

N° 7 / 2010 pénal.
du 11.2.2010
Not. 2072/2007 XD
Numéro 2711 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, **onze février deux mille dix**,

dans la poursuite pénale dirigée contre :

X.), né le (...) à (...) (F), demeurant à L-(...), (...),

demandeur en cassation,

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

en présence du MINISTERE PUBLIC et des parties civiles :

1) Maître Claude SPEICHER, demeurant à L-9225 Diekirch, 9 rue de l'Eau, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC1.)** Luxembourg,

défendeur en cassation,

2) Charles ENSCH, demeurant à L-9273 Diekirch, 10 an der Schleed, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC1.)** Luxembourg,

défendeur en cassation,

3) Maître Claude SPEICHER, demeurant à L-9225 Diekirch, 9 rue de l'Eau, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société anonyme **SOC2.)** ,

défendeur en cassation.

l'arrêt qui suit :

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la conseillère Léa MOUSEL et sur les conclusions du premier avocat général Martine SOLOVIEFF ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 18 mars 2009 sous le no 132/09 X. par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 16 avril 2009 par Maître Fränk ROLLINGER, pour et au nom de **X.)** , tant au pénal qu'au civil ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 15 mai 2009 par **X.)** à Maître Claude SPEICHER pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC1.)** Luxembourg et en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société anonyme **SOC2.)** ainsi qu'à Monsieur Charles ENSCH pris en sa qualité de curateur de la société anonyme **SOC1.)** Luxembourg et déposé le 18 mai 2009 au greffe de la Cour supérieure de justice;

Vu le mémoire additionnel déposé à l'audience du 12 novembre 2009 par Maître Fränk ROLLINGER ;

Quant à la demande en rejet des conclusions du Ministère Public :

Attendu que le demandeur en cassation conclut au rejet des conclusions du Ministère Public pour avoir été déposées tardivement au regard de l'article 44 de la loi sur les pourvois et la procédure en cassation, invoquant également le principe de l'égalité des armes déduit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui exigerait que le Ministère Public, partie en cause, soit pour le dépôt de ses conclusions, astreint au même délai que la partie demanderesse ;

Mais attendu que le Ministère Public est auprès de la Cour de cassation un organe d'avis ; que n'étant pas partie défenderesse en cassation, le délai de l'article 44 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ne lui est pas applicable et le dépôt de conclusions plus d'un mois après celles de la partie demanderesse en cassation ne constitue pas une violation du principe de l'égalité des armes déduit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle et sur opposition, avait condamné **X.)** du chef d'abus de biens sociaux, de faux en écritures de commerce, du chef d'infractions à la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciales,

d'abus de confiance, à une peine d'emprisonnement assortie du sursis probatoire ainsi qu'à une amende ; qu'il avait également condamné X.) à payer des dommages-intérêts aux curateurs de la société anonyme SOC1.) Luxembourg en faillite, constitués parties civiles ; que sur appel du prévenu ainsi que du Ministère Public, la Cour d'appel, par réformation, réduisit la peine d'emprisonnement en l'assortissant partiellement du sursis probatoire ainsi que le montant des indemnités prononcées au profit des curateurs de la faillite SOC1.) Luxembourg S.A. et confirma pour le surplus ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 89 de la Constitution et de l'article 195 du Code d'instruction criminelle,

en ce que l'arrêt attaqué a déclaré que :

La Cour d'appel, tout comme les premiers juges, n'a pas répondu à tous les moyens présentés et soutenus par X.) .

Que X.) a invoqué dans ses conclusions in limine litis à la page 4 et suivantes une violation de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, et ce pour des violations s'étant produites au moment de l'arrestation de X.) en date du 30 mai 2001 par la police.

Que le tribunal correctionnel a répondu à ce moyen, en analysant que le moyen serait non fondé,

Que la Cour d'appel a discuté le même moyen, en analysant qu'il serait irrecevable,

Que X.) avait encore soulevé le non-respect du délai raisonnable pour la procédure,

Que la Cour d'appel, précisant que les premiers juges avaient omis de statuer sur le moyen, réparait ladite omission et statuait, par évocation sur ledit moyen,

Que X.) a également invoqué devant les premiers juges dans les plaidoiries au fond, à la page 10 et suivantes, une autre violation de l'article 6 § 3 aux motifs qu'il n'a jamais eu l'occasion de la possibilité de se défendre correctement ou à égalité d'armes, alors que de nombreux faits pour lesquels il a été renvoyé n'ont jamais fait le débat d'une discussion contradictoire au niveau de l'instruction,

Que X.) a repris ce moyen au niveau de ses plaidoiries devant la Cour d'appel, page 2 et suivantes de ses conclusions.

Qu'en l'espèce, le moyen tiré par X.) de cette violation de l'article 6 § 3 n'a à aucun moment été analysé ni discuté, ni devant les premiers juges ni devant

la Cour d'appel alors que cette exigence découle du principe du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention ;

Qu'ainsi <<l'article 6§1 implique notamment à la charge du tribunal, l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à prendre>> » ;

Mais attendu que les juges d'appel, tant par motifs adoptés que par motifs propres ont répondu aux moyens du prévenu tirés d'une violation de l'article 6 paragraphe 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

que le moyen manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Sur les deuxième, troisième et cinquième moyens de cassation :

le deuxième, tiré « *de la violation de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, faite à Vienne le 24 avril 1963 et entrée en vigueur le 19 mars 1967, intitulée <<Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi>>*,

en ce que l'arrêt a déclaré que :

la demande en annulation de X.) basée sur la violation de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires serait à déclarer irrecevable au motif que la défense doit soulever d'éventuels moyens de nullité tirés du non-respect des droits de la défense au cours même de l'instruction. Si aucune demande n'est présentée dans ce délai et devant la juridiction prévue à l'article 126 du Code d'instruction criminelle, ou si cette demande a été déclarée non fondée par cette juridiction, le demandeur est forclo à invoquer cette nullité devant les juges du fond (cf. e. a. Cour 13 juillet 2004, n° 270/04 V),

alors que le non-respect des droits de la défense constitue une exception d'ordre public, susceptible d'être soulevée en tout état de cause et même pour la première fois en instance d'appel

et alors que le juge national, en respectant la norme supérieure que constitue la Convention de Vienne sur les relations consulaires, faite à Vienne le 24 avril 1963 et entrée en vigueur le 19 mars 1967, ne peut appliquer l'article 126 et doit admettre que l'annulation d'un acte d'instruction violant une norme internationale supérieure peut toujours utilement être présentée pour la première fois devant une juridiction du fond » ;

le troisième, tiré « *de la violation des articles 5 § 2 et 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.*

En ce que l'arrêt attaqué a déclaré que :

La demande de X.) à invoquer l'irrégularité de la procédure d'instruction est irrecevable devant la juridiction de fond.

Tel qu'il a été dit ci-dessus et contrairement aux considérants des premiers juges, la procédure de l'article 126 du Code d'instruction criminelle s'applique à toutes les nullités affectant l'instruction préparatoire, non seulement aux nullités formelles prévues par un texte de loi, mais également à celles découlant de la violation éventuelle des droits de l'homme, ainsi qu'aux nullités virtuelles et substantielles. (cf. également Cass, 18 janvier 1996, Pas. 30, p. 49 ; voir aussi Cass. 20 janvier 1994, n° 04/94 pénal).

Que lors des interrogatoires du 30 mai 2001 et de la première comparution devant le juge d'instruction le 31 mai 2001, X.) n'a jamais été ni inculqué, ni interrogé, ni, a fortiori, mis en situation de pouvoir répondre au niveau de l'instruction à la très grande majorité des faits pour lesquels il a finalement comparu devant la chambre correctionnelle du tribunal de Diekirch.

Que cette manière de procéder des autorités luxembourgeoises est contraire aux articles 5 § 2 ainsi que 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Que le non-respect des droits de la défense constitue une exception d'ordre public, susceptible d'être soulevée en tout état de cause et même pour la première fois en instance d'appel.

Que la Convention européenne des droits de l'homme est d'ailleurs d'application directe dans l'ordre interne luxembourgeois » ;

le cinquième, tiré « de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce que le droit à un procès équitable n'a pas été assuré dans le cas d'espèce.

En ce que l'arrêt attaqué a déclaré que :

Monsieur X.) serait forclos à invoquer l'irrégularité de la procédure d'instruction.

Tel qu'il a été dit ci-dessus et contrairement aux considérants des premiers juges, la procédure de l'article 126 du Code d'instruction criminelle s'applique à toutes les nullités affectant l'instruction préparatoire, non seulement aux nullités formelles prévues par un texte de loi, mais également à celles découlant de la violation éventuelle des droits de l'homme, ainsi qu'aux nullités virtuelles et substantielles. (cf. également Cass, 18 janvier 1996, Pas. 30, p. 49 ; voir aussi Cass. 20 janvier 1994, n° 04/94 pénal).

Alors qu' :

il faut relever de prime abord qu'en 2001 le délai de forclusion prévu à

l'article 126 du Code d'instruction criminelle était de 3 jours à partir de la connaissance de l'acte et non de 5 jours, comme la Cour d'appel l'a erronément indiqué.

Que lors des interrogatoires du 30 mai 2001 et de la première comparution devant le juge d'instruction le 31 mai 2001, X.) n'a jamais été ni inculpé, ni interrogé, ni, a fortiori, mis en situation de pouvoir répondre au niveau de l'instruction à la très grande majorité des faits pour lesquels il a finalement comparu devant la chambre correctionnelle du tribunal de Diekirch.

Que notamment, durant toute la procédure, il n'a été interrogé que sur 5 des 30 faits reprochés.

Que tous les autres faits sont apparus pour la première fois au niveau du réquisitoire du Parquet par lequel celui-ci a en date du 22 novembre 2004 demandé à la chambre du conseil de renvoyer X.) devant la chambre correctionnelle.

Que ces autres faits sont donc apparus qu'après la clôture de l'instruction, pratiquement 3 ans et demi après l'ouverture de l'instruction.

Qu'après 3 ans et demi il est extrêmement difficile de retrouver des éléments de preuve, d'autant plus lorsqu'un témoin décède entretemps.

Que de ce fait, X.) a été privé de nombreux moyens et possibilités au niveau de sa défense, alors que de nombreuses garanties, protégées par l'article 6 § 3, ont de la sorte été rendues inefficaces.

Que la protection de l'article 6 § 1 de la Convention des droits de l'homme quant à la garantie de bénéficier d'un procès équitable n'a pas été assurée dans le cas d'espèce » ;

Mais attendu que l'article 126 (3) du Code d'instruction criminelle s'applique à toutes les nullités affectant l'instruction préparatoire englobant également les nullités prévues par une norme internationale et se situant dans le contexte du susdit article ;

que les juges du fond en déclarant irrecevables les demandes de nullité tirées des textes de loi visés aux moyens, ont dès lors correctement appliqué la loi ;

d'où il suit que les deuxième, troisième et cinquième moyens ne sont pas fondés ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 89 de la Constitution et de l'article 195 du Code d'instruction criminelle en ce que la Cour d'appel n'a pas motivé son jugement, sinon ne l'a pas motivé de façon suffisamment précise.

En ce que l'arrêt attaqué a déclaré que :

le moyen de Monsieur X.) quant au défaut de motivation, respectivement à l'insuffisance de motivation du jugement du 5 juin 2008 du Tribunal correctionnel de et à Diekirch serait à rejeter comme non-fondée,

alors que :

pour aucune des infractions finalement retenues ni le jugement du Tribunal correctionnel, ni l'arrêt de la Cour d'appel, n'aient précisé en quelle qualité (auteur, co-auteur, complice) les prévenus ont agi.

Qu'il y a eu acquittement de certaines infractions et que pour d'autres une condamnation a été retenue.

Que ni le tribunal de première instance, ni la Cour d'appel ne précisent pour quel motif un tel fait a été jugé contraire à l'intérêt social de la société et pour quel motif un autre ne l'a pas été.

Que la nécessité de motiver les décisions de justice est d'une importance primordiale.

Que dans le cas contraire il paraît difficile de pouvoir parler d'un procès équitable.

Que la Cour européenne des droits de l'homme a clairement indiqué que l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme oblige les tribunaux à motiver leurs décisions.

Qu'il est légitime que toute décision de justice fasse l'objet d'une motivation qui la fonde en droit.

Que la conséquence du non-respect de l'obligation de rendre un arrêt contentant une motivation suffisante ne peut être que la nullité de la décision entachée de l'erreur en question, alors que pareille omission rend le procès inéquitable » ;

Mais attendu que les articles 89 de la Constitution et 195 du Code d'instruction criminelle, dans le contexte de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales visent l'absence totale de motifs ;

que l'arrêt est motivé sur les points concernés ;

que le moyen ne vise pas le défaut de base légale ;

qu'il ne saurait être accueilli ;

Sur le sixième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 6§3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que tout accusé a droit notamment à :

a. être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui

b. disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense

en ce que l'arrêt attaqué a déclaré que :

Monsieur X.) serait forclos à invoquer les lacunes de la citation.

Alors que :

l'imprécision des infractions libellées par le Ministère public sub. A1, A2, A3, A4, A5, A8, A9, A14, A15, A20, A24, A25, D, ne permettait pas à l'inculpé d'être renseigné à suffisance sur les faits lui reprochés et par conséquent ne l'avait pas mis en mesure de préparer efficacement sa défense.

Qu'une application juste et correcte de l'article 6§3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme commande que la citation comprenne toutes les indications nécessaires, afin de permettre à l'accusé de préparer au mieux sa défense : faits poursuivis et texte applicable sont des éléments essentiels et indispensables à la préparation de la défense.

Que l'exceptio obscuri libelli du droit de tout prévenu à être informé dans le plus bref délai dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui.

Que son application est d'ordre public et que les droits de la défense en matière pénale ont une valeur supranationale.

Que la Cour européenne des droits de l'homme n'exige pas que la citation du Ministère public reproduise dans tous les détails les faits qui en font l'objet, mais elle exige que le prévenu ne puisse se méprendre sur l'objet de la poursuite et soit en mesure de préparer efficacement sa défense.

Que le juge doit apprécier en fait si les mentions permettent au prévenu de connaître l'objet des poursuites et d'assurer sa défense.

Que Monsieur X.) n'a été interrogé que sur 5 des 30 faits qui lui ont été reprochés.

Que tous les autres faits sont apparus pour la première fois au niveau du réquisitoire du Parquet par lequel celui-ci a en date du 22 novembre 2004 demandé à la chambre du conseil de renvoyer X.) devant la chambre

correctionnelle.

Que ces autres faits sont donc apparus qu'après la clôture de l'instruction, pratiquement 3 ans et demi après l'ouverture de l'instruction.

Qu'après 3 ans et demi il peut s'avérer difficile de retracer les faits poursuivis par le Ministère public.

Que de ce fait, X.) a été privé de nombreux moyens et possibilités au niveau de sa défense, alors que de nombreuses garanties protégées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ont de la sorte été rendues ineffectives » ;

Mais attendu que c'est la décision de renvoi qui saisit le tribunal correctionnel ; que la citation a pour but d'aviser le prévenu du jour de l'audience ;

que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur les septième, huitième et neuvième moyens de cassation :

le septième, tiré « *de la violation de l'article 89 de la Constitution pour contrariété de motifs, valant absence sinon insuffisance de motifs, respectivement de faux motifs,*

En ce que l'arrêt attaqué a déclaré que :

Le sieur X.) est coupable d'avoir procédé à la distribution d'un acompte sur dividende sans avoir au préalable établi un état comptable

Au motif que :

*<< Il est reproché aux deux prévenus d'avoir opéré en date du 23 avril 1999 un versement d'un acompte sur dividendes de l'exercice 1998 d'un montant de 3 millions LUF au profit de la société **SO2.)** et au détriment de la société **SO1.)** .*

Cette prévention comprend deux griefs tirés des articles 72-2 et 167 de la loi du 10 août 1915 prévoyant une sanction pénale à l'égard des administrateurs qui opèrent une répartition des dividendes aurait été effectuée dans qu'il ne soit établi un état comptable faisant apparaître que des fonds disponibles pour la distribution étaient suffisants. D'autre part, il aurait été procédé à la distribution moins de six mois après la clôture de l'exercice précédent, qui a eu lieu le 31 décembre 1998, et avant l'approbation des comptes annuels se rapportant à cet exercice.

Quant au premier grief, il résulte du rapport de solvabilité initial que trois acomptes de dividendes pour l'exercice 1998 ont été versés aux actionnaires, à savoir :

*1^{er} acompte : Total 6 millions 4.3 – 10.03.1999
2^e acompte : Total 4.669.385 – 13.07.1999
3^e acompte : Total 6 millions 23.4 – 11.05.1999
TOTAL : 16.669.385.- LUF*

*Or, tel qu'il est relevé à la page 6 de l'annexe du bilan de l'exercice 1998, les actionnaires s'engageaient à ne plus payer de dividendes jusqu'à ce que le capital social de la société **SOCl.**) soit porté à 100 millions LUF.*

Ce n'est qu'en date du 21 mai 1999 que par acte du notaire (...) il est décidé d'augmenter le capital de 28 millions LUF pour le porter à 100 millions LUF et ce par incorporation des bénéfices de 1998.

*Il est exact que la défense a versé dans ses pièces un compte résultat **SOCl.)** au 31 mars 1999 faisant état à cette date d'un résultat positif de 248.000 euros, et ce pour justifier le versement d'un dividende.*

Or, le dividende étant versé sur l'exercice 1998, c'est donc la disponibilité des fonds au 31 décembre 1998 qui est à apprécier sur base d'un état comptable.

Par conséquent, le premier grief de l'infraction est à confirmer sur base de l'article 72-2 1) a) de la loi sur les sociétés commerciales.

Quant au second grief, il faut remarquer que l'article 72-2 de la loi sur les sociétés commerciales a fait l'objet d'une modification législative en date du 23 mars 2007, en ce sens que l'article 72-2-1 c) 2^{ème} alinéa a été abrogé.

La condition suivant laquelle aucune distribution de dividende ne peut être décidée moins de 6 mois après la clôture de l'exercice précédent ni avant l'approbation des comptes annuels se rapportant à cet exercice a été abrogée. Par conséquent, on ne peut retenir le non-respect de cette condition en tant qu'élément d'une infraction pénale, en raison du principe de la rétroactivité de l'application de la loi pénale de fond plus douce à ces faits commis avant son entrée en vigueur.

Il suit que ces développements que le jugement est à confirmer pour le seul premier grief, de sorte que le second alinéa du libellé de l'infraction retenue sub E) doit se lire comme suit :

*''En l'espèce avoir procédé, le 23 avril 1999, à un versement d'acomptes sur dividendes à l'actionnaire majoritaire **SOC2.)** d'un montant de 3.000.000 LUF, sans qu'il ne soit établi un état comptable faisant apparaître que des fonds disponibles pour la distribution sont suffisants. >>''*

alors qu'il a établi une telle situation comptable sous la forme d'un compte de résultat au 31 mars 1999 avant de procéder au versement du montant de trois millions de francs au titre d'un acompte sur dividende,

Que les juges du fond ont estimé que << le dividende étant versé sur l'exercice 1998, c'est donc la disponibilité des fonds au 31 décembre 1998 qui est à apprécier sur base d'un état comptable >> ,

Qu'à suivre ce raisonnement c'est donc à la date de la clôture de l'exercice précédent que l'état doit être établi et ce sans tenir compte d'une éventuelle évolution de la trésorerie de la société,

Qu'une telle interprétation de l'article 72-2 a) de la loi sur les sociétés est contraire à l'état d'esprit de cette disposition,

Que le but d'une telle disposition est de déterminer si les finances actuelles de la société permettent la distribution d'un acompte sur dividende,

Que certes l'établissement d'un bilan clôturant l'exercice précédent permet de déterminer le montant d'un dividende définitif à distribuer,

Que par contre la distribution d'un acompte sur dividende a pour but d'intervenir avant l'établissement d'un bilan définitif, et sur base de la situation de trésorerie,

Que l'article 72-2 a) mentionne la condition de l'établissement d'un état comptable, mais n'utilise pas le terme de bilan clôturé,

Que le but d'une telle disposition n'est pas d'établir l'existence d'un résultat positif de l'exercice précédent, mais de la disponibilité de fonds peu de temps avant leur distribution, motif pour lequel l'article 72-2 c) exige que la décision de distribution intervienne au plus tard deux mois après la date arrêtée par l'état comptable,

Qu'en imposant la clôture d'un bilan en lieu et place d'un état comptable et financier, les juges du fond ont erronément interprété l'article 72-2 a) de la loi sur les sociétés » ;

le huitième, tiré « de la violation de l'article 89 de la Constitution pour contrariété de motifs, valant absence sinon insuffisance de motifs, respectivement de faux motifs,

En ce que l'arrêt attaqué a déclaré que :

Le sieur X.) est coupable d'abus de biens sociaux pour avoir bénéficié in fine d'un virement de 3 millions de luf pourtant qualifié par le tribunal d'acompte sur dividende,

Alors que :

En retenant que la distribution d'un acompte sur dividende aurait dû être précédée d'un état comptable et financier, les juges du fond ont reconnu à l'acte la qualité d'acompte sur dividende,

Qu'en qualifiant le virement de 3 millions de luf intervenu en date du 23 avril 1999 d'acompte sur dividende, les premiers juges reconnaissent que l'usage de cet argent entre dans un cadre réglementé prévu par le droit des sociétés,

Que le versement d'un dividende est un acte normal de gestion d'une société,

Qu'une fois le virement d'un dividende effectué, il n'y a pas lieu de déterminer ce que l'actionnaire fait de cet argent, pour qualifier l'acte d'abus de biens sociaux,

Qu'en basant leur raisonnement uniquement sur l'usage fait par l'actionnaire d'un dividende, les juges du fond ont erronément qualifié le virement d'abus de biens sociaux,

Qu'en qualifiant le virement de dividende, les juges du fond s'interdisaient de vérifier l'usage fait de cet argent, car ce n'est pas l'intérêt de l'actionnaire que les juges doivent toiser, mais celui de la société distributrice,

*Que tout au plus la Cour d'appel aurait dû toiser l'opportunité du versement du dividende au regard de l'intérêt de la société **SOCI.** , mais que tel n'a pas été la méthode suivie par elle » ;*

le neuvième, tiré « de la violation de l'article 89 de la Constitution pour contrariété de motifs, valant absence sinon insuffisance de motifs, respectivement de faux motifs,

en ce que l'arrêt attaqué a déclaré que :

*Le sieur **X.)** est coupable d'abus de biens sociaux sans avoir vérifié la qualification comptable donnée aux opérations intervenues.*

Alors que :

*Il n'est pas établi que la participation au financement d'une acquisition immobilière par l'intermédiaire d'une société immobilière serait nécessairement contraire à l'intérêt de la société **SOC2.)** ,*

Qu'il convenait avant tout autre progrès de vérifier la qualification comptable donnée à une telle opération avant de la qualifier de contraire à l'intérêt de la société,

Qu'ainsi les juges du fond auraient dû vérifier si le virement correspondait à un prêt ou une prise de participation avant de déterminer s'ils étaient en présence d'un abus de biens sociaux,

Qu'en d'autres termes, il faut déterminer l'existence d'un préjudice dans le chef de la société avant de qualifier les faits d'abus de biens sociaux,

Qu'en effet une prise de participation, ou un prêt, ne préjudicient pas nécessairement la société, il convient dans de tels cas de figure de déterminer si les conditions d'une telle opération ne lèsent pas les intérêts de la société,

Que l'absence d'inscription comptable peut éventuellement permettre d'établir l'existence d'un abus de biens sociaux de par la tentative de dissimulation de l'opération, mais tel n'est pas le cas en l'espèce,

Qu'en l'espèce les juges du fond n'ont ni vérifié la qualification comptable donnée à l'opération litigieuse, ni relevé l'absence d'inscription comptable,

Qu'ils ont partant erronément interprété les dispositions de l'article 171-I de la loi sur les sociétés commerciales du 10 août 1915 » ;

Mais attendu que l'article 89 de la Constitution sanctionne le vice de forme qui peut être l'absence totale de motifs ou la contradiction de motifs valant absence de motifs ;

que l'arrêt est motivé sur les points concernés ;

que les moyens ne précisent pas en quoi consisterait la contrariété de motifs ;

que le demandeur en cassation, sous le couvert du grief de faux motifs critique l'appréciation souveraine des juges du fond des éléments de fait et de preuve, caractérisant les infractions retenues, appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

que l'insuffisance de motifs de fait qui constitue le grief du défaut de base légale n'est pas visée par les moyens invoqués ;

que les moyens ne sauraient être accueillis ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux frais de l'instance en cassation, les frais exposés par le Ministère Public étant liquidés à 16,50 euros.

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **onze 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,

Françoise MANGEOT, première conseillère à la Cour d'appel,
Marianne PUTZ, conseillère à la Cour d'appel,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour,

qui ont signé le présent arrêt.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par
Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Madame Marie-Jeanne
KAPPWEILER, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.