèce les opérations critiquées auraient pu être détectées dès qu'elles furent exécutées, et c'est partant à tort que les premiers juges ont retenu la date du 19 janvier 1996 comme point de départ de la prescription de l'action publique.

Il n'y a pas lieu, non plus, de retenir la date proposée par le représentant du ministère public, à savoir le 11 décembre 1995, date du courrier de Me LAZARD. Ledit courrier ne renseigne, en effet, aucunement à quelle date **A.)** a effectivement constaté les opérations actuellement critiquées. De toute façon la date où **A.)** a constaté les opérations litigieuses dont il a mis au courant Me LAZARD ne correspondrait pas nécessairement à la première date utile à laquelle **A.)** aurait été à même de constater lesdites opérations.

Le point de départ du délai de prescription n'est en conséquence en l'espèce pas à reporter.

A.) a, par courrier daté au 19 juin 1998 et déposé au cabinet d'instruction le même jour, porté plainte contre les actuels prévenus, en se constituant partie civile pour le montant, en principal, de 1.500.100 francs luxembourgeois.

Les prévenus font valoir que cette plainte avec constitution de partie civile n'aurait pas valablement mis en mouvement l'action publique. La mise en mouvement de l'action publique serait subordonnée à la consignation, par la partie civile, du montant fixé par le juge d'instruction en conformité de l'article 59 du Code d'instruction criminelle. En l'absence d'une telle consignation, l'action publique ne serait pas valablement déclenchée.

Aux termes de l'article 59 (2) du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction constate, par ordonnance, le dépôt de la plainte. En fonction des ressources de la partie civile, il fixe le montant de la consignation et le délai dans lequel celle-ci devra être faite sous peine de non-recevabilité de la plainte. Il peut également dispenser de consignation la partie civile dépourvue de ressources suffisantes.

Il ne résulte pas du dossier répressif que le juge d'instruction ait, par ordonnance, constaté le dépôt de la plainte et fixé le montant de la consignation à faire par la partie civile. L'omission du juge d'instruction de constater le dépôt de la plainte est sans effet sur la mise en mouvement de l'action publique et l'interruption de la prescription de l'action publique (Jurisclasseur, procédure pénale, Art. 85 à 91, fascicule 20, n° 82). Il doit en être de même en cas d'omission du juge d'instruction soit de fixer le montant de la consignation soit de dispenser expressément la partie civile de la consignation, dès lors qu'il ne dépend nullement de la partie civile que le juge d'instruction prenne avec retard une ordonnance sur la consignation, voire ne la prenne pas du tout.

Le dossier répressif renseigne encore que le juge d'instruction a, à la date du 24 juillet 1998, transmis la plainte avec constitution de partie civile au procureur d'Etat, conformément à l'article 57 du Code d'instruction criminelle. Le soit communiqué au procureur d'Etat fait en principe suite au dépôt, par la partie civile, de la consignation fixée par le juge d'instruction, ou, a fortiori, de la dispense de telle consignation (Serge Guinchard et Jacques Buisson, Procédure pénale, n° 994, page 547). Il y a lieu d'admettre que ce faisant le juge d'instruction a en l'espèce implicitement, mais nécessairement dispensé la partie civile de toute consignation. Il ne ferait en effet pas de sens de communiquer la plainte avec constitution de partie civile au procureur d'Etat pour que celui-ci prenne ses réquisitions, si de toute façon cette plainte se heurterait à une irrecevabilité pour absence de consignation.

Le dépôt, à la date du 19 juin 1998, de la plainte avec constitution de partie civile a donc valablement mis en mouvement l'action publique, et produit un effet interruptif de la prescription de l'action publique.

Les faits reprochés aux prévenus procèdent d'une même façon de procéder. A supposer qu'il y ait lieu de retenir les prévenus dans les liens de l'infraction libellée à leur encontre, les faits procéderaient d'une seule et unique intention délictueuse, de sorte que la prescription de l'action publique pour les deux faits

mis à charge des prévenus ne commence en l'espèce à courir qu'à partir du dernier des faits, soit le 29 juin 1995.

C'est dès lors à bon droit, bien que pour d'autres motifs, que le moyen tiré de la prescription de l'action publique n'a pas été retenu par les premiers juges.

Quant au fond, les prévenus contestent la prévention retenue à leur charge par les premiers juges. Le prévenu **P.1.)** indique que le montant de 400.160 francs luxembourgeois correspondait à des frais et honoraires revenant à la **SOC.2.)** en relation avec la constitution de **SOC.1.)** s.a. D'après le prévenu **P.2.)**, le montant de 1.100.000 francs luxembourgeois a été prélevé sur instructions formelles du comptable de **A.)**, le dénommé **D.)**. Il déclare qu'il a personnellement remis le 30.6.1995 le montant en question à **D.)**, auprès duquel il s'était rendu, ensemble avec un employé de la Fiduciaire, alors qu'à cette époque il s'était cassé le bras et ne pouvait pas rouler lui-même en voiture. **P.1.)** déclare également, qu'il part aujourd'hui de la prémisse que c'est **D.)** qui a reçu le montant en question.

Le représentant du ministère public conclut qu'un doute subsiste le cas échéant pour ce qui est du prélèvement effectué le 18 avril 1995. Il demande pour le surplus la confirmation de la décision rendue sur l'action publique.

Il est un fait que la société **SOC.1.)** a été constituée au vu d'un certificat de blocage émanant de la **BQUE.2.)** et daté du 5 avril 1995, aux termes duquel 1.250.000 francs étaient inscrits en compte au nom de **SOC.1.)** en vue de la constitution de cette société. **A.)** n'a jamais soutenu avoir versé sur le compte **BQUE.2.)** ledit montant, de sorte qu'il y a lieu d'admettre que cet argent avait été avancé par la **SOC.2.)**, c'est-à-dire par les deux prévenus (voir le rapport 4/1788/01 du 15.11.2001 du service de police judiciaire). Même si du compte **BQUE.2.)** en question a été opéré un virement sur 300.160 francs luxembourgeois au bénéfice de la **SOC.2.)**, avec la mention « mémoire d'honoraires n° 950071 » (annexes rapport précité du service de police judiciaire), le prévenu **P.1.)** a raison de faire remarquer qu'il ne fait aucun sens de se faire payer des honoraires sur des fonds qui de toute façon appartiennent à la **SOC.2.)**, et donc aux prévenus. L'argumentation des prévenus, que les 400.160 francs luxembourgeois prélevés du compte **SOC.1.)** auprès de la **BQUE.1.)**, correspondaient à des honoraires promérités par la **SOC.2.)** en relation avec la constitution de la société **SOC.1.)** n'est dès lors pas dénuée de pertinence et le dossier répressif ne permet pas de contredire à l'évidence les explications fournies par les prévenus. **P.1.)** et **P.2.)** sont dès lors à acquitter de la prévention, principalement d'infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, subsidiairement d'infraction à l'article 491 du Code pénal, pour ce qui est du prélèvement de 400.160 francs luxembourgeois effectué le 18 avril 1995 sur le compte **SOC.1.)** auprès de la **BQUE.1.)**.

La prévention d'infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée de 1915 précitée a par contre été retenue à bon droit à l'encontre des deux prévenus, s'agissant du prélèvement de 1.100.000 francs luxembourgeois effectué le 29 juin 1995. Les explications fournies par les prévenus à la barre de la Cour ne sont pas de nature à les disculper. Il ne résulte d'aucun élément du dossier répressif que le dénommé **D.)** ait, à quelque titre que ce soit, eu pouvoir de donner des instructions à l'effet de prélever le montant de 1.100.000 francs luxembourgeois du compte de **SOC.1.)**, ni de recevoir ledit montant. Les explications des

prévenus que **D.)** aurait eu droit à des honoraires ou à une commission en relation avec la constitution de **SOC.1.)** sont contredites par le dossier répressif, notamment par les déclarations de **D.)** lui-même, entendu sur commission rogatoire internationale, et par les pièces saisies auprès de **D.)**, entre autres une note confidentielle à l'adresse de **A.)** concernant les frais en relation avec une constitution d'une société à Luxembourg. Ces déclarations ne sont pas non plus éternuées par les pièces produites, notamment copie d'un courrier daté du 29 juin 1995 de la **SOC.2.)** à l'attention de **D.)** ou encore copie d'une quittance, établie sur papier à entête de la **SOC.2.)**, signée par **D.)**, comme quoi il aurait reçu le montant de 885.563 francs luxembourgeois « concernant décompte établi en date du 29 juin 1995 suivant lettre **SOC.2.)** » précitée. Ces pièces, outre le fait qu'elles ne reprennent pas le détail du « décompte (...) » rendu à **D.)**, suscitent la question pour quelle raison des fonds prélevés sur le compte **SOC.1.)** auraient servi à régler ledit décompte. Elles suscitent encore la question, pour quelle raison des factures de la **SOC.2.)**, sans relation aucune avec **SOC.1.)** (factures (...), facture (...) et solde facture (...)) auraient été compensées par la **SOC.2.)** avec le solde rendu à **D.)**, et en définitive acquittées avec des fonds prélevés sur le compte **SOC.1.)**. Finalement ces pièces sont contredites par la copie d'un autre courrier de la **SOC.2.)** adressé le 18 décembre 1995 à **D.)** dans lequel il est question, s'agissant du prélèvement de 1.100.000 francs luxembourgeois, d'un prêt accordé par le Conseil d'administration à une société luxembourgeoise.

La Cour fait dès lors siens les motifs des premiers juges, ayant retenu les prévenus dans les liens de l'infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée de 1915 concernant les sociétés commerciales, pour ce qui est du prélèvement, le 29 juin 1995, de 1.100.000 francs luxembourgeois.

Les peines prononcées restent légales et adéquates.

Au civil

Les défendeurs au civil concluent à l'irrecevabilité de la demande civile de **A.)**, alors que la victime de l'infraction retenue à charge des prévenus serait la société **SOC.1.)**.

Le demandeur au civil réitère sa constitution de partie civile. Il fait valoir qu'aucun détournement sur les montants générés par l'activité de **SOC.1.)** ne serait reproché aux prévenus, mais bien un détournement des fonds versés par **A.)** en tant que capital social de **SOC.1.)**.

La jurisprudence française à laquelle les premiers juges se sont référés, a connu un revirement, en ce sens que la dévalorisation du capital social, découlant du délit d'abus de pouvoirs commis par un dirigeant de société constitue non pas un dommage propre à chaque associé mais un préjudice subi par la société elle-même (Cassation française, chambre criminelle, 13 décembre 2000, Bulletin criminel 2000, n° 378 ; voir également Bull. crim. n° 373).

Il reste qu'en l'occurrence la société **SOC.1.)** était pour **A.)** un instrument d'investissement. C'est à ce titre qu'il a versé, le 7 avril 1995, sur le compte de la société auprès de la **BQUE.1.)** le montant de 1.530.000 francs luxembourgeois. A la date du 29 juin 1995, il n'existait presque plus rien de cet

investissement. Cette perte de valeur de l'investissement de **A.)** découle directement des agissements délictueux des prévenus, en l'espèce du prélèvement et de l'usage abusif de 1.100.000 francs luxembourgeois. Le fait que l'investissement de **A.)** ait été effectué dans le capital social d'une société n'exclut pas qu'il ait subi un préjudice personnel et direct du fait des agissements délictueux des prévenus. Il y a lieu d'ajouter que l'investissement de **A.)** s'est volatilisé avant même que la société ait pu exercer une quelconque activité destinée à faire fructifier l'investissement initial.

Dans ces conditions, les premiers juges ont à bon droit déclaré la demande civile recevable. Compte tenu de la décision à intervenir au pénal, cette demande n'est fondée que jusqu'à concurrence de 27.268, 29 euros.

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, les demandeur et défendeurs au civil en leurs conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire;

déclare les appels recevables;

dit partiellement fondés les appels relevés par **P.1.)** et **P.2.);**

au pénal:

réformant:

dit que les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** sont convaincus:

*« comme coauteurs, pour avoir exécuté ensemble l'infraction, en leur qualité d'administrateurs de la société anonyme **SOC.1.)** S.A.,*

*en date du 29 juin 1995, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment au siège de la société anonyme **SOC.1.)** S.A. à L-(...), et à la **BQUE.1.)**, (...), avec siège social à (...),*

en infraction aux dispositions de l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales,

en leur qualité de dirigeants de droit de société, d'avoir, de mauvaise foi, fait des biens de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement,

*en l'espèce, étant dirigeants de la société anonyme **SOC.1.)** S.A., d'avoir fait de mauvaise foi du montant de 1.100.000 LUF prélevé à la **BQUE.1.)** le 29 juin 1995 un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de la société **SOC.1.)** S.A. pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement, et notamment la **SOC.2.)** s. à r.l. »;*

confirme pour le surplus la décision rendue sur l'action publique;

condamne les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** solidairement, pour l'infraction commise ensemble, aux frais de leur poursuite pénale en instance d'appel, ces frais liquidés à 22,50 €;

au civil:

réformant:

dit la demande civile fondée et justifiée à concurrence de vingt-sept mille deux cent soixante-huit euros, vingt-neuf cents (27.268,29 €);

partant **condamne P.1.)** et **P.2.)** solidairement à payer à **A.)** la somme de vingt-sept mille deux cent soixante-huit euros, vingt-neuf cents (27.268,29 €), avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, le 20 décembre 2006, jusqu'à solde;

confirme pour le surplus la décision rendue sur l'action civile;

condamne P.1.) et **P.2.)** solidairement aux frais de la demande civile en instance d'appel.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges et par application des articles 199, 202, 203, 209 et 211 du Code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Nico EDON, premier conseiller, président, et Mesdames Françoise MANGEOT et Lotty PRUSSEN, conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Cornelia SCHMIT.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, par Monsieur Nico EDON, premier conseiller, en présence de Pierre SCHMIT, procureur général d'Etat adjoint, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.