

N° 10 / 2010 pénal.
du 25.2.2010
Not. 25574/06/CD
Numéro 2735 du registre.

La **Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg**, formée conformément à la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, a rendu en son audience publique du jeudi, **vingt-cinq février deux mille dix**,

dans la poursuite pénale dirigée contre :

B.,

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Yves PRUSSEN, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

en présence du MINISTERE PUBLIC

l'arrêt qui suit :

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la conseillère Léa MOUSEL et sur les conclusions de l'avocat général John PETRY ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 17 juin 2009 sous le no 320/09 X. par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 13 juillet 2009 au greffe de la Cour supérieure de justice par Maître Léon GLODEN, en remplacement de Maître Yves PRUSSEN, pour et au nom de B. ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 22 juillet 2009 au greffe de la Cour ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, avait condamné B. à une amende pour infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ; que sur appel de la prévenue et du ministère public, la Cour d'appel confirma le jugement entrepris ;

Sur le moyen unique de cassation :

tiré « de a) la violation, sinon la fausse application de l'article 163 alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales punissant d'une amende de 500 à 25.000 € les gérants et administrateurs, qui n'ont pas fait publier les comptes en infraction aux prescriptions respectives des articles 75, 132, 197 et 341 de la loi sur les sociétés commerciales et l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ; b) de la violation de l'article 71-2 du Code pénal ; c) de la violation du principe général du droit de la personnalité des peines ; d) de la violation de l'article 6 § 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; en ce que l'arrêt attaqué a justifié la condamnation en jugeant que le texte, qui précise que les comptes doivent être publiés endéans le délai d'un mois à partir de l'approbation des comptes et dans les sept mois à partir de la fin de l'année sociale sur laquelle portent les comptes, serait clair et ne prêterait pas à interprétation, et par les motifs « le raisonnement consistant à dire que, puisque seuls des comptes annuels préalablement approuvés peuvent être publiés, n'encourt pas de sanction celui dont les comptes n'ont pas été approuvés, est erroné, dans la mesure où l'administrateur a précisément le devoir de faire approuver les comptes. Il n'a pas seulement l'obligation de faire tout son possible, ce qui en l'espèce reste à être établi, mais doit fournir un résultat. » et que « L'infraction à l'article 163-3 de la loi sur les sociétés commerciales pour défaut de publication des comptes annuels constitue un délit purement matériel qui est donné lorsqu'à l'expiration des délais légaux prévus pour l'approbation des comptes et pour la publication subséquente, la publication n'est pas intervenue. Ce serait vider l'article 163 de sa raison d'être si l'administrateur, pour échapper à des poursuites pénales, n'aurait qu'à affirmer que les assemblées générales n'avaient pas réuni le quorum nécessaire pour procéder à l'approbation des comptes ou que les actionnaires présents auraient refusé d'approuver les comptes. » Alors que cependant (A) première branche (i) l'article 163 alinéa 2 de la loi sur les sociétés commerciales est nécessairement à interpréter dans le même sens que les articles 75, 132, 197 et 341 de la loi sur les sociétés commerciales, lesquels ne se réfèrent pas à la nécessité de la publication dans les 7 mois ou plus tard, mais prescrivent que les comptes doivent être déposés dans le mois de leur approbation, (ii) il n'existe aucune disposition dans la loi sur les sociétés commerciales, qui prescrit que les administrateurs doivent faire de leur mieux pour que les actionnaires assistent aux assemblées générales ou doivent même forcer les actionnaires à y assister et à voter pour l'adoption des comptes pour permettre aux administrateurs de les déposer en temps utile ; (iii) il n'a pas été dans l'intention du législateur lors de

l'introduction de l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 sur le registre de commerce et des sociétés de créer une telle obligation nouvelle (et d'ailleurs impossible à remplir) à charge des administrateurs et gérants ; et (iv) les administrateurs n'ont pas seulement aucune obligation de forcer les actionnaires d'assister à une assemblée générale, mais qu'en plus, ils ne sont nullement en mesure d'influencer de quelque manière que ce soit le comportement des actionnaires ; et ce faisant, l'arrêt attaqué, en jugeant ainsi, a donné une interprétation fautive de l'article 163 alinéa 2 de la loi sur les sociétés commerciales ; (B) deuxième branche (i) l'article 71-2 du Code pénal dispose que n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ; (ii) cet article est interprété dans le sens que la contrainte comprend la notion du fait d'un tiers, (iii) en l'occurrence l'absence de réaction des actionnaires aux demandes formulées par les administrateurs de les mettre en mesure de tenir les assemblées générales et d'approuver les comptes pour pouvoir les déposer est un fait d'un tiers constitutif d'une telle cause de justification ; l'arrêt attaqué, en rejetant cette cause de justification, a dès lors violé l'article 71-2 du Code pénal ; (C) troisième branche (i) le droit luxembourgeois connaît le principe général de la personnalité des peines consacré par une jurisprudence constante, selon laquelle seule la personne physique, qui a commis l'infraction par ses agissements, peut être déclarée pénalement responsable de l'infraction, (ii) dès lors, comme il a été décrit par l'actuel membre luxembourgeois de la Cour Européenne des Droits de l'Homme : « il n'y a pas de place en droit pénal pour une quelconque responsabilité pour autrui », en décidant que les administrateurs ont une obligation de résultat pour amener un tiers à poser un acte, en l'occurrence, l'approbation des comptes, qui est nécessaire pour que l'administrateur puisse remplir l'obligation de déposer les comptes au registre de commerce et des sociétés, l'arrêt attaqué crée une responsabilité pénale pour l'inaction d'un tiers et méconnaît dès lors le principe général de la personnalité des peines. (D) quatrième branche (i) l'article 6 § 2 de la Convention des Droits de l'Homme prévoit que « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie » ; (ii) dans ses arrêts dans les affaires Salabiaku du 7 octobre 1988 et Anghel du 4 octobre 2007, la Cour Européenne des Droits de l'Homme, si elle a estimé que théoriquement l'existence d'infraction purement matérielle est possible, a jugé que l'article 6 § 2 de la Convention des Droits de l'Homme commande aux Etats d'insérer ces infractions « dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense », (iii) tel n'est manifestement pas le cas si la culpabilité des administrateurs pour absence de dépôt de comptes approuvés par les actionnaires est présumée dans les cas où les actionnaires ne se sont pas manifestés pour approuver les comptes, mettant ainsi les administrateurs dans l'impossibilité d'observer la disposition légale, qui prescrit le dépôt de ces comptes dans le mois de leur approbation et dans les sept mois de la fin de l'année sociale ; (iv) en retenant que la responsabilité pénale d'un administrateur peut résulter du comportement des actionnaires, qui le mettent dans l'impossibilité de remplir l'obligation de déposer les comptes, l'arrêt a admis que la loi a pu sortir de la limite raisonnable et l'arrêt aurait alors fait application d'une disposition légale qui est contraire à l'article 6 § 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, que ce faisant, et peu importe que l'arrêt ait mal interprété et donc mal appliqué la loi ou qu'il l'ait appliqué et que la loi serait donc à interpréter en le sens retenu par l'arrêt et serait donc contraire à cette

norme que constitue la Convention, l'arrêt a violé l'article 6 § 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ».

Vu l'article 163.2° (anciennement 3°) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ensemble l'article 6 paragraphe 2 de la Convention européenne de la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 71-2 du Code pénal ;

Attendu que l'existence d'une infraction requiert, outre un élément matériel, un élément moral, même lorsque celui-ci n'est pas expressément énoncé dans l'incrimination ;

que dans le silence de l'article 163 précité l'élément moral consiste en la transgression matérielle de la disposition légale commise librement et consciemment ;

que cela implique que le prévenu est admis à se justifier par toute cause exclusive de faute, sans qu'il soit pour autant, en vertu du principe de la présomption d'innocence, tenu de rapporter la preuve complète de la cause de justification, mais qu'il suffit qu'il la rende crédible ;

Mais attendu que les juges d'appel, en décidant que « dans la mesure où l'administrateur a précisément le devoir de faire approuver les comptes ... il doit fournir un résultat » et que « l'infraction à l'article 163-3 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales pour le défaut de publication des comptes annuels constitue un délit purement matériel qui est donné lorsqu'à l'expiration des délais légaux prévus pour l'approbation des comptes et pour la publication subséquente, la publication n'est pas intervenue », sans examiner si l'allégation « que les assemblées générales n'avaient pas réuni le quorum nécessaire pour procéder à l'approbation des comptes ou que les actionnaires présents auraient refusé d'approuver les comptes » pouvait valoir cause de justification, ont violé les textes normatifs visés au moyen ;

que le moyen est fondé et que l'arrêt encourt cassation ;

**Par ces motifs,
et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du moyen :**

casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 juin 2009 sous le no 320/09 par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis et remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

laisse les frais à charge de l'Etat ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt sera transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt sera consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **vingt-cinq février deux mille dix**, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, composée de :

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Marie-Jeanne HAVÉ, conseillère à la Cour de cassation,
Astrid MAAS, conseillère à la Cour d'appel,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour d'appel,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour,

qui ont signé le présent arrêt.