

Arrêt N°190/15 X
du 13 mai 2015
not 26264/13/CD

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du treize mai deux mille quinze 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 (...) (P), demeurant à L-(...), (...),
prévenu et défendeur au civil, **appelant**

e n p r é s e n c e d e :

Maître Lionel GUETH-WOLF, en sa qualité de curateur de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s. à r. l., demeurant à L-1469 Luxembourg, 74, rue Ermesinde,

demandeur au civil, **intimé**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu par défaut à l'égard du prévenu et défendeur au civil **X.)** par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 19 novembre 2014 sous le numéro 3149/2014, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

Vu le procès-verbal numéro 128/2013 du 25 avril 2013 dressé par la police grand-ducale, circonscription régionale Grevenmacher, commissariat de proximité de Wormeldange.

Vu l'ordonnance numéro 2775/13 du 15 novembre 2013 rendue par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, renvoyant le prévenu **X.**) devant une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.

Vu la citation à prévenu du 13 octobre 2014 régulièrement notifiée à **X.**)

Le prévenu **X.**), quoique régulièrement cité, ne comparut pas à l'audience ; il échet donc de statuer par défaut à son égard.

AU PENAL

Aux termes de la citation à prévenu, ensemble l'ordonnance de renvoi, le ministère public reproche à **X.**), en sa qualité de gérant de la société **SOCl.)** S.à.r.l., établie et ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement numéro 922/2012 rendu en date du 6 juin 2012 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

1) au courant du mois de février 2012, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné au préjudice de la société **SOCl.)** S.à.r.l., un véhicule de la marque Renault Laguna immatriculé (...) (L), sinon pour avoir détourné au préjudice de cette même société le prix de vente de ce véhicule.

2) I. depuis les années 2011 et 2012, au siège social à L-(...), (...),

a) de ne pas avoir employé aux fins d'assurance un montant de 20.145,89 euros redu au centre commun de la sécurité sociale au titre de part assurés des cotisations sociales redues,

b) d'avoir frauduleusement détourné au préjudice du centre commun de la sécurité sociale un montant de 20.145,89 euros correspondant à la part assurés de cotisations sociales redues, montant qu'il était chargé, en application de la loi, de retenir sur le salaire des personnes employées par la société **SOCl.)** S.à.r.l. et qu'il devait continuer au centre commun de la sécurité sociale,

II. entre le 1^{er} juillet 2009 et le 15 septembre 2009, respectivement entre le 15 septembre 2009 et le 30 août 2011 (dates de la délivrance et de l'annulation des autorisations d'établissement numéro 123578/0 et numéro 123578/A, par le ministère des classes moyennes, au siège social de la société **SOCl.)** S.à.r.l., sis à (...), L-(...),

d'avoir recours à la personne interposée de **A.**), né le (...) à (...), en exerçant des activités artisanales, en l'occurrence les activités d'entrepreneur de construction, plafonneur-façadier, peintre-décorateur, carreleur, installateur de chauffage-sanitaire, couvreur-ferblantier, électricien, entrepreneur d'isolations thermiques, acoustiques et d'étanchéité sous le couvert des autorisations d'établissement numéro 123578/0 et numéro 123578/A lesquelles furent délivrées à la condition que la gérance de la société **SOCl.)** S.à.r.l. soit assurée par **A.**), alors que la gestion et direction journalière de l'entreprise était en réalité assurée par **X.**) ;

III. entre le 1^{er} mars 2012 (fin de la validité des autorisations numéro 10019731/0, 10019731/1, 10019731/2, 10019731/3 et 10019731/4) et le 6 juin 2012 (date du prononcé de la faillite) au siège social de la société **SOCl.)** S.à.r.l., sis à (...), L-(...),

d'avoir exercé à titre principal ou accessoire l'activité d'artisan, et notamment les activités d'entrepreneur de construction, plafonneur-façadier, peintre-décorateur, d'entrepreneur d'isolations thermiques, acoustiques et d'étanchéité et de carreleur sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise,

IV. depuis le 3 septembre 2009, date de la constitution de la société, jusqu'au 6 juin 2012, date du jugement déclaratif de faillite, au siège de la société à (...), L-(...),

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour ne pas avoir tenu pour la société **SOCl.)** S.à.r.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du code de commerce, et ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du code de commerce,

V. depuis le 26 octobre 2012 (date de la convocation adressée par le curateur au prévenu), dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour ne pas avoir donné suite à la convocation qui lui fut adressée en date du 26 octobre 2012 par Maître Lionel GUETH-WOLF, curateur des opérations de faillite de la société **SOCl.)** S.à.r.l.,

VI. depuis le 1^{er} août 2010 jusqu'au 6 juin 2012, date du jugement déclaratif de faillite, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

de ne pas avoir procédé annuellement à la publication des comptes annuels de la société **SOCI.)** S.à.r.l. au registre de commerce et des sociétés ;

VII. depuis un temps non prescrit et au moins depuis le 16 août 2010 (un mois suivant la date à laquelle la contrainte du centre commun de la sécurité sociale fut rendue exécutoire) jusqu'au 6 juin 2012 (date du jugement déclaratif de faillite) au greffe du tribunal d'arrondissement,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple, pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

I. Les faits

Les éléments du dossier répressif et les déclarations du témoin Lionel GUETH-WOLF ont permis d'établir les faits suivants :

La société **SOCI.)** S.à.r.l. a été constituée le 3 septembre 2009 par devant le notaire Jean SECKLER avec siège social à L- (...), (...), **X.)** détenant 300 des 500 parts sociales.

L'objet social de la société est l'exploitation d'une entreprise de construction, façades, plâtrerie, peinture, pose d'isolation et isolation anti-feu, carrelage, installation de chauffage sanitaire, pose de couverture-zinguerie et électricité.

Elle a également comme activité le commerce de peinture, de tapis et autres revêtements de sol en matière synthétique, de rideaux et d'articles de décoration pour intérieur.

A.) est désigné gérant technique en ce qui concerne l'activité relative à la construction et **X.)** a été désigné gérant technique en ce qui concerne l'activité relative au commerce de peinture.

Par jugement du 6 juin 2012 le Tribunal de commerce a déclaré la société **SOCI.)** S.à.r.l. en état de faillite sur aveu et a fixé provisoirement l'époque de cessation des paiements au 6 décembre 2011.

Le rapport d'activité du curateur Lionel GUETH-WOLF a été déposé en date du 1^{er} mars 2013.

X.) a été entendu sur les faits qui lui sont reprochés dans un procès-verbal numéro 128 du 25 avril 2013 dressé par le commissariat de proximité de Wormeldange.

II. conditions de la banqueroute

Les infractions de banqueroute frauduleuse et simple supposent 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 (cf. 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.

Qualité de commerçant

En principe, seuls les commerçants peuvent être déclarés en état de faillite.

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).

Ainsi l'administrateur d'une société anonyme en état de faillite est légalement déclaré banqueroutier dès lors qu'il a commis des faits constitutifs de la banqueroute, en qualité d'organe de la société et relativement à la gestion de celle-ci (Cass. belge 13 mars 1973, Pas. 1973, I, p. 661).

Il en est de même d'un gérant de fait ou d'un gérant administratif dans une société à responsabilité limitée.

Suivant extrait des statuts déposés au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg le 21 septembre 2009 **X.)** était nommé pour une durée indéterminée gérant technique au sein de la société **SOCI.)** S.à.r.l. depuis le 18 septembre 2009 en ce qui concerne l'activité relative au commerce de peinture.

Les statuts prévoient que **A.)** est nommé pour une durée indéterminée gérant technique en ce qui concerne l'activité relative à la construction.

Il résulte d'un courrier du 30 septembre 2013 du ministère des classes moyennes et du tourisme que la société **SOCl.)** S.à.r.l. disposait des autorisations d'établissement numéro 123578/0 et numéro 123578/A entre le 1^{er} juillet 2009 et le 30 août 2011 pour les activités d'entrepreneur de construction, plafonneur-façadier, peintre-décorateur, carreleur, installateur de chauffage-sanitaire, couvreur-ferblantier, électricien, entrepreneur d'isolations thermiques, acoustiques et d'étanchéité au nom de **A.)**.

Lors de son audition du 25 avril 2013 **A.)** avoue avoir mis à disposition son autorisation d'établissement mais n'a à aucun moment été chargé de la gestion et de l'organisation de **SOCl.)** S.à.r.l. En réalité il n'était qu'un simple salarié. L'agent verbalisant précise que **A.)**, qui ne parlait que le portugais, n'aurait pas été à même d'assurer sa fonction de gérant technique.

Lors de son audition du même jour **X.)** est en aveu d'avoir été le seul dirigeant de la société **SOCl.)** S.à.r.l., **A.)** ne s'étant à aucun moment occupé de la gestion de la société et était incapable de gérer les affaires courantes. Il déclare que **A.)** ne touchait qu'un salaire et ne faisait que mettre à disposition son autorisation de faire le commerce.

Il s'ensuit que **X.)** était le seul dirigeant de droit et de fait de la société **SOCl.)** S.à.r.l. En cette qualité, il peut être poursuivi de l'infraction de banqueroute.

Etat de faillite

En application du principe de l'autonomie du droit pénal à l'égard du droit commercial, le juge répressif n'est pas tenu par le jugement de faillite, mais dispose du plein pouvoir pour apprécier l'état de faillite. Il incombe ainsi à la juridiction répressive de vérifier si les conditions de la faillite sont données sans être tenue par les constatations du tribunal de commerce. Ainsi, l'action publique du chef de banqueroute est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale.

Conformément à l'article 437 alinéa 1er du code de commerce, l'état de faillite se caractérise par la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit.

La cessation de paiement consiste dans l'impossibilité constatée devant laquelle se trouve un débiteur pour faire face à ses engagements (TA Lux., 15 juillet 1992, n° 41412, R.P.D.B. verbo « Faillite et Banqueroute », n°71). Elle ne doit pas être absolument générale ; le défaut de paiement d'une seule dette suffit à établir la cessation des paiements, la loi ne subordonnant nullement la faillite à l'arrêt de tous les paiements ou même de leur généralité (TA Lux., 27 mars 1992, n° 147/92). Il suffit que le prévenu ne parvienne pas à se maintenir à flot. La cessation des paiements est indépendante de l'éventuelle suffisance de l'actif. Ainsi, le fait que l'actif du débiteur soit supérieur à son passif au jour du jugement déclaratif n'empêche pas que ce débiteur puisse être en état de cessation des paiements si, en fait, il ne paie pas ses dettes (CSJ, 28 janvier 1998, n° 15508).

A l'audience du 30 octobre 2014 le curateur, Maître Lionel GUETH-WOLF a déclaré que la société **SOCl.)** S.à.r.l. disposait d'un actif de 126,86 euros tandis que le passif au jour de la faillite, s'élevait à 221.938,22 euros.

Il résulte du rapport d'activité du curateur que le passif se composait notamment d'une créance du Centre Commun de la Sécurité Sociale de 42.584,25 euros et d'une créance de l'Administration des contributions de 10.765,3 euros ainsi que de créances salariales de 4 à 5 salariés n'ayant pas touché de rémunération depuis le début de l'année 2012.

Il résulte encore des pièces versées au dossier répressif qu'en vertu d'une contrainte du Centre Commun de la Sécurité Sociale du 16 juillet 2010 la société **SOCl.)** S.à.r.l. redevait la somme de 33.853,13 euros et que l'huissier de justice Josiane GLODEN, en charge de la procédure d'exécution, conclut dans un courrier du 25 novembre 2010, adressé au créancier, qu'elle clôturait le dossier faute de réaction du débiteur et que la maigreur du mobilier saisi ne couvre même pas les frais de la vente forcée. Dans l'impossibilité de récupérer le prédit montant l'huissier de justice instrumentaire conclut à une assignation en faillite.

Au vu de ces éléments, il faut constater que la société **SOCl.)** S.à.r.l. était confrontée à d'importantes dettes et qu'elle ne disposait pas des liquidités nécessaires pour les honorer. Elle avait dès lors cessé ses paiements.

L'ébranlement du crédit peut provenir tant de l'impossibilité d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes, c'est-à-dire pour mettre fin à la cessation de paiements, que du refus des créanciers d'accorder des délais de paiement ; l'ébranlement du crédit implique un élément supplémentaire à la cessation de paiement, qui est le refus de tout crédit par les créanciers, par les fournisseurs et par les bailleurs de fonds, en raison d'une carence notoire (TA Lux. (com.), 7 juin 1985, faillite n° 31/85 ; TA Lux (com.), 20 juin 1986, n° 36964 du rôle). Ainsi, l'ébranlement du crédit, qui n'est qu'une modalité que la cessation des paiements doit revêtir pour justifier une déclaration de faillite, peut provenir tant de l'impossibilité pour le créancier d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes que du refus des créanciers de lui accorder des délais de paiement (TA Lux., 29 janvier 1988, n° 57/88).

X.) en faisant l'aveu de la faillite de la société **SOCl.)** S.à.r.l. dont il était le gérant a admis lui-même ne plus être en mesure de régler ses dettes s'accumulant entretemps à 221.938,22 euros fait de sorte qu'il y a eu ébranlement du crédit commercial et que la société était par voie de conséquence, en état de faillite.

La date de la cessation de paiements

Il échet de déterminer l'époque de la cessation des paiements.

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 (cf. Cass. belge 14 avril 1975, Pas. I, p. 796), 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 (cf. Gaston SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, sub art 489-490, n°11).

Le Tribunal de commerce a par jugement du 6.6.2012, fixé provisoirement la date de cessation de paiement au 6 décembre 2011.

Il résulte des éléments énoncés ci-avant que déjà bien avant l'aveu de la faillite du 6 juin 2012, la société ne payait plus ses dettes, et plus particulièrement celle du Centre Commun de la Sécurité Sociale, remontant à l'année 2010.

La contrainte du Centre Commun de la Sécurité Sociale rendue exécutoire le 16.7.2010 portait sur la somme de 33.853,13 euros.

Suivant ses propres déclarations **X.)** a vendu sa maison pour régler les dettes de la société un an avant la faillite.

En considération de ce qui précède il convient de conclure que la date de la cessation des paiements est à fixer au 16 juillet 2010, date à laquelle la contrainte du Centre Commun de la Sécurité Sociale et portant sur la somme de 33.853,1 euros a été rendue exécutoire.

III. Au pénal

1) Banqueroute frauduleuse pour détournement d'actifs

Le ministère public reproche à **X.)** en infraction à l'article 577 2° du code de commerce, d'avoir détourné le véhicule automoteur Break Renault Laguna immatriculé (...) (L) au nom de la société, sinon détourné le prix de vente de 1.000 euros au courant du mois de février 2012 dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg.

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, acte de détournement ou de dissimulation d'une partie de l'actif, et un élément moral, une intention dolosive caractérisée.

Il s'agit du détournement d'une partie de l'actif sans substitution d'une contre-valeur.

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. belge, 28.4.1981, Pas. 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 du contrat de vente daté du 21 mai 2012 que la société **SOCl.)** S.à.r.l. a vendu le véhicule prémentionné le 21 mai 2012 à **SOC2.)** sàrl pour la somme de 1.000 euros.

Lors de son audition du 25 avril 2013 **X.)** a confirmé avoir vendu le véhicule en février 2012 pour 1.000 euros à **SOC2.)** sàrl. Il a affirmé avoir réglé un salaire à hauteur de 500 euros et gardé les 500 euros restant pour lui.

A l'audience le curateur déclare ne pas avoir retrouvé de trace du paiement du prix du 1.000 euros fait par l'acquéreur en contrepartie de l'acquisition de la voiture, ni du paiement d'un salaire de 500 euros.

Au vu de ce qui précède, l'élément matériel à savoir le détournement du prix de vente de la voiture est dès lors établi.

La mauvaise foi du prévenu est également établie alors qu'il ne pouvait pas ignorer que le fait de vendre le véhicule de la société **SOC1.)** S.à.r.l. sans remployer les fonds dans la société consistait à dépouiller la société de son actif.

Il résulte de ce qui précède que l'infraction libellée sub 1) est à retenir à l'encontre de **X.)**.

2) infractions de banqueroute simple

a) défaut de tenue des livres de commerce exigés à l'article 11 du code de commerce et ne pas avoir tenu l'inventaire exigé par l'article 15 du code de commerce.

Il est reproché au prévenu sub 2) IV dans la citation, par infraction à l'article 574 6° du code de commerce, sanctionné par l'article 489 du code pénal, de ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire exigés par le code de commerce, sinon de les avoir tenus de manière incomplète depuis la date de constitution de la société, au siège social de la société.

La tenue d'une comptabilité, soit dans un livre-journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, relève de la responsabilité du ou des dirigeants de la société.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 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., v° « Faillite et Banqueroute », n° 2620 et Cour d'appel lux. 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI).

A l'audience du 30 octobre 2014 le curateur de la société **SOC1.)** S.à.r.l. B.F., Maître Lionel GUETH-WOLF, a déclaré que **X.)** lui avait certes remis 3 classeurs avec factures mais que ces documents ne contenaient aucune comptabilité, ni bilans, ni compte de résultat dans les normes fixées par la loi. Il déclare que la fiduciaire chargée de la tenue de la comptabilité était elle-même tombée en état de faillite.

Lors de son audition du 25 avril 2013 **X.)** a déclaré que son comptable (...) de (...), dont il ne se souvient plus du nom exact, s'occupait de la comptabilité, mais que ce dernier a refusé d'établir les bilans et à restituer les documents comptables jusqu'à paiement de ses honoraires en souffrance à hauteur de 3.000 euros. Faute de liquidités **X.)** déclare ne pas avoir été en mesure de régler le montant réclamé par le comptable.

Au vu des éléments du dossier répressif ensemble les déclarations du curateur le Tribunal estime qu'à partir du jour de la constitution de la société, le 3.9.2009 jusqu'à la date de la faillite, les livres comptables de la société n'ont pas été tenus et aucun inventaire n'a été dressé.

b) défaut de fournir au curateur les renseignements demandés concernant la comptabilité et le devenir des actifs de la société

Le ministère public reproche au prévenu sub V) dans la citation, d'avoir enfreint l'article 576 du code de commerce en ne fournissant pas au curateur les renseignements demandés, en ne donnant pas de suite aux convocations du curateur depuis le 26 octobre 2012 dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg.

A l'audience du 30 octobre 2014 le curateur a déclaré sous la foi du serment qu'à part une première entrevue du 26 juin 2012 le prévenu n'a plus répondu à ses convocations. **X.)** n'a plus jamais repris contact avec lui ni par téléphone, ni par courrier. Il n'a pas fourni au curateur les renseignements sur les actions en cours devant les tribunaux.

Il appert du dossier répressif que le curateur a convoqué le failli par courrier recommandé du 26 décembre 2012 à son adresse à (...).

Lors de son audition du 25 avril 2013 **X.)** affirme avoir connu une période difficile au moment de sa faillite de sorte qu'il n'a pas retiré les courriers recommandés à la poste.

Au vu de ces éléments, il y a lieu de retenir que le prévenu n'a pas donné de suites depuis la convocation du curateur du 26 octobre 2012.

c) omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai légal

Le ministère public reproche à **X.)** sub 2) VII dans la citation de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société **SOC1.)** S.à.r.l. depuis un temps non prescrit et au moins depuis le 10 août 2010 jusqu'au 6 juin 2012, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg.

L'article 574 4° du Code de commerce prévoit que tout commerçant qui n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du Code de commerce, pourra être déclaré banqueroutier simple.

Aux termes de l'article 440 du code de commerce, tout commerçant et toute société commerciale qui cesse ses paiements doit dans le mois en faire l'aveu au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de son domicile ou de son siège social.

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 (cf. 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).

Il résulte des développements qui précèdent que l'époque de la cessation des paiements est fixée au 16 juillet 2010, date de la contrainte exécutoire du Centre Commun de la Sécurité Sociale à hauteur de 33.853,13 euros.

Il y a partant lieu de retenir que depuis le 16 août 2010 et jusqu'au 6 juin 2012 **X.**), en sa qualité de gérant de la société, 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 d'un mois suivant la cessation des paiements.

Les cas développés sub 2 a), b) et c) sont des cas de banqueroute simple facultative.

Le juge apprécie souverainement si les faits incriminés et établis doivent être sanctionnés en tenant compte, par exemple, de la gravité de la faute commise, du préjudice causé ou de la position du failli (Gaston SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, sub art 489-490, n°13 et références citées). La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges appartient aux juridictions de jugement (cf. R.P.D.B., v° « Faillite et Banqueroute », n° 2591 et 2592).

Il y a partant lieu de retenir les infractions telle que libellée sub IV, V et VII dans la citation à prévenu.

3) défaut de publication des bilans

Le ministère public reproche encore à **X.**), par infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir fait procéder annuellement à la publication des comptes annuels de la société **SOC1.)** S.à.r.l. au registre de commerce et des sociétés depuis le 1.8.2010 au 6.6.2012 dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg.

Aux termes de l'article 163 point 2 de la loi du 10 août 1915 : « Sont punis ... les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas soumis à l'Assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée du contrôle ainsi que les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas fait publier ces documents et ce en infraction aux prescriptions respectives des articles 75, 132, 197 et 341 de la présente loi 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 ».

L'article 75 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 exige que le dépôt des bilans se fasse dans le mois de leur approbation.

Le bilan de 2009 de la société aurait dû être soumis à l'assemblée générale au plus tard le 30 juin 2010 et il aurait dû être déposé au registre de commerce au plus tard pour le 31 juillet 2010. Le bilan de 2010 de la société aurait dû être soumis à l'assemblée générale au plus tard le 30 juin 2011 et il aurait dû être déposé au registre de commerce au plus tard pour le 31 juillet 2011.

Il échet de constater qu'il ne résulte d'aucun extrait du registre de commerce et des sociétés de Luxembourg relatif à la société **SOC1.)** S.à.r.l. que les comptes annuels pour les exercices 2009 et 2010 ont été déposés.

L'existence d'une infraction requiert, outre un élément matériel, un élément moral ; dans le silence de l'article 163 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur l'élément moral requis, cet élément, la faute, consiste dans la transgression matérielle de la disposition légale commise librement et consciemment ; le gérant ou l'administrateur qui n'a pas fait procéder à la publication requise par la loi est présumé se trouver en infraction par suite du seul constat de cette omission, qui constitue la faute infractionnelle ; il peut renverser cette présomption en faisant valoir qu'il n'a pas agi librement et consciemment, c'est-à-dire en rendant crédible une cause de justification (Cour de cassation, 25 février 2010, n° 11/2010 pénal ; également en ce sens : Cour, 20 mars 2012, n°163/12).

X.) n'a pas fait procéder à la publication des bilans de la société depuis le 1^{er} août 2010 au 6 juin 2012.

Conformément à la jurisprudence citée ci-dessus **X.)** est dès lors présumé se trouver en infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915.

Aux termes de cette même jurisprudence, il appartient au prévenu, s'il le souhaite, de rendre crédible une cause de justification, en faisant valoir qu'il n'a pas agi librement et consciemment lorsqu'il a omis de se conformer aux obligations légales et, ensuite, « au ministère public d'établir que ces explications ne sauraient valoir cause de justification » (Cour, 20 mars 2012, n°163/12), étant précisé que « la mise en mouvement de l'action publique ne se traduit dès lors pas non plus par

une dérogation au principe qui veut que la partie publique établisse l'infraction dans ses divers éléments constitutifs et prouve la culpabilité des prévenus » (ibid.).

Lors de son audition du 25.4.2013 le prévenu n'a fait valoir aucune cause de justification.

L'infraction d'absence de publication de bilan est partant établie dans le chef de **X.)**, gérant de la société **SOCL.)** S.à.r.l.

4) infractions à l'article 449 (1) 3) du Code de la Sécurité Sociale et l'article 491 du Code pénal.

Le ministère public reproche à **X.)** de ne pas avoir employé à des fins d'assurances les retenues opérées en vertu des dispositions du Code de la Sécurité Sociale sur les salaires des personnes occupées et d'avoir détourné cette somme depuis les années 2011 et 2012 au siège social de la société **SOCL.)** S.à.r.l.

Lors de son audition du 25 avril 2013 le prévenu est en aveu de ne pas avoir continué la somme de 20.145,89 euros au Centre Commun de la Sécurité Sociale pendant la période de 2011 et 2012 et l'avoir utilisée pour payer les salaires ou des machines, version des faits également soutenue par **A.)**.

Il résulte des pièces versées et des débats en audience publique que le prévenu a effectivement détourné au préjudice de la Sécurité Sociale la part des assurés des cotisations sociales rédues pour les années 2011 et 2012. Le montant du dommage s'élève à 20.145,89 euros.

Au vu des éléments du dossier et au vu des aveux du prévenu sur ce point il y a lieu de retenir l'infraction sub I de la citation à son encontre.

Quant à l'infraction d'abus de confiance il y a lieu de noter que l'article 491 du code pénal ne sanctionne que la violation de contrat dont il est soit de l'essence, soit de la nature de contenir l'obligation de restituer la chose remise. En conséquence n'est pas coupable d'abus de confiance celui qui a disposé d'une chose dont il n'avait que la simple possession, si cette chose ne lui a pas été remise à la condition d'en faire un usage ou en emploi déterminé et si l'obligation de la restituer ne se différencie pas de celle qui est également sous-entendue dans toutes les conventions synallagmatiques pour le cas où l'une des parties n'exécuterait pas son engagement. (Cour d'appel 23 juin 1934, Pasicrisis 13, 307).

Au vu des éléments constitutifs de l'abus de confiance, le tribunal rejoint l'avis du représentant du ministère public en ce qu'il retient que, dans le système luxembourgeois de Sécurité Sociale, les parts salariales non payées au CCSS, sont dues au titre du régime légal de droit commun obligatoire de la sécurité sociale et que l'on ne saurait dès lors considérer que **X.)** a agi au titre d'un quelconque contrat avec ses salariés ou le Centre Commun de la Sécurité Sociale, en l'occurrence comme mandataire ni de ses salariés, ni de l'Etat ou du Centre Commun de la Sécurité Sociale. (cf Cour d'appel du 30.4.2013, arrêt n° 235/13)

Il s'ensuit que les faits en cause ne sauraient revêtir la qualification de l'abus de confiance et il y a lieu d'acquitter le prévenu de l'infraction à l'article 491 du code pénal, à savoir :

*« comme auteur ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de gérant de la société **SOCL.)** S.à.r.l., établie et ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement numéro 922/2012 rendu en date du 6 juin 2012 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,*

I. depuis les années 2011 et 2012, au siège social à L-(...), (...),

*b) en infraction à l'article 491 du code pénal, d'avoir frauduleusement détourné au préjudice du centre commun de la sécurité sociale un montant de 20.145,89 euros correspondant à la part assurés de cotisations sociales rédues, montant qu'il était chargé, en application de la loi, de retenir sur le salaire des personnes employées par la société **SOCL.)** S.à.r.l. et qu'ils devait continuer au centre commun de la sécurité sociale. »*

5) Violation de l'article 5 de la loi du 28.12.1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, ainsi qu'à certaines professions libérales

Le Parquet reproche à **X.)** d'avoir eu recours à la personne interposée de **A.)**, né le (...) à (...), au siège social à L-(...), (...), entre le 1^{er} juillet 2009 et le 15 septembre 2009, respectivement entre le 15 septembre 2009 et le 30 août 2011 (dates de délivrance et d'annulation des autorisations d'établissement numéro 123578/0 et numéro 123578/A, par le ministère des classes moyennes), en exerçant les activités d'entrepreneur de construction, plafonneur-façadier, peintre-décorateur, carreleur, installateur de chauffage-sanitaire, couvreur-ferblantier, électricien, entrepreneur d'isolations thermiques, acoustiques et d'étanchéité sous le couvert des autorisations d'établissement numéro 123578/0 et numéro 123578/A lesquelles furent délivrées à la condition que la gérance de la société **SOCL.)** S.à.r.l. soit assurée par **A.)**, alors que la gestion et direction journalière de l'entreprise était en réalité assurée par **X.)** et en infraction à l'article 5 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, ainsi qu'à certaines professions libérales, d'avoir eu recours à une personne interposée dans le but d'éluder les dispositions de la précitée loi.

L'article 1^{er} de la loi 28 décembre 1988 dispose que « Nul ne peut à titre principal ou accessoire exercer l'activité d'artisan, de commerçant ou d'industriel, ni une profession libérale visée à la présente loi sans autorisation écrite. L'autorisation est établie par le ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement, à moins qu'il n'en soit disposé autrement par la loi. »

L'article 5 de la loi du 28 décembre 1988 dispose que l'autorisation d'établissement est strictement personnelle et que nul ne peut exercer une des activités ou professions visées par la présente loi sous le couvert d'une autre personne ou ne servir de personne interposée dans le but d'éluider les dispositions de la présente loi.

Il résulte du dossier pénal notamment d'un courrier du Ministère des Classes Moyennes et du Tourisme que les autorisations d'établissement numéros 123578/0 et 123578/A pour les activités d'entrepreneur de construction, plafonneur-façadier, peintre-décorateur, carreleur, installateur de chauffage-sanitaire, couvreur-ferblantier, électricien, entrepreneur d'isolations thermiques, acoustiques et d'étanchéité et délivrées à la société **SOCL.)** S.à.r.l. pour la période du 1^{er} juillet 2009 au 15 septembre 2009 respectivement au 30 août 2011 étaient personnelles à **A.)**.

Le Tribunal tient à relever que la gestion effective de la société doit être effectuée par la personne titulaire de l'autorisation en question. Il n'est cependant pas exigé que cette personne effectue exclusivement la gestion de l'entreprise.

Ni la loi, ni les travaux parlementaires ne définissent la notion de gestion effective d'une entreprise, la gestion diffère, en effet, suivant la taille, la nature et l'activité de l'entreprise dont question.

Ce qui est important c'est que la personne chargée de la gestion effective et qui figure à ce titre sur l'autorisation dirige les affaires de l'entreprise de manière effective et ne sert pas à ce sujet de personne interposée.

L'interposition d'une personne dans une société découle d'un ensemble d'indices que le Tribunal peut déduire de considérations de fait (Cour d'appel, arrêt n° 194/04 V. du 8 juin 2004).

Suivant les déclarations concordantes de **A.)** et de **X.)** devant la police de Wormeldange, **A.)** n'était pas capable de gérer les affaires courantes et ne disposait pas d'un réel pouvoir de décision que ce soit par rapport à la gestion des chantiers ou encore par rapport à la gestion journalière de la société **SOCL.)** S.à.r.l.

Au regard de ce qui précède, il est établi que **A.)** n'a fait que travailler occasionnellement pour la société sur les chantiers de la société à responsabilité limitée pour laquelle il a « mis à disposition » son autorisation d'établissement mais dans laquelle il n'avait aucun pouvoir de décision.

Il en découle que **A.)** a servi de personne interposée à **X.)** et qu'il n'a pas exercé l'activité autorisée de manière effective.

L'infraction libellée sub II de la citation à prévenu est partant établie.

6) Violation de l'article 39 (3) a) de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

Le Ministère public reproche finalement à **X.)** d'avoir, entre le 1^{er} mars 2012 (fin de la validité des autorisations numéro 10019731/0, 10019731/1, 10019731/2, 10019731/3 et 10019731/4) et le 6 juin 2012 (date du prononcé de la faillite) au siège social de la société **SOCL.)** S.à.r.l. sis à (...), L-(...), contrevenu aux dispositions de l'article 39 (3) a) de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, ainsi qu'à certaines professions libérales, d'avoir exercé à titre principal ou accessoire l'activité d'artisan, et notamment les activités d'entrepreneur de construction, plafonneur-façadier, peintre-décorateur, d'entrepreneur d'isolations thermiques, acoustiques et d'étanchéité et de carreleur sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise.

En vertu de l'article 1^{er} de la prédite loi du 2 septembre 2011, nul ne peut à titre principal ou accessoire exercer l'activité d'artisan, de commerçant ou d'industriel, ni une profession libérale visée à la présente loi sans autorisation écrite. Le non-respect de cette obligation d'autorisation constitue une infraction pénale aux termes de la même loi (article 39 (3) point a).

Il y a lieu de préciser que constitue l'exercice illicite d'une profession au sens de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, la répétition méthodiques d'actes professionnels fondée sur une organisation ad hoc. Il n'en est pas ainsi d'une prestation isolée (Cass. 10 juillet 1997, P.30, p.246).

Le dossier répressif ne renseigne d'aucune activité professionnelle de la société **SOCL.)** S.à.r.l. entre le 1^{er} mars 2012 et le 6 juin 2012 de sorte que l'infraction libellée n'est pas établie.

Il s'ensuit que **X.)** est à acquitter du chef de la prévention libellée sub III de la citation :

*« comme auteur ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de gérant de la société **SOCL.)** S.à.r.l., établie et ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement numéro 922/2012 rendu en date du 6 juin 2012 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,*

III. entre le 1^{er} mars 2012 (fin de la validité des autorisations numéro 10019731/0, 10019731/1, 10019731/2, 10019731/3 et 10019731/4) et le 6 juin 2012 (date du prononcé de la faillite) au siège social de la société **SOCI.) S.à.r.l.**, sis à (...), L-(...),

en infraction à l'article 39 (3) a) de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, ainsi qu'à certaines professions libérales, d'avoir exercé à titre principal ou accessoire l'activité d'artisan, et notamment les activités d'entrepreneur de construction, plafonneur-façadier, peintre-décorateur, d'entrepreneur d'isolations thermiques, acoustiques et d'étanchéité et de carreleur sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise. »

X.) est partant convaincu par les éléments du dossier répressif :

« comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant de la société SOCI.) S.à.r.l., établie et ayant eu son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement numéro 922/2012 rendu en date du 6 juin 2012 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

1) au courant du mois de février 2012, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse pour, en infraction à l'article 577 2° du code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du code pénal, avoir détourné une partie de l'actif de la société SOCI.) S.à.r.l.,

en l'espèce, pour avoir détourné au préjudice de la société SOCI.) S.à.r.l. le prix de vente de ce véhicule, ce prix de vente s'élevant à 1000 euros,

2) I. depuis les années 2011 et 2012, au siège social à L-(...), (...), en infraction à l'article 449 (1) 3) du code de la sécurité sociale, en tant que chef d'entreprise ou de patron, de ne pas avoir employé aux fins d'assurance les retenues par eux opérées, en vertu des dispositions du code de la sécurité sociale, sur les salaires des personnes qu'ils occupaient,

en l'espèce, de ne pas avoir employé aux fins d'assurance un montant de 20.145,89 euros redu au centre commun de la sécurité sociale au titre de part assurés des cotisations sociales rédues,

II. entre le 1^{er} juillet 2009 et le 15 septembre 2009, respectivement entre le 15 septembre 2009 et le 30 août 2011 (dates de la délivrance et de l'annulation des autorisations d'établissement numéro 123578/0 et numéro 123578/A, par le ministère des classes moyennes), au siège social de la société SOCI.) S.à.r.l., sis à (...), L-(...),

en infraction à l'article 5 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, ainsi qu'à certaines professions libérales, d'avoir eu recours à une personne interposée dans le but d'éluder les dispositions de la prédite loi,

en l'espèce, d'avoir recours à la personne interposée de A.), né le (...) à (...), en exerçant des activités artisanales, en l'occurrence les activités d'entrepreneur de construction, plafonneur-façadier, peintre-décorateur, carreleur, installateur de chauffage-sanitaire, couvreur-ferblantier, électricien, entrepreneur d'isolations thermiques, acoustiques et d'étanchéité sous le couvert des autorisations d'établissement numéro 123578/0 et numéro 123578/A lesquelles furent délivrées à la condition que la gérance de la société SOCI.) S.à.r.l. soit assurée par A.), alors que la gestion et direction journalière de l'entreprise était en réalité assurée par X.) ;

III. depuis le 3 septembre 2009, date de la constitution de la société, jusqu'au 6 juin 2012, date du jugement déclaratif de faillite, au siège de la société à (...), L-(...),

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 574 6° du code de commerce, ne pas avoir tenu pour la société SOCI.) S.à.r.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du code de commerce, et ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du code de commerce,

IV. depuis le 26 octobre 2012 (date de la convocation adressée par le curateur au prévenu), dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 576 du code de commerce, sanctionné par l'article 489 du code pénal, ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés,

en l'espèce, pour ne pas avoir donné suite à la convocation qui lui fut adressée en date du 26 octobre 2012 par Maître Lionel GUETH-WOLF, curateur des opérations de faillite de la société SOCI.) S.à.r.l.,

V. depuis le 1^{er} août 2010 jusqu'au 6 juin 2012, date du jugement déclaratif de faillite, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir procédé annuellement à la publication des comptes annuels de SOCI.) S.à.r.l. au registre de commerce et des sociétés ;

VI. depuis un temps non prescrit et au moins depuis le 16 août 2010 (un mois suivant la date à laquelle la contrainte du centre commun de la sécurité sociale fut rendue exécutoire) jusqu'au 6 juin 2012 (date du jugement déclaratif de faillite) au greffe du tribunal d'arrondissement,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple,

en infraction à l'article 574 4° du code de commerce, sanctionné par l'article 489 du code pénal, ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements. »

L'infraction de banqueroute frauduleuse est punie de la peine de réclusion de cinq à dix ans selon l'article 489 du code pénal.

Par suite de la décriminalisation opérée par l'ordonnance de renvoi du 15 novembre 2013, cette infraction sera punie d'un emprisonnement de trois mois au moins. Le maximum de la peine encourue est le maximum ordinaire de l'emprisonnement correctionnel, soit cinq ans. Une amende pourra également être prononcée en application de l'article 77 du code pénal.

L'infraction de banqueroute simple est punie d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans, suivant l'article 489 du code pénal.

Les infractions retenues sub IV, V et VII constituent trois cas de banqueroute simple facultative prévus par l'article 574 alinéas 4 et 6 du Code de commerce. Plusieurs faits de banqueroute constituent des infractions distinctes qui sont en concours réel entre elles (CSJ, 7 juillet 2009, n° 353/09; CSJ, 1er juillet 2009, n° 345/09).

L'infraction à l'article 449 (1) 3) du code de la sécurité sociale est punie d'une amende de deux cent cinquante euros.

L'infraction à l'article 5 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, ainsi qu'à certaines professions libérales, est punie d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois ans et d'une amende de 250 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

Les faits sanctionnés par l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales sont punis d'une amende de 500 à 25.000 euros.

Toutes ces infractions se trouvent en concours réel avec l'infraction de banqueroute retenue à l'encontre de X.), de sorte qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 60 du code pénal et de ne prononcer que la peine la plus forte, qui pourra cependant être élevée au double du maximum, sans pouvoir dépasser la somme des peines encourues.

La gravité des infractions commises et les circonstances de la cause justifient la condamnation de X.) à une peine d'emprisonnement de **12 mois** et une amende de **1.500 euros**.

Il y a lieu en outre 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 journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais du contrevenant. La publication obligatoire de la condamnation prévue par l'article 583 du code de commerce n'est pas une peine, mais une mesure de sûreté prescrite dans l'intérêt des tiers.

Aux termes de l'article 579 du code de commerce, dans les cas prévus par les articles 575, 577 et 578, le Tribunal saisi statuera d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits et sur les dommages-intérêts qui seraient demandés et que le jugement ou l'arrêt arbitrera. En l'espèce, le tribunal retient à charge de X.) l'infraction de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné le montant de 1.000 euros correspondant au prix de vente du véhicule de la marque Renault Laguna immatriculé (...) (L) vendu. Conformément aux conclusions du ministère public le tribunal correctionnel ordonne partant la réintégration à la masse des créanciers de la faillite de la société SOCI.) S.à.r.l. de la somme de 1.000 € frauduleusement détournée par X.).

AU CIVIL

A l'audience du 30 octobre 2014, Maître Lionel GUETH-WOLF, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la société à responsabilité limitée SOCI.) S.à.r.l., se constitua partie civile pour et au nom de la masse de la faillite de la société en faillite SOCI.) S.à.r.l. contre le prévenu X.) en réclamant la somme de 1.000 € correspondant au prix de vente du véhicule vendu par X.).

Il y a lieu de donner acte à la demanderesse 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 du prévenu **X.**)

Au vu de la réintégration ordonnée ci-dessus à la masse des créanciers, la société en faillite et demanderesse au civil ne resubit actuellement plus de préjudice de ce chef.
La demande civil n'est partant pas recevable.

PAR CES MOTIFS,

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **seizième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **par défaut** à l'égard de **X.**), la demanderesse au civil entendue en ses conclusions et la représentante du ministère public entendue en son réquisitoire,

Au pénal

a c q u i t t e X.) des préventions non établies à sa charge,

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**, à une amende de **mille cinq cents (1.500) euros**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 36,87 euros,

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à trente (25) jours ;

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 qu'il sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais du contrevenant,

o r d o n n e la réintégration par **X.)** à la masse de la faillite de la société **SOCL.)** S.à.r.l. de la somme de 1.000 euros ;

Au civil

d o n n e acte à Maître Lionel GUETH-WOLF, pris en sa qualité de curateur de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l. de sa constitution de partie civile contre **X.)**,

s e d é c l a r e compétent pour en connaître ;

d i t la demande irrecevable.

En application des articles 14, 15, 16, 27, 28, 29, 30, 60, 66, 74, 77 et 489 du code pénal, des articles 8, 9, 10, 11, 15, 440, 574, 575, 576, 577, 579 et 583 du code de commerce, de l'article 449 du code des assurances sociales, des articles 162 et 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, des articles 5 et 22 de la loi du 28 décembre 1988, ainsi que des articles 2, 3, 155, 179, 182, 183-1, 184, 185, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195 et 196 du code d'instruction criminelle, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Françoise ROSEN, vice-présidente, Marie-Anne MEYERS, premier juge, et Gilles MATHAY, premier juge, et prononcé par la vice-présidente en audience publique au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en présence de Sandra ALVES, premier substitut du procureur d'Etat et de Daniel ZANON, greffier, qui, à l'exception de la représentante du ministère public, ont signé le présent jugement.

Contre ce jugement appel au pénal et au civil fut interjeté au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 29 décembre 2014 par le prévenu et défendeur au civil **X.)**.

Appel au pénal fut déposé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 29 décembre 2014 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 26 janvier 2015, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 11 mars 2015 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 30 mars 2015.

A l'audience du 30 mars 2015, le prévenu et défendeur au civil **X.)** fut entendu en ses déclarations personnelles.

Maître Lionel GUTH-WOLF, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, curateur de la société à responsabilité limitée **SOC1.)**, fut entendu en ses conclusions.

Maître Henri FRANK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens d'appel et de défense du prévenu et défendeur au civil **X.)**.

Madame le premier avocat général Jeanne GUILLAUME, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 13 mai 2015, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 29 décembre 2014 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, **X.)** a relevé appel au pénal et au civil d'un jugement rendu par défaut le 19 novembre 2014 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration déposée au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 29 décembre 2014, le procureur d'Etat a fait relever appel à son tour dudit jugement.

Le jugement prononcé par défaut a été notifié à **X.)** le 24 décembre 2014.

Les appels au pénal sont recevables pour avoir été interjetés dans les forme et délai de la loi.

L'appel au civil du prévenu **X.)** est irrecevable à défaut d'intérêt, le jugement entrepris ayant déclaré la partie civile du curateur irrecevable.

Conformément au jugement entrepris, **X.)** a été condamné du chef de l'infraction de banqueroute frauduleuse pour détournement d'actifs, de l'infraction de banqueroute simple pour défaut de tenue des livres de commerce et d'inventaire, d'omission de fournir au curateur les renseignements demandés, d'omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai, de l'infraction de défaut de publications des bilans, d'infractions à l'article 449 (1) 3 du Code de la sécurité sociale, de violation de l'article 5 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, ainsi qu'à certaines professions libérales, retenues à sa charge, à une peine d'emprisonnement de douze (12) mois et à une amende de mille cinq cents (1.500) euros. Les juges de première instance ont ordonné la réintégration par

l'appelant à la masse de la faillite de la société **SOC1.)** s. à r. l. de la somme de 1.000 euros.

Le mandataire de l'appelant reconnaît que ce dernier ne possède pas les capacités requises pour gérer une entreprise, ni pour fonder une société et que la banqueroute frauduleuse lui reprochée est une infraction grave. Il soulève que le prix de vente du véhicule détourné ne se chiffre qu'à 1.000 euros, dont 500 euros ont servi ses besoins privés. Dans le cadre de cette prévention, le mandataire invoque la bonne foi de l'appelant, l'absence d'élément moral, d'élément frauduleux, de sorte qu'il se rapporte à prudence de justice quant à l'acquittement du prévenu de cette infraction, sinon à titre de circonstances atténuantes, il plaide la bonne foi de l'appelant.

Il explique que son mandant a versé le 25 mars 2011 le montant de 30.000 euros de ses propres moyens au Centre commun de la sécurité sociale en apurement des dettes de la société.

Il conclut encore à l'acquittement des préventions basées sur les articles 441 du Code de la sécurité sociale et 491 du Code pénal.

Il dit ne pas contester les autres infractions mises à charge de son mandant.

L'appelant fait encore valoir qu'il est ruiné, qu'il a dû vendre sa maison d'habitation.

Il demande à voir assortir la peine d'emprisonnement en ordre principal du sursis simple, en ordre subsidiaire du sursis probatoire.

Le représentant du ministère public expose que le prévenu n'a pas les connaissances nécessaires pour gérer une entreprise, que les infractions retenues à son encontre en première instance sont restées établies, que le produit de vente de la voiture, propriété de la société **SOC1.)**, n'a pas été intégralement continué à cette dernière, que l'infraction à la sécurité sociale est également établie, qu'une peine d'emprisonnement ferme a été prononcée en première instance, étant donné que le prévenu n'a pas comparu à l'audience. Le représentant du ministère public se rapporte à la sagesse de la Cour quant à la condamnation de l'appelant à une amende et il requiert la condamnation à une peine d'emprisonnement, dont il ne s'oppose pas à la voir assortir du sursis intégral dans la mesure du possible.

Quant à la banqueroute frauduleuse

Il est constant en cause que la société **SOC1.)** a été déclarée en état de faillite suivant jugement du 6 juin 2012, que le prévenu **X.)** revêtait la qualité de gérant technique concernant l'activité relative au commerce de peinture, mais qu'il était aussi le dirigeant de fait des nombreuses autres activités de la société en cause.

Conformément aux développements des juges de première instance, la société **SOC1.)** était en état de cessation des paiements en date du 16 juillet 2010, date à laquelle la contrainte du Centre commun de la sécurité sociale portant sur la somme de 33.853,1 euros a été rendue exécutoire.

Il appert des pièces versées en cause par l'appelant qu'il a avancé en date du 25 mars 2011 à la société **SOC1.)** la somme de 30.000 euros pour régler sa

dette à l'égard du Centre commun de la sécurité sociale. Il en découle que la société avait à cette date encore crédit auprès de son associé et que la date de la cessation de paiements de la société **SOC1.)** est donc à fixer à une date postérieure, en l'occurrence à la date du 6 décembre 2011 à laquelle le tribunal de commerce l'a fixée provisoirement.

En principe, la date retenue par le jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite à titre de cessation de paiements est sans effet sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute, mais le juge répressif peut également adopter cette date, s'il estime qu'elle correspond aux faits de l'espèce. En l'occurrence, il résulte de l'audition de l'appelant que fin 2011, le comptable de la société en cause exigeait le règlement d'un mémoire d'honoraires de 3.000 euros avant qu'il n'établisse le bilan de la société et que faute de pouvoir honorer cette dette, le comptable a exercé un droit de rétention sur les documents comptables. Il découle clairement de ce fait qu'à cette date tout le crédit de la société était en ébranlement. Le jugement entrepris est à réformer conformément au présent développement.

Suivant contrat de vente daté au 21 mai 2012, l'appelant a cédé un véhicule appartenant à la société pour le prix de 1.000 euros dont il reconnaît avoir gardé la moitié pour lui-même. Il ne verse en cause aucune preuve établissant qu'il aurait utilisé le montant de 500 euros pour compte de la société.

L'élément matériel de l'infraction de banqueroute frauduleuse résulte du fait que pendant la période suspecte le prévenu a détourné à son profit personnel le prix de vente d'un bien appartenant à la faillite.

La mauvaise foi du prévenu a été contestée en appel. Lors de son audition devant les agents de la police, l'appelant a déposé avoir vendu le véhicule au mois de février 2012 à l'entreprise **SOC2.)**, à un dénommé **B.)** et qu'il n'est plus en possession du contrat de vente.

Il résulte du Memorial C que la société acquéreuse **SOC2.)** n'a été constituée qu'en mars 2012 et qu'un dénommé **B.)** ne figure ni parmi les gérants, ni parmi les associés de cette dernière. Il appert encore du dossier pénal que le contrat de vente en cause n'a jamais été enregistré auprès de société nationale du contrôle automobile. A ces éléments s'ajoute que le prévenu n'a pas pu produire le contrat de vente, ni une pièce justifiant du sort du prix de vente.

Les juges de première instance sont à confirmer en ce qu'ils ont dit que la mauvaise foi du prévenu résulte de ce qu'il ne pouvait pas ignorer que le fait de vendre le véhicule de la société sans remployer les fonds dans cette dernière consistait à dépouiller la société de son actif.

Il résulte de ces développements que l'infraction de banqueroute frauduleuse a été à bon droit retenue à l'encontre de l'appelant.

Quant aux faits de banqueroute simple retenus à charge du prévenu, au regard de l'aveu du prévenu et des dépositions du curateur, le jugement de première instance est à confirmer en ce que l'appelant a été déclaré convaincu de la prévention à l'article 574, 6° du Code de commerce pour ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire prescrits par la loi.

Le fait de charger un comptable de tenir la comptabilité de la société sans payer les honoraires dus, ne saurait décharger l'appelant de l'obligation lui incombant légalement.

C'est à bon droit que l'appelant a été déclaré convaincu de l'infraction de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements nécessaires.

Quant à l'omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai légal

En considération d'un côté de ce que la date de cessation des paiements de la société faillie a été fixée au 6 décembre 2011 par la présente décision et de l'autre côté de ce que le 4 juin 2012, le prévenu a fait l'aveu de la cessation des paiements de la société en cause, il y a lieu de préciser le libellé de l'infraction à l'article 574, 4° du Code de commerce retenue à charge de l'appelant comme suit: « depuis le 6 janvier 2012 et jusqu'au 4 juin 2012, **X.**), en sa qualité de gérant de la société, a violé l'article 440 du Code de commerce auquel renvoie l'article 574 4° du même code, en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal d'un mois suivant la cessation des paiements ».

Par adoption des moyens des juges de première instance, le jugement entrepris est encore à confirmer pour avoir condamné le prévenu pour défaut de publications des comptes annuels de la société **SOC1.)** au registre de commerce et des sociétés en infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite.

Quant à l'infraction à l'article 449(1) 3) du Code de la sécurité sociale et à l'article 491 du Code pénal.

Il résulte des pièces versées par le curateur de la faillite de la société **SOC1.)** que les cotisations sociales retenues sur les salaires des employés des années 2011 et 2012 n'ont pas été continuées au Centre commun de la sécurité sociale pour un montant de 20.145,89 euros.

L'appelant conteste cette infraction et conclut à son acquittement au motif qu'il n'y a pas eu d'initiative de la Sécurité sociale.

Il ne résulte nullement des dispositions pénales de l'article 449 du Code de la sécurité sociale que cette infraction soit conditionnée par une initiative de la Sécurité sociale, de sorte que ce moyen est à rejeter et le jugement entrepris est à confirmer pour avoir retenu le prévenu dans les liens de cette prévention.

Du chef de ces mêmes faits, les juges de première instance ont acquitté l'appelant de la prévention d'abus de confiance au motif que dans le système luxembourgeois de Sécurité sociale, les parts salariales non payées au CCSS, sont dues au titre du régime légal de droit commun obligatoire de la Sécurité sociale et l'on ne saurait dès lors considérer que **X.)** a agi au titre d'un quelconque contrat avec ses salariés ou le Centre Commun de la Sécurité Sociale, en l'occurrence comme mandataire ni de ses salariés, ni de l'Etat ou du Centre Commun de la Sécurité Sociale(cf. Cour d'appel du 30.4.2013, arrêt n° 235/13).

Les cotisations sociales sont effectivement dues au titre du régime légal obligatoire de la sécurité sociale. La part salariale de ces cotisations représente

la retenue effectuée par l'employeur sur les salaires des personnes qu'il occupe, de sorte qu'elle est due par le salarié et non par l'employeur, qui agit pour le compte du salarié lorsqu'il continue lesdites cotisations au centre commun de la sécurité sociale.

Dans le cadre de l'abus de confiance, l'objet détourné doit avoir préalablement été remis par la victime en vertu d'un des contrats énumérés à l'article 491 du Code pénal. Or, il est des plus artificiel d'apercevoir une remise préalable de cette part salariale des cotisations sociales par le salarié à l'employeur, de sorte que c'est à bon droit que les juges de première instance ont acquitté l'appelant de cette infraction libellée à son encontre.

L'appelant est en aveu d'avoir eu, depuis 2009 jusqu'au 30 août 2011, recours à une personne interposée dans le cadre de l'exercice des diverses activités de la société **SOC1.**) autres que celle relative au commerce de peinture. Le jugement entrepris est dès lors à confirmer pour avoir retenu l'appelant dans les liens de l'infraction à l'article 5 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, ainsi qu'à certaines professions libérales, d'avoir eu recours à une personne interposée dans le but d'éluider les dispositions de la précitée loi.

Etant donné que l'appelant n'a plus eu d'activité par le biais de la société **SOC1.)** de mars 2012 jusqu'au jour de la faillite, il a été acquitté à bon droit de l'infraction à l'article 39 (3) a) de la nouvelle loi du 2 septembre 2011.

Les règles sur le concours d'infractions ont été régulièrement énoncées et appliquées par les juges de première instance et sont à confirmer.

La peine d'emprisonnement de douze mois est à confirmer, sauf qu'il y a lieu de tenir compte de la situation financière précaire de l'appelant et du fait qu'il est père de famille et en assume la charge, de sorte qu'il y a lieu d'assortir l'intégralité de l'exécution de cette peine d'emprisonnement du sursis simple.

L'amende prononcée en première instance sur base de l'article 70 du Code pénal n'est que facultative, de sorte qu'il échet d'en faire abstraction, eu égard à la situation familiale de l'appelant et de l'en décharger.

La réintégration à la masse des créanciers du montant de 1.000 euros sur base de l'article 579 du Code de commerce est à confirmer.

Conformément à l'article 583 du Code de commerce, la publication du présent arrêt est à ordonner.

PAR CES MOTIFS,

La Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu entendu en ses explications, son mandataire en ses moyens, le demandeur au civil en ses conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

déclare irrecevable l'appel au civil relevé par **X.)** ;

reçoit les autres appels ;

dit l'appel de X.) partiellement fondé ;

réformant,

fixe la date de la cessation de paiement au 6 décembre 2011 ;

confirme la peine d'emprisonnement de douze mois prononcée à l'encontre de X.) par le jugement entrepris ;

assortit du sursis simple l'exécution de l'intégralité de cette peine de prison ;

décharge X.) de l'amende prononcée à son encontre en première instance et de la durée de la contrainte par corps y relative ;

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

ordonne que le présent arrêt 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 qu'il sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent arrêt, aux frais du contrevenant ;

condamne X.) aux frais de sa poursuite pénale en instance d'appel, ces frais liquidés à 23,30 euros.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en retranchant l'article 70 du Code pénal et en ajoutant les articles 199, 202, 203, 211 et 626, 627 et 628 du Code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, date qu'en tête par Monsieur Michel REIFFERS, président de chambre, Mesdames Marianne PUTZ et Odette PAULY, premiers conseillers, et signé, à l'exception du représentant du ministère public, par Monsieur Michel REIFFERS, Madame Marianne PUTZ, et Monsieur Marc SERRES, greffier, avec la mention, conformément à l'article 83 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, que Madame Odette PAULY, premier conseiller, se trouve à la date de la signature du présent arrêt légitimement empêchée de le signer.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Monsieur Michel REIFFERS, président de chambre, en présence de Monsieur Serge WAGNER, avocat général, et de Monsieur Marc SERRES, greffier.