

Arrêt N°456/12 X
du 17 octobre 2012
not 14517/09/CD

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du dix-sept octobre deux mille douze 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 :

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

prévenu, **appelant**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 1^{er} février 2011 sous le numéro 361/2011, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

Vu la citation à prévenu du 2 novembre 2010 régulièrement notifiée à **X.**)

Vu l'ordonnance de renvoi numéro 955/10 de la Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 5 mai 2010, renvoyant **X.**), devant une chambre correctionnelle de ce Tribunal.

Vu le rapport du curateur de la faillite du 25 juin 2009.

Vu l'instruction menée en cause.

Au pénal

Le Ministère Public reproche à **X.**), de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse en sa qualité d'administrateur-délégué de la société **SOCL.)** S.A. en faillite depuis le 15 janvier 2008, établie et ayant eu son siège social à (...), (...), immatriculée au RCS sous le numéro B (...), pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif, notamment le véhicule Renault Kangoo, immatriculé (...).

Il lui est encore reproché, en sa qualité de dirigeant de fait respectivement d'administrateur-délégué de la société **SOCL.)** S.A., depuis 2005 au siège de la société **SOCL.)** S.A., de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, principalement ne pas avoir tenu pour la société **SOCL.)** S.A. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de commerce (actuellement article 11 du Code de commerce) et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de Commerce (actuellement article 15 du Code de commerce), et subsidiairement d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, de les avoir tenu de manières à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive.

Il lui est encore reproché de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, en l'absence d'inventaire en bonne et due forme, ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social.

Il lui est en outre reproché, depuis le 1^{er} août 2007 au Registre de Commerce et des Sociétés à Luxembourg, en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, ne pas avoir publié dans le délai légal l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes de l'année 2006.

Le Ministère Public reproche encore à **X.**), depuis un temps non prescrit au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour en infraction aux articles 440 et 574 4° du Code de commerce, ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

Finalement il est reproché à **X.**), depuis le 24 octobre 2008, date de l'envoi d'une convocation par Maître Michel FOEHR, curateur de la société en faillite **SOCL.)** S.A., en l'étude de Maître Michel FOEHR, sise 18, rue des Glacis à Luxembourg, de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 576 du Code de commerce, ne pas avoir fourni les renseignements qui lui ont été demandés par le curateur.

Il résulte des éléments du dossier que la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.A. a été constituée le 18 novembre 1996 et **X.)** a été nommé alors administrateur-délégué de la société.

Par jugement du 15 juillet 2008 la société anonyme **SOCL.)** a été déclarée en état de faillite sur assignation du Receveur/Préposé du bureau principal de Recette des Contributions d'Esch/Alzette.

Les infractions de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple supposent l'une et l'autre que l'auteur des faits incriminés est commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il est en état de cessation de paiements, c'est-à-dire de faillite ; ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels par les juridictions répressives (GARRAUD, Traité du Droit pénal français, t.6, n°2667).

Le juge répressif, pour la déclaration de la banqueroute, et le juge commercial, pour la déclaration de faillite, doivent apprécier les mêmes faits, selon les mêmes critères, à savoir : la qualité de commerçant, l'état de cessation des paiements et l'ébranlement du crédit. Ils le font indépendamment l'un de l'autre et sans être liés par la décision de l'autre.

a) la qualité de commerçant

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

Le Tribunal tient toutefois à préciser que les dirigeants de personnes morales peuvent en raison de leur activité, être condamnés du chef de banqueroute, bien qu'ils ne soient pas eux-mêmes commerçant (cf. G. SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, sub art 489-490, n°10 et références citées). Il appartient au juge répressif de rechercher la personne physique, organe ou préposé, sur laquelle pèse la responsabilité pénale d'une infraction commise par une société commerciale (Cass. belge, 1 octobre 1974, Pas. 1974, I, p. 34).

Il résulte des pièces versées au dossier que lors de la constitution de la société le 18 novembre 1996, X.) a été nommé administrateur-délégué de la société anonyme **SOCL.)** S.A.

Il est partant établi que X.) était commerçant au sens des dispositions précitées.

b) l'état de faillite

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple étant indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490) il convient tout d'abord de constater si la société anonyme **SOCL.)** S.A. se trouve effectivement en état de faillite.

Le juge répressif trouve en effet son pouvoir de constater la faillite dans les poursuites dont il est saisi et sans qu'il soit tenu par un jugement du tribunal de commerce, ce qui enlèverait toute liberté pour rechercher et apprécier l'état légal de la faillite, c'est-à-dire l'élément constitutif de la banqueroute sur l'existence de laquelle il est appelé à statuer. Aussi ne peut-il pas, sur les déclarations du prévenu relatives aux conditions d'incrimination, se borner à invoquer le caractère définitif d'une décision déclarative même si le prévenu était réellement en faillite (Bruxelles 18 janvier 1956, J.T. 1956, p. 513 et suiv. et Cass. belge, 18 avril 1956, id.).

La date du jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par ce tribunal de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. 1975, I, p.796).

La cessation de paiement est définie comme étant l'impossibilité ou le refus du débiteur de remplir ses engagements (R.P.D.B. verbo « Faillite et Banqueroute », n°71).

Pour qu'il y ait cessation de paiement constitutif de faillite, il n'est pas requis que la défaillance du débiteur soit générale, il suffit qu'il ne parvienne pas à se maintenir à flot (Cour d'appel Bruxelles, 23 janvier 1981, pas. 1981, II, p.36). L'ébranlement du crédit constitutif de la faillite doit être considéré comme constant, lorsque le débiteur a recouru à des moyens frauduleux pour en retarder la révélation (Bruxelles, 23 janvier 1981, Pas. 1981, I, p.36).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause ainsi que du rapport du curateur de la faillite, il faut constater que la société anonyme **SOCL.)** S.A. est effectivement en état de faillite.

Ainsi, en faisant assigner en faillite la société anonyme **SOCL.)** S.A., le Receveur/Préposé du bureau principal de Recette des Contributions directes d'Esch/Alzette n'accordait plus aucun délai de paiement à la société, aucun bien saisissable n'ayant pu être trouvé par l'huissier de justice chargé de l'exécution de la contrainte qui a dû rédiger un acte de carence, de sorte qu'il y a eu ébranlement du crédit commercial.

Il résulte encore du rapport d'activité du curateur et de ses déclarations à l'audience que la société **SOCL.)** S.A. dispose d'un actif de 290 euros, tandis que le passif de la société se chiffre à 255.654,96 euros.

c) la date de la cessation des paiements

L'époque de la cessation des paiements doit être déterminée. En effet, la date retenue par le jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par cette juridiction de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. I, p. 796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 601/87, doc. Crédoc), mais il n'est pas interdit au juge répressif d'adopter cette date, s'il l'estime exacte, sans toutefois se contenter de s'y référer (G. Schuind, op. cit., p. 438-N).

Dans le jugement de faillite du 15 juillet 2008, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 15 janvier 2008.

Il est établi en cause au vu des développements qui précèdent et des déclarations du curateur que le crédit de la société **SOCL.) S.A.** est ébranlé depuis l'année 2000 date de la cessation des activités de la société. A partir de ce moment la société n'a plus été en mesure de faire face à ses dettes, les créanciers étant dans l'impossibilité de procéder au recouvrement forcé faute d'actif de la société **SOCL.) S.A.**

I) quant à l'infraction de banqueroute frauduleuse par détournement ou dissimulation d'une partie de l'actif

Le Ministère Public reproche au prévenu d'avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif de la société **SOCL.) S.A.**

En ce qui concerne l'infraction de banqueroute frauduleuse, il y a lieu de noter qu'aux termes de l'article 577 du Code de commerce, sera déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui a détourné ou dissimulé une partie de son actif.

Tout acte de disposition volontaire accompli sur le patrimoine du débiteur après la cessation des paiements, en fraude des droits des créanciers, constitue le délit de banqueroute par détournement d'actif (Cass fr. 11 mai 1995, JCP 1995, IV, no 2053).

Deux éléments constitutifs composent la banqueroute frauduleuse, à savoir :

- un élément matériel – un acte de détournement ou de dissimulation d'une partie de l'actif
- un élément moral – une intention dolosive caractérisée.

Il s'agit du détournement d'une partie de l'actif sans substitution d'une contre-valeur, tandis que dans le cadre de l'abus de confiance, l'auteur intervient la possession d'une chose qui lui a été confiée à titre précaire (cass. Belge, 28 avril 1981, Pas belge 1981, I, 1984).

En principe les détournements commis avant l'époque de la cessation de paiement seront qualifiés d'abus de biens sociaux et ceux réalisés après la cessation des paiements, de banqueroute, sauf si les détournements en cause ont conduit à la cessation des paiements. Si les faits peuvent recevoir la qualification d'abus de biens sociaux et de banqueroute, c'est la qualification de banqueroute qui devra être retenue en vertu du principe de la spécialité.

Quant à l'élément moral de l'infraction de banqueroute frauduleuse, le dol spécial, il s'agit de l'intention frauduleuse. Celle-ci consiste dans le fait de soustraire volontairement une partie de l'actif de la société au gage des créanciers.

Il y a lieu de relever que le détournement et la dissimulation font, en fait, présumer l'intention frauduleuse (J. SPREUTELS, La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse, n° 32, p. 439 K). De même, l'intention frauduleuse peut être déduite légalement de la circonstance que le désordre dans la comptabilité et dans les comptes annuels d'un commerce était si considérable qu'il ne peut avoir été causé que volontairement pour donner lieu à des faits constituant la prévention de banqueroute frauduleuse (Cass., 28.4.1981, I, p. 984).

En matière de banqueroute frauduleuse, il incombe ainsi au prévenu, s'il nie le détournement de prouver qu'il a affecté ces fonds à la réalisation de l'objet social de la société (Cass. bel. 13 mars 1973, Pas 1973, I, 661).

Il résulte des éléments du dossier que le véhicule de la marque Renault Kangoo portant la plaque d'immatriculation (...) acheté en 2001 est immatriculé au nom de la société **SOCL.) S.A.**

X.) explique que ce véhicule se trouve, suite à des problèmes mécaniques, dans un garage en France à Vigy.

Le responsable du garage Eurorépar a confirmé aux enquêteurs que le véhicule Renault Kangoo immatriculé (...) (L) se trouve dans son garage depuis le mois de novembre / décembre 2008.

Il y a partant lieu de conclure que ce véhicule a été détourné après la cessation des paiements par le prévenu, qui s'est ainsi rendu coupable de banqueroute frauduleuse.

X.) est partant convaincu :

I) comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction,

depuis le 15 juillet 2008, jour de la faillite au siège de la société SOCL.) S.A.

en infraction à l'article 577 du Code de commerce, puni des peines comminées par l'article 489, alinéa 3 et 4 du Code pénal, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse en tant que commerçant failli, pour avoir détourné et dissimulé une partie de son actif,

en l'espèce, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse en sa qualité d'administrateur-délégué de la société SOCI.) S.A. en faillite, depuis le 15 juillet 2008, jour de la faillite, pour avoir détourné et dissimulé une partie de son actif, notamment le véhicule Renault KANGOO, immatriculé (...).

II.A.1.a) Quant à la non tenue des livres de commerce prescrits par le Code de commerce

Il résulte de la déposition du curateur à l'audience qu'il n'a récupéré aucune comptabilité de la société SOCI.) S.A.

Le prévenu reconnaît ces faits et explique que son comptable ne lui aurait pas restitué l'entièreté des documents comptables.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 al. 6 du Code de commerce, la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans la tenue de ses livres suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple (R.P.D.B. op. cit. n° 2620 et Cour d'appel 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), de sorte que l'infraction est caractérisée.

Au vu des développements qui précèdent ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultatif prévu par l'article 574 al.6 du Code de commerce.

Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé et établi, doit être sanctionné en tenant compte, par exemple, de la gravité de la faute commise, du préjudice causé ou de la position du failli (cf G. SCHUIND, op.cit.p. 438 S n° 13 et références citées). La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges, appartient aux juridictions de jugement (cf. R.P.D.P.op.cit n°2591 et 2592).

X.) est partant convaincu :

comme auteur ayant lui-même commis l'infraction,

A. depuis 2005, au siège de la société SOCI.) S.A., établie et ayant eu son siège social à (...), (...),

1. de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

a) en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société SOCI.) S.A. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de Commerce (actuellement article 11 du Code de commerce suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés) et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de commerce (actuellement article 1 du Code de commerce, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés).

II.A.1.b) Quant à l'infraction de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social

Le Ministère Public reproche au prévenu de ne pas avoir, en l'absence d'inventaire en bonne et due forme, justifié de l'emploi de l'actif de la société SOCI.) S.A.

L'article 573 du Code de Commerce prévoit que sera déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui ne justifie pas de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement.

Il résulte du rapport du curateur qu'aucun document comptable ne lui a été remis.

Il faut en conclure qu'en l'absence d'inventaire en bonne et due forme, X.) n'a pas justifié de l'emploi de l'actif de la société, de sorte qu'il est également à retenir dans les liens de cette infraction.

X.) est convaincu :

comme auteur ayant lui-même commis l'infraction,

A. depuis 2005, au siège de la société SOCL.) S.A., établie et ayant eu son siège social à (...), (...),

1. de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

b) en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social.

II.A.2) Quant à l'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915

Le Ministère Public reproche à X.) de ne pas avoir publié dans le délai légal l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes de l'année 2006.

Il résulte de l'instruction menée en cause qu'aucun bilan, inventaire, ou compte de profits et pertes depuis l'année 2000 n'a été publié dans le délai légal, de sorte qu'il y a également lieu de retenir cette infraction à l'encontre du prévenu.

X.) est convaincu :

comme auteur ayant lui-même commis l'infraction,

A. 2. depuis le 1^{er} août 2007 au Registre de commerce et des sociétés à Luxembourg,

en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales de ne pas avoir publié dans le délai légal l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes de l'année 2006.

II.B) Quant à l'omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai légal

Il incombe à tout commerçant, respectivement à tout administrateur de société, de faire dans le mois de la survenance de la cessation des paiements l'aveu de la cessation des paiements.

L'omission de l'aveu de cessation des paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibérée ou le résultat d'une simple négligence (en ce sens Cour 12 juillet 1994, n° 270/94).

La loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif. Sa responsabilité pénale pourra ainsi être recherchée, peu importe si l'absence d'aveu a ou non accru le dommage.

X.) explique ne pas avoir fait l'aveu alors que d'une part il ignorait cette obligation prévue par le Code de commerce et que d'autre part il espérait « revenir à une situation saine ».

Il est établi que X.) a volontairement négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu pour échapper aux dettes contractées antérieurement, augmentant ainsi quotidiennement les créances et notamment celle du créancier public.

Il y a partant lieu de retenir que le prévenu a violé l'article 440 du Code de commerce auquel renvoie l'article 574 4° du Code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal.

X.) est partant convaincu :

comme auteur ayant lui-même commis l'infraction,

B) depuis un temps non-prescrit, au greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 440 du Code de commerce et à l'article 574 4° du Code de commerce de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

II.C) Quant au défaut de fournir au curateur des renseignements demandés

Aux termes de l'article 576 du Code de commerce, « *pourront être condamnés aux peines de la banqueroute simple, les gérants des sociétés anonymes qui n'auront pas fourni les renseignements qui leur auront été demandés, soit par le juge commissaire, soit par les curateurs, ou qui auront donné des renseignements inexacts.*

Il en sera de même de ceux qui, sans empêchement légitime, ne se seront pas rendus à la convocation du juge-commissaire ou du curateur. »

Il résulte du rapport du curateur et de sa déposition à l'audience que **X.)** n'a pas donné suite aux courriers lui envoyés. A l'audience du 11 janvier 2011 **X.)** a reconnu ces faits et a expliqué n'avoir pas pris au sérieux ces courriers.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir X.) dans les liens de cette prévention.

L'infraction retenue constitue un cas de banqueroute simple facultative prévu par l'article 574 du Code de commerce.

Au vu de la gravité de la faute commise par **X.)**, qui n'a pas donné de suite à la demande du curateur de lui fournir les renseignements et documents nécessaires à l'administration de la faillite de la société, le Tribunal estime que ce fait de banqueroute simple facultative encourt la sanction prévue par la loi.

X.) est partant convaincu :

comme auteur ayant lui-même commis l'infraction,

C) depuis le 24 octobre 2008, date de l'envoi d'une convocation par Maître Michel FOEHR, curateur de la société en faillite SOCI.) S.A.,

en l'étude de Maître Michel FOEHR, sise 18, rue des Glacis à L-2013 Luxembourg,

en infraction à l'article 576 du Code de commerce puni des peines à l'article 489 du Code pénal, ne pas avoir fourni les renseignements qui lui ont été demandés par le curateur.

Les infractions retenues à l'encontre du prévenu se trouvent en concours réel entre elles de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 60 du Code pénal.

En tenant compte de la gravité des infractions retenues le tribunal condamne **X.)** à une peine d'emprisonnement de ***douze mois.***

Aux termes de l'article 579 du Code de Commerce, « dans les cas prévus par les articles 575, 577 et 578, la Cour ou le tribunal saisi statueront, lors même qu'il y aurait acquittement : 1° d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits ; 2° sur les dommages-intérêts qui seraient demandés et que le jugement ou l'arrêt arbitrera. (...) ».

Lorsqu'une partie de l'actif a été détournée soit par une autre personne, il est de toute justice que le coupable, en même temps qu'il sera frappé des peines criminelles ou correctionnelles, soit condamné à rapporter à la masse les objets détournés. (Léon HUMBLET, Traité des faillites, des banqueroutes et des sursis de paiement, numéro 888,p.500).

L'article 579 donne pouvoir au tribunal qui a connu du crime ou du délit d'ordonner cette restitution, il l'autorise même à statuer d'office sur ce point.

Il appert de l'infraction retenue sub I) que **X.)** a détourné de l'actif de la société **SOCI.) S.A.** le véhicule de la marque Renault Kangoo immatriculé (...) (L), de sorte qu'il y a lieu de réintégrer ce véhicule à la masse de la faillite **SOCI.) S.A.**

Il y a lieu encore d'ordonner conformément aux dispositions de l'article 583 du Code de commerce que le jugement soit affiché en la salle d'audience du tribunal de commerce à Luxembourg où il restera exposé pendant la durée de trois mois et sera inséré par extrait dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout aux frais du condamné.

Au civil

A l'audience publique du 11 janvier 2011, Maître Michel FOEHR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, curateur de la faillite **SOC1.) S.A.**, s'est constitué partie civile au nom et pour compte de la société **SOC1.) S.A.**, préqualifiée, contre le prévenu **X.**), préqualifié, défendeur au civil.

Cette partie civile déposée sur le bureau du tribunal correctionnel de Luxembourg est conçue comme suit:

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

Le tribunal est compétent pour connaître de cette demande, eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'égard du prévenu X.).

La demande civile est recevable pour avoir été faite dans les forme et délai de la loi.

Maître Michel FOEHR, en sa qualité de curateur de la société **SOC1.) S.A.**, réclame à titre de réparation du préjudice matériel le montant de 1.200 euros correspondant à la valeur du véhicule détourné par X.).

Au vu de la réintégration de ce véhicule détourné à la masse de la faillite **SOC1.) S.A.**, la demande est à déclarer non fondée.

Par ces motifs :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **seizième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement, X.)** entendu en ses explications et moyens de défense, tant au pénal qu'au civil, le demandeur au civil entendu en ses explications et le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

Au pénal :

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **douze (12) mois** ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 16,97 euros;

o r d o n n e la réintégration du véhicule de la marque Renault Kangoo immatriculé (...) (L), à la masse de la faillite **SOC1.) S.A.** ;

o r d o n n e que le présent jugement sera affiché en la salle d'audience du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, où il restera exposé pendant trois mois et sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement et ce aux frais de X.) ;

Au civil :

d o n n e acte au demandeur au civil de sa constitution de partie civile;

d é c l a r e la demande recevable;

se d é c l a r e compétent pour connaître de la demande en réparation du dommage matériel subi par la société **SOC1.) S.A.** déclarée en état de faillite;

la **d é c l a r e non fondée;**

l a i s s e les frais de cette demande civile à charge du demandeur au civil.

Par application des articles 14, 60, 66, 489 et du Code pénal; 3, 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'instruction criminelle; 440, 573 4°, 574 6°, 576, 577, 579 et 583 du Code de commerce et de l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Marie-Laure MEYER, vice-présidente, Henri BECKER et Joëlle GEHLEN, premiers juges, et prononcé par la vice-présidente en audience publique au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en présence de Patrick KONSBRUCK, substitut du procureur d'Etat et de Maïté LOOS, greffière, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.

De ce jugement appel au pénal fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 9 mars 2011 par le prévenu X.).

Appel fut déposé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 11 mars 2012 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 28 mars 2011, le prévenu X.) fut requis de comparaître à l'audience publique du 27 mai 2011 devant la Cour d'appel de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

En date du 17 juin 2011 la cinquième chambre de la Cour d'appel prononça la rupture du délibéré à la demande de X.) et refixa l'affaire devant la dixième chambre de la Cour d'appel à l'audience du 9 novembre 2011.

Par nouvelle citation du 15 septembre 2011, le prévenu X.) fut requis de comparaître à l'audience publique du 9 novembre 2011 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience le prévenu X.) ne comparut pas et la Cour prit l'affaire en délibéré et fixa le prononcé au 30 novembre 2011.

A l'audience du 30 novembre 2011 la dixième chambre de la Cour d'appel décida de prononcer la rupture du délibéré. Ensuite l'affaire fut remise sine die.

Par nouvelles citations des 21 mars et 31 mai 2012, le prévenu X.) fut requis de comparaître à l'audience publique du 20 juin 2012 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience l'affaire fut remise contradictoirement à l'audience du 26 septembre 2012.

A l'audience du 26 septembre 2012 le prévenu X.) fut entendu en ses déclarations personnelles.

Maître Jean-Thomas KROELL, avocat au barreau de Nancy, demeurant à Nancy, développa plus amplement les moyens d'appel et de défense du prévenu X.).

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 17 octobre 2012, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 9 mars 2011 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, X.) a relevé appel au pénal d'un jugement correctionnel du 1^{er}

février 2011 dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration déposée au même greffe le 11 mars 2011 le procureur d'Etat, à son tour, a fait relever appel contre ce jugement.

Les appels relevés dans les forme et délai de la loi sont recevables.

Le mandataire de **X.)** conclut à l'acquittement quant à l'infraction de banqueroute frauduleuse au vu notamment de l'état défectueux de la voiture de marque Renault Kangoo qui se trouve immobilisée depuis 2008 dans un garage à Vigy et vu que **X.)** n'a pas pu rendre la voiture au curateur en raison du dessaisissement de la gestion de ses biens depuis le prononcé de la faillite. Il insiste sur le fait que son mandant n'aurait pas été interrogé en France quant à l'infraction de banqueroute simple consistant dans le fait de ne pas avoir fourni les renseignements demandés au curateur et demande l'acquittement également quant à cette infraction. Il relève par ailleurs que **X.)** ne se serait pas enrichi dans le cadre de ses activités au sein de la société en faillite et que la société luxembourgeoise aurait connu des difficultés suite à un contrôle fiscal français. Il conclut par ailleurs à la prescription de certains faits de banqueroute. Pour le cas où une peine serait néanmoins infligée à **X.)**, il demande le prononcé d'une amende non excessive.

X.) a encore précisé à l'audience de la Cour que la société en faillite n'a plus eu d'activités et d'actifs depuis fin de l'année 2000.

Le représentant du ministère public estime que le prévenu est en aveu d'avoir eu connaissance de la faillite depuis 2009 et aurait dû révéler l'existence de la voiture au curateur, de sorte qu'il y a eu détournement d'actif et partant banqueroute frauduleuse. Il requiert par ailleurs la confirmation du jugement quant aux autres infractions retenues à charge du prévenu, à l'exception de l'infraction à l'article 573, 4° du code de commerce qui ne serait pas établie en fait et en droit en l'absence d'un inventaire dressé pour l'exercice précédant la faillite. Quant à la peine à appliquer, il expose qu'en raison de ses antécédents judiciaires en France, le prévenu ne pourrait plus bénéficier de la faveur du sursis simple. Il y aurait lieu le cas échéant d'ordonner la prestation de travaux d'intérêt général. Il requiert par ailleurs la confirmation du jugement en ce qu'il a ordonné l'affichage et la publication du jugement et la réintégration du véhicule détourné à la masse de la faillite.

Il résulte des débats à l'audience de la Cour, ensemble les éléments du dossier répressif y discutés, que les premiers juges ont correctement relaté le déroulement des faits de la cause.

La Cour entend toutefois préciser la date de la cessation des paiements pour la fixer au 31 décembre 2000 au vu des explications données à l'audience par le prévenu, celui-ci ayant déclaré que la société **SOC1.)** n'avait plus d'activité et plus de crédit et n'était plus à même de payer ses dettes à partir de la fin de l'année 2000.

Quant à la prescription des infractions invoquées, la Cour relève que les infractions de banqueroute simple visées aux articles 574, 6° et 573, 4° du code de commerce, à savoir le défaut de tenir les livres de commerce et l'inventaire exigés par la loi et l'omission de justifier de l'emploi du capital social,

sont des infractions continues incriminant un état de fait qui se prolonge par le comportement persistant du prévenu et dont le délai de prescription ne commence à courir que du jour où cesse la situation délictueuse. La tenue régulière des livres de commerce, de même que l'obligation de justifier du capital social, s'imposent à tout dirigeant social aussi longtemps qu'il n'est pas dessaisi de ses pouvoirs, le délit se poursuit et se renouvelle jusqu'à ce dessaisissement, à partir duquel la prescription commence à courir (Cass. belge 20 avr. 1994, Pasicrisie 1994 I, p. 386). C'est le jugement déclaratif de faillite qui provoque le dessaisissement de gestion et sa date constitue le point de départ de la prescription (Cour d'appel de Mons, 26 sept. 1996, Répertoire pratique des sociétés commerciales 1987, p.29). La faillite de la société **SOC1.** ayant été prononcée par jugement du 15 juillet 2008, les infractions aux articles 574, 6° et 573, 4° du code de commerce ne sont pas prescrites, étant précisé que le délai de prescription est celui applicable avant la loi du 6 octobre 2009, à savoir celui de trois ans pour les délits, et que le Parquet a manifesté son intention d'engager des poursuites dès le 26 juin 2009 en ayant demandé au Procureur de la République de Nancy de procéder à l'audition du prévenu.

Concernant l'infraction à l'article 576 du code de commerce, à savoir le défaut de fournir les renseignements demandés au curateur, le délai de prescription court à partir du jour où le fait même constitutif de la banqueroute a été commis, du jour donc où le failli aurait dû fournir les renseignements. Il ressort du rapport d'activité du curateur ensemble la copie d'une lettre recommandée du 24 octobre 2008 adressée au prévenu, réceptionnée par celui-ci, qu'une première demande de renseignement a été adressée à **X.** par le curateur fin octobre 2008. Le délai de prescription a partant commencé à courir à partir du 24 octobre 2008 et l'infraction n'est pas prescrite.

Il en est de même du crime de banqueroute frauduleuse constitué par le détournement et la dissimulation d'actif ; le prévenu ayant été dessaisi de l'administration des biens de la société dès le prononcé de la faillite, 15 juillet 2008, et ayant déposé la voiture litigieuse dans un garage en France sans informer le curateur de l'existence de la voiture, le fait constitutif de la banqueroute frauduleuse s'est réalisé le 15 juillet 2008, date à laquelle le délai de prescription décennal a commencé à courir. L'infraction à l'article 577 du code de commerce n'est dès lors pas prescrite.

En ce qui concerne l'infraction à l'article 574, 4° du code de commerce, à savoir la banqueroute simple pour avoir omis de faire l'aveu de la faillite dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements prescrit par l'article 440 de ce code, cette infraction est une infraction instantanée et elle est consommée lorsque l'aveu n'a pas été fait dans ledit délai (Cass. belge 12 déc. 1989, Pasicrisie 1990, I, no 235, p. 455); le délai de prescription prend dès lors cours à l'expiration du délai d'un mois. En l'espèce, la société s'est trouvée en état de cessation des paiements le 31 décembre 2000; il incombait à l'administrateur d'en faire l'aveu jusqu'au 31 janvier 2001, de sorte que l'infraction était établie dès le 1^{er} février 2001 et s'est trouvée prescrite le 1^{er} février 2004.

L'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales vise en l'occurrence le défaut de publication des documents comptables relatifs à l'exercice 2006 qui auraient dû être déposés au registre de commerce et des sociétés et publiés au plus tard le 31 juillet 2007, de sorte que l'infraction est consommée dès le 1^{er} août 2007 ; le délai de prescription a

couru à partir de cette date et l'infraction ne se trouve pas prescrite au vu des poursuites pénales engagées par le parquet dès le 26 juin 2009.

Le prévenu a à bon droit, et par une motivation à laquelle la Cour se rallie, été déclaré convaincu des infractions aux articles 576 et 574, 6° du code de commerce et 163 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales, pour ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés, pour ne pas avoir tenu les livres de commerce et pour ne pas avoir procédé à la publication de l'inventaire, du bilan et du compte de profits et pertes de l'année 2006. La Cour constate, que contrairement aux soutènements du prévenu, celui-ci a été entendu par la police nationale française dans le cadre d'une commission rogatoire internationale sur l'ensemble des faits incriminés.

La juridiction de première instance a également fait une juste appréciation des circonstances de la cause en ce qui concerne l'infraction de banqueroute frauduleuse retenue à charge du prévenu, infraction qui est restée établie en instance d'appel sur base des éléments du dossier. En effet, en sa qualité d'administrateur délégué de la société en faillite, **X.)** a été averti par le curateur par lettre recommandée du 26 octobre 2008 de l'état de faillite et il a reconnu lui-même lors de son audition devant la police française en date du 20 novembre 2009 avoir eu connaissance de la faillite dès le début de l'année 2009 ; or au mois de novembre 2009 il n'avait pas encore révélé au curateur l'existence de la voiture Renault Kangoo immatriculé sous le numéro (...) (L) au nom de la société **SOC1.)** et indiqué le lieu de dépôt de la voiture.

En revanche le prévenu est, par réformation du jugement dont appel, à acquitter de l'infraction à l'article 573, 4° du code de commerce, à savoir ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif du dernier inventaire, infraction retenue à sa charge sous II.A.1.b). Le comportement visé par la prévention précitée exige en effet qu'il y ait effectivement un inventaire (Schuind, traité pratique de droit criminel, 3 édition, tome I, no 38, page 439 ; Répertoire pratique de droit belge, verbo faillite et banqueroute, no 2581 ; Pandectes belges, verbo banqueroute, no 268). Or en l'espèce il découle des éléments du dossier qu'il n'existe aucun document comptable, partant pas d'inventaire tel qu'exigé par l'article 15 du code de commerce pour l'exercice 2007 précédant la faillite. Il en résulte qu'une des conditions pour que l'infraction soit établie fait défaut, et il y a lieu d'acquitter le prévenu de l'infraction à l'article 573, 4° du code de commerce retenue à son encontre.

Les règles du concours légal ont été correctement énoncées par les premiers juges.

La Cour considère que les agissements du prévenu **X.)** sont sanctionnés de manière adéquate et suffisante par une peine d'emprisonnement de 4 mois. Au vu de ses antécédents en France et plus particulièrement de plusieurs peines d'emprisonnement délictuel avec sursis, le prévenu ne peut plus bénéficier du sursis simple.

La réintégration du véhicule frauduleusement soustrait, de même que les mesures d'affichage et d'insertion dans les journaux ont été ordonnées à juste titre.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, **X.)** entendu en ses explications et moyens, et le représentant du ministère public entendu en son réquisitoire,

reçoit les appels en la forme,

les déclare partiellement fondés,

réformant,

déclare prescrite l'infraction libellée sub II.B) à charge du prévenu,

acquitte X.) de l'infraction à l'article 573, 4° du code de commerce,

condamne X.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de quatre (4) mois,

confirme pour le surplus le jugement entrepris,

condamne X.) aux frais de sa poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 32,06 euros.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en retranchant les articles 573, 4° et 574, 4° du code de commerce et en y ajoutant les articles 202, 203, 211, 212, 638 et 640-1 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait, jugé et prononcé en audience publique par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, à la cité judiciaire à Luxembourg, plateau du St. Esprit, bâtiment CR où étaient présents :

Marc KERSCHEN, président de chambre,
Michel REIFFERS, premier conseiller,
Eliane ZIMMER, première conseillère,
Jean ENGELS, avocat général, et
Marc SERRES, greffier,

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