

Arrêt N°374/16 X
du 22 juin 2016
not 17583/13/CD

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du vingt-deux juin deux mille seize 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 :

P1.), né le (...) à (...) (Belgique), demeurant à L-(...),
prévenu et défendeur au civil, **appelant**

e n p r é s e n c e d e :

Maître Olivier WAGNER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, 60, avenue de la Liberté, agissant en sa qualité de curateur de la société **SOC1.) S.A. en faillite**, ayant eu son siège social à L-(...), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière commerciale du 25 mai 2012,

demandeur au civil, **intimé**

F A I T S :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement à l'encontre du prévenu **P1.)** et des co-prévenues **P2.)** et **P3.)** en présence du demandeur au civil Maître Olivier WAGNER, agissant en sa qualité de curateur de la société **SOC1.) S.A.**, en faillite, par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 21 mai 2015 sous le numéro 1531/2015, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

« Vu le rapport du curateur du 1^{er} octobre 2012.

Vu le procès-verbal numéro 191 du 29 juillet 2013, les rapports numéro 2013/21311/233/DS du 16 octobre 2013, numéro 2013/21311/377/DS du 17 décembre 2013 et numéro 2013/21311/2014/045/DS du 19 février 2014 dressés par la police grand-ducale, circonscription régionale Capellen, CP Steinfort.

Vu l'ordonnance de renvoi numéro 716/14 du 21 mars 2014 de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, renvoyant **P1.**), en application de l'article 132 (1) du code d'instruction criminelle et par application de circonstances atténuantes, devant une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, du chef de banqueroute

Vu la citation à prévenu du 28 août 2014 régulièrement notifiée à **P3.**), **P2.**) et **P1.**).

Au pénal

Aux termes de la citation à prévenus, ensemble l'ordonnance de renvoi, le ministère public reproche à **P3.**), **P1.**) et **P2.**), en leur qualité de dirigeant de la société **SOC1.)** S.A., établie et ayant eu son siège social à L-(...), inscrite au RCS sous le numéro B (...), déclarée en faillite suivant jugement commercial n° 811/2012 (faillite n° 400/2012) du 25 mai 2012 de la IIème chambre commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, d'avoir commis les infractions suivantes :

I.P3.), **P2.**) et **P1.**), en leur qualité de dirigeant de la société **SOC1.)** S.A

1) Défaut de publication des bilans

depuis le 1er août 2011, au Registre de Commerce et des Sociétés à Luxembourg, de ne pas avoir publié dans le délai légal l'inventaire, les bilans et les comptes de profits et pertes de l'année 2010 relatif à la société **SOC1.)** S.A.,

2) Défaut d'autorisation d'établissement

depuis un temps non prescrit, jusqu'au 25 mai 2012, date du jugement de faillite, en tant qu'administrateur de la société **SOC1.)** S.A. au siège social de celle-ci à L-(...),

d'avoir exercé l'activité d'éditeur sans avoir été en possession de l'autorisation du ministère ayant dans ses attributions les autorisations d'établissements, respectivement de s'être établi à Luxembourg pour y exercer l'activité de commerçant sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise,

3) Banqueroute simple

A) depuis début décembre 2011, date de la fin de la tenue des comptes généraux par **SOC2.)** S.A. jusqu'au 25 mai 2012, date du prononcé de la faillite, au siège de la société **SOC1.)** S.A.

principalement de ne pas avoir tenu pour la société **SOC1.)** S.A. les livres de commerce exigés par l'article 8 de du Code de Commerce et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de Commerce;

subsidiairement d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive ;

B) depuis le 22 décembre 2011, date d'un commandement avant saisie-exécution signifié par l'huissier de justice Geoffrey GALLE en exécution d'un jugement rendu contradictoirement le 6 octobre 2011 par la VIème chambre commerciale du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, condamnant la société **SOC1.)** S.A. au paiement du montant au principal de 157.877,31 euros, sinon depuis un temps non-prescrit même antérieur, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements pour la société **SOC1.)** S.A., dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

II.P1.), en sa qualité de dirigeant de la société **SOC1.)** S.A

après le 22 décembre 2011, date de la cessation des paiements, dans l'arrondissement de Luxembourg, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif, en détournant, puis en dissimulant les parties de l'actif suivantes :

Magasin d'acquisition	Objet détourné	Valeur en euros
MAG1.)	K/HP DC5850sff/dl e5300 1GB 160GB+2X1GB	450,00
MAG1.)	Oem/ms Office Ed 2007 V2/FR MLK 1 pk	205,00
MAG1.)	I/MAC/2660 4GB 640GB 24'' SD NL FR NUM	1140,00
MAG1.)	Wireless-G Business Eth Bridge	90,00
MAG1.)	Storcenter IX2 1TB 2x500GB SATA-II USB 2.0	210,00
MAG1.)	Up/Design Standard CS3 Cs4 v.4 En mac	455,00
MAG1.)	CS4 Design Standard v.4 MAC RET IE	1240,00
MAG2.)	Chargeur Haenel Nikon	99,00
MAG3.)	Office Home And Student 2010	56,91
MAG3.)	MACBOOK PRO 15'' ACI7 2.0gh.Z 4gb 500 gb	1525,13
MAG3.)	A12 dvd + r 16 x Jewelcase – 10Pk (2 exemplaires)	25,80
MAG3.)	Satellite C660-1NP Ci5 241Om 2.3 Ghz 4Gb 320 Gb	599,90
MAG3.)	Battery for Macbook 13'' White 9G10301AQ63FA	132,00
Total		6.228,74

subsidiatement, en infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, d'avoir fait des biens de cette société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles en s'appropriant les objets repris dans le tableau ci-dessus, acquis originairement par la société **SOC1.)** S.A.

Les faits

Les éléments du dossier répressif et l'instruction à l'audience ont permis d'établir les faits suivants :

La société **SOC1.)** S.A. est créée le 12 novembre 2003, la société **SOC3.)** S.A. et **P1.)** ayant souscrit chacun à 50% des parts sociales. La société **SOC3.)** S.A., **P1.)** et **A.)** sont nommés administrateurs.

La société **SOC3.)** S.A. est nommée administrateur-délégué avec pouvoir d'engager valablement la société en toutes circonstances par sa seule signature jusqu'à un montant de 5.000 euros. Pour tout montant dépassant 5.000 euros, la société est valablement engagée par les signatures conjointes de deux administrateurs, dont obligatoirement celle de l'administrateur-délégué.

P3.) est l'administrateur-délégué et le bénéficiaire économique de la société **SOC3.)** S.A.

Le 11 décembre 2006, **P2.)** est nommée administrateur de la société en remplacement d'**A.)**.

Le 20 juillet 2007, les administrateurs de la société nomment **P1.)** au poste de président du conseil d'administration.

Le 8 mai 2009, le mandat des 3 administrateurs est confirmé et la durée de leur mandat est fixée jusqu'à l'assemblée générale de 2014.

La société a pour objet social la négociation, l'achat, la vente, l'échange, la location, la promotion, la construction, la transformation, l'aménagement et la mise en valeur de tous les biens immobiliers bâtis ou non bâtis et le commerce d'articles d'ameublement et d'articles pour le bâtiment.

Entre 2003 et 2006, la société **SOC1.)** S.A. réalise un projet immobilier à (...), en conformité à son objet social, et **P3.)** s'occupe de cette activité.

Par la suite la société **SOC1.)** S.A. édite un magazine mensuel intitulé « **MAGAZINE.)** », sans disposer d'une autorisation d'établissement pour cette activité.

Par jugement commercial n°811/2012 du 25 mai 2012, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sur assignation du créancier **SOC4.)** S.A., déclare la société **SOC1.)** S.A. en faillite.

Suivant rapport d'activité du curateur du 1^{er} octobre 2012, la société **SOC1.)** S.A. a un actif de 1.000 euros et des dettes de 693.935,13 euros, dont une dette de 106.430,44 euros auprès de l'Administration des Contributions, une dette de 4.271,85 euros auprès de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines et une dette de plus de 190.000 euros auprès de la société **SOC4.)** S.A..

Le dernier bilan de la société **SOC1.)** S.A. est celui de l'année 2009. Le bilan de l'année 2010 n'est pas publié.

Par courrier du 26 juillet 2011 la société **SOC2.)** S.A., comptable de la société **SOC1.)** S.A., informe cette dernière que les comptes annuels de 2010 doivent être publiés au plus tard le 31 juillet 2011 et qu'elle attend paiement de ses

factures. Le 2 décembre 2011, la société **SOC2.)** S.A. dépose son mandat de comptable de la société en raison « du manque manifeste de collaboration et de promesses de paiement toujours reportées ».

En droit

Quant à la qualité des prévenus

Le Ministère Public recherche la responsabilité pénale des prévenus en leur qualité de « dirigeants de la société **SOC1.)** S.A. ».

P1.) ne conteste pas être l'un des 3 administrateurs de la société **SOC1.)** S.A. depuis sa création jusqu'au jour de la faillite de la société. Il est partant à qualifier de dirigeant de droit de la société.

P2.), fille de **P1.)**, déclare à l'audience qu'elle « pensait ne pas être responsable », son père ayant eu besoin d'une troisième signature. Elle a précisé avoir été engagée et rémunérée comme secrétaire, qu'elle a encodé les factures, préparé les dossiers pour le comptable ainsi que les tableaux des factures impayées pour son père et **P3.)**.

Il est constant en cause qu'en date du 11 décembre 2006, **P2.)** a été nommée administrateur de la société, que sa nomination a été publiée au Mémorial C et que son mandat a été confirmé le 8 mai 2009 pour une nouvelle période de 6 ans. **P2.)** ne saurait dès lors échapper à sa responsabilité pénale pour ne pas avoir eu conscience de son mandat d'administrateur. Elle est partant à qualifier de dirigeant de droit de la société **SOC1.)** S.A..

P3.) déclare à l'audience avoir été « administrateur-délégué de la société **SOC1.)** S.A. » jusqu'en 2010, date à laquelle **P1.)** lui aurait fait signer un document d'après lequel ce dernier serait devenu administrateur délégué alors qu'elle ne serait qu'un simple administrateur, et qu'en raison d'une maladie, elle n'aurait plus pu s'occuper de la gestion de la société. Lors de son audition par la police grand-ducale du 10 octobre 2013, **P3.)** a déclaré « Moi personnellement ai été désignée administrateur délégué parce que je gérais la promotion immobilière ». Elle se considérait dès lors de facto comme administrateur de la société **SOC1.)** S.A..

Elle prétend avoir été manipulée par **P1.)** dont elle était la compagne. Elle nie avoir été informée de la situation financière réelle de la société et avoir eu connaissance du « passage de l'huissier ».

Son mandataire estime qu'elle serait tout au plus à considérer comme dirigeant de fait de la société, pour ne pas faire personnellement partie du conseil d'administration de la société.

Il est constant en cause que **P3.)** est l'administrateur délégué de la société **SOC3.)** S.A., société qu'elle considère comme étant « mon agence immobilière » et que la société **SOC3.)** S.A. est l'administrateur délégué de la société **SOC1.)** S.A., depuis sa création jusqu'au jour de la faillite.

Avant la loi du 3 mars 2010 sur la responsabilité pénale des personnes morales, la responsabilité pénale étant, dans le système de notre législation, individuelle, une peine ne pouvait être prononcée que contre un être réel, mais non pas contre un être moral qui n'est qu'un être fictif (C.A., 10 janvier 1948, P.14, page 307).

La législation luxembourgeoise retenait, en effet, le principe qu'une personne morale ne pouvait commettre une infraction. C'est ainsi la personne physique, par l'intermédiaire de laquelle la société a agi, qui était l'auteur pénalement responsable : en vertu du principe "societas delinquere non potest", la responsabilité pénale incombe au dirigeant responsable en tant qu'il a personnellement posé ou fait poser le fait infractionnel (Thiry; Précis d'Instruction criminel en droit luxembourgeois No 75 p. 65).

Le droit luxembourgeois n'admettant pas encore la responsabilité pénale des personnes morales, il convenait de rechercher la ou les personne(s) physique(s), l'organe ou le préposé, à l'intérieur de la personne morale qui par commission ou par omission est ou sont la cause de l'état infractionnel. Cette solution qui faisait attribuer la responsabilité pénale des délits apparus à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise à celui qui détient le pouvoir de décision, le pouvoir financier, était le plus conforme au but préventif du droit pénal (cf. Trib. Corr. Lux 16 juin 1986, no 974/86, Trib. Corr. Lux. 12 mai 1987 no 896/97, Trib. Corr. Lux. 16 mai 1995, no 1027795, confirmé par Cour 9 juillet 1987, du 6 mai 1996, no 198/96 VI adde Cour 99/00, 14 mars 2000).

La loi du 3 mars 2010 sur la responsabilité pénale des personnes morales, tout en instaurant la responsabilité des personnes morales, a néanmoins prévu que celle-ci n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions. Tout en instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, elle n'a pas pour autant déchargé les responsables au sein d'une personne morale de leur responsabilité pénale personnelle.

Cette loi n'opère aucune substitution de la responsabilité pénale de la personne morale à celle de la personne physique dont la responsabilité pénale est recherchée, non pas en premier lieu en tant qu'organe compétent de la société, mais comme individu ayant commis l'acte illicite (Cour du 1^{er} juin 2010, N° 245/10 V). L'introduction de la

responsabilité pénale des personnes morales est dès lors sans incidence sur une éventuelle responsabilité pénale personnelle du dirigeant d'une personne morale, telle qu'elle a été retenue par la jurisprudence avant la loi de 2010.

En l'espèce, **P3.)**, en contrôlant et en dirigeant en tant qu'administrateur délégué la société **SOC3.)** S.A., doit partant assumer la responsabilité des actes et omissions pénalement répréhensibles posés par cette société. Sa responsabilité n'est partant pas à rechercher en tant que dirigeant de fait, mais en tant que personne physique pénalement responsable du dirigeant de droit de la société **SOC1.)** S.A., i.e. de la société **SOC3.)** S.A..

Quant au défaut de publication de bilans

Le ministère public reproche aux prévenus de ne pas avoir fait publier le bilan de l'année 2010 au plus tard le 31 juillet 2011.

P1.) est en aveu de cette infraction, la société chargée de préparer les bilans n'ayant pas été payée.

P2.) confirme le non-paiement du comptable, mais elle ne s'en est pas sentie responsable. Son mandataire estime qu'elle n'avait ni les capacités, ni le pouvoir de faire procéder à la publication des comptes.

P3.) expose qu'elle se fait entièrement à **P1.)** et qu'elle ne pouvait s'occuper de la société au regard de sa maladie pendant la période litigieuse.

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.

En application des articles précités, le bilan pour l'exercice 2010 aurait dû être publié au plus tard le 1^{er} août 2011, publication qui n'a cependant pas été faite.

Les éléments matériels de l'infraction reprochée aux prévenus se trouvent dès lors établis en l'espèce.

L'existence d'une infraction requiert encore un élément moral. Dans le silence de l'article 163 point 2° précité cet élément moral, 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).

Conformément à la jurisprudence citée ci-dessus, les 3 prévenus sont dès lors présumés se trouver en infraction à l'article 163 point 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 précitée.

Le tribunal constate que les problèmes de santé invoqués par **P3.)** ne l'ont pas dépourvu de toute réaction alors qu'il lui était à tout moment loisible de faire publier la démission de la société **SOC3.)** S.A. comme administrateur de la société **SOC1.)** S.A.. Elle a d'ailleurs précisé à l'audience qu'elle continue à gérer la société **SOC3.)** S.A. jusqu'à ce jour.

Quant à **P2.)**, en l'absence des compétences nécessaires, elle aurait pu refuser le mandat d'administrateur.

Si le législateur a imposé au moins trois administrateurs pour les sociétés anonymes, c'est notamment afin d'assurer une surveillance réelle de la société et une protection des tiers. Chaque administrateur a une propre responsabilité et il ne peut s'en décharger en invoquant la responsabilité des autres administrateurs.

Au vu des développements qui précèdent, le Tribunal vient à la conclusion que **P3.)** et **P2.)** n'ont pas prouvé une cause de justification de sorte que l'élément moral se trouve également établi en l'espèce.

Les 3 prévenus sont dès lors à retenir dans les liens de l'infraction de défaut de publication de bilans pour l'année 2010.

Quant au défaut d'autorisation d'établissement

Le ministère public reproche aux trois prévenus d'avoir, depuis un temps non prescrit jusqu'au 25 mai 2012 exercé l'activité d'éditeur sans avoir été en possession de l'autorisation du ministère ayant dans ses attributions les autorisations d'établissements, respectivement de s'être établi à Luxembourg pour y exercer l'activité de commerçant sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise.

Les trois prévenus ne contestent pas que la société **SOCL.)** S.A. n'a à aucun moment disposé d'une autorisation pour exercer une activité d'éditeur au Luxembourg.

P1.), après avoir été impliqué dans la faillite d'une société en 2008, a dès 2008 édité un magazine paraissant 11 fois par année, et ce jusqu'à la faillite de la société par le biais de la société **SOCL.)** S.A..

P2.) et **P3.)** admettent toutes les deux avoir eu parfaitement conscience du défaut d'autorisation d'établissement, et y avoir été rendues attentives par le comptable de la société mais avouent ne pas être intervenues afin de régulariser la situation.

Tant l'article 1 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, que l'article 1 de la loi du 2 septembre 2011 portant le même nom, ayant abrogé et remplacé la loi du 28 décembre 1988, prohibent l'exercice d'une activité indépendante dans le domaine du commerce, de l'artisanat, de l'industrie ou des professions libérales visées par la loi sans être titulaire d'une autorisation d'établissement.

Le non-respect de cette obligation d'autorisation constitue une infraction pénale tant aux termes des dispositions de l'article 20 (1) al. 4 de l'ancienne loi de 1988 que de l'article 39 (3) point a) de la nouvelle loi de 2011.

La loi du 2 septembre 2011 a été publiée au mémorial en date du 22 septembre 2011 ; elle est dès lors entrée en vigueur 3 jours francs plus tard, à savoir le 25 septembre 2011. Il échet encore de constater que les faits se sont déroulés tant avant qu'après l'entrée en vigueur de la loi du 2 septembre 2011, partant tantôt sous l'empire de la loi du 28 décembre 1988, tantôt sous l'empire de la loi du 2 septembre 2011.

Il est de jurisprudence que les infractions à la législation réglementant chacune l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, constituent des infractions continues (Cour, no 26/07 X du 10 janvier 2007).

Il est encore de doctrine constante que la loi nouvelle même plus sévère s'applique aux infractions continues dont les actes matériels persistent après son entrée en vigueur (Droit pénal général, F. Desportes et F. Le Guehec, seizième édition, numéro 443, éd. Economica).

Lorsqu'une infraction continue a commencé sous l'empire d'une loi et qu'elle est continuée sous l'empire d'une loi plus sévère que la première, cette loi nouvelle plus sévère est applicable, lorsque tous les éléments constitutifs de l'infraction sont présents au moment où la loi nouvelle entre en vigueur (Cass. belge, 24.9.1974, Pas 1975, 89). En effet, dans la mesure où l'infraction, qui a débuté sous l'empire d'une loi, perdure sous une nouvelle loi, même plus sévère, il faut se situer au moment de cette loi qui doit s'appliquer sans que le principe de la non-rétroactivité des lois ne soit violé (Cour, no 195/06 V du 4 avril 2006).

Il échet dès lors d'appliquer les dispositions de la loi du 2 septembre 2011 à l'infraction dont le tribunal est appelé à connaître.

L'article 39 (3) point a) de la loi du 2 septembre 2011 dispose que « sont punis, pour les personnes physiques, d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois ans et d'une amende de 251 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement, et pour les personnes morales, d'une amende de 500 à 250.000 euros, ceux qui :

a) s'établissent au Luxembourg pour y exercer une activité visée à la présente loi sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise. ».

La loi exige en conséquence une certaine organisation d'une activité au Luxembourg et des actes professionnels répétitifs qui ont lieu pendant un certain laps de temps.

En l'espèce, il est établi sur base des éléments du dossier répressif et des aveux des prévenus que la société **SOCL.)** S.A. exerce au Luxembourg depuis 2008 et jusqu'au printemps 2012, de façon régulière et répétitive, l'activité d'éditeur d'un magazine paraissant 11 fois par année, partant une activité visée par la loi du 2 septembre 2011, sans disposer de l'autorisation d'établissement nécessaire.

Eu égard aux développements ci-dessus, **P1.)** et **P2.)**, en leur qualité de dirigeant de droit, et **P3.)**, en sa qualité de représentant du troisième dirigeant de droit, sont à retenir dans les liens de l'infraction qui leur est reprochée.

Quant à la banqueroute simple

Les infractions de banqueroute 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. René 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.

Il échet dès lors d'examiner ces conditions dans le chef des prévenus.

Qualité de commerçant

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 commerçants (cf. G. SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, sub art 489-490, n°10 et références citées).

Il appartient au juge de rechercher la personne physique, organe ou préposé, sur laquelle pèse la responsabilité pénale d'une infraction commise par une société commerciale. Il peut s'agir des dirigeants de fait (Cass. belge 1er octobre 1973 Pas. 1974, I, 94).

Il résulte du dossier répressif que **P1.)** et **P2.)** étaient dirigeants de droit de la société **SOC1.)** S.A. et que **P3.)** représentait l'administrateur délégué **SOC3.)** S.A. dans le conseil d'administration. Il résulte encore des déclarations des prévenus et du dossier répressif que **P1.)** dirigeait, en fait, la société à partir de 2008 jusqu'à la faillite, que **P2.)** était le secrétaire de la société à cette époque et que l'administrateur délégué **SOC3.)** S.A., représenté par **P3.)**, n'a jamais démissionné de son poste jusqu'au jour de la faillite.

Il appartenait partant aux prévenus de veiller au respect des obligations légales qui leur incombaient en raison de leur qualité de dirigeants de droit de la société, respectivement, pour **P3.)**, de représentant d'un dirigeant de droit. Ils sont partant individuellement responsables des actes posés par la société **SOC1.)** S.A. à leur initiative, respectivement de leurs omissions.

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 1^{er} du code de commerce, l'état de faillite se caractérise par la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit.

La cessation de paiements consiste dans l'impossibilité constatée devant laquelle se trouve un débiteur pour faire face à ses engagements (TA Lux., 15 juillet 1992, n° 41412). 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).

Il ressort du rapport du curateur ainsi que des déclarations de **P1.)** et **P2.)** que la société **SOC1.)** S.A. n'avait plus d'actifs pour honorer ses dettes.

Le 28 mars 2011 la société **SOC4.)** S.A. a assigné la société **SOC1.)** S.A. pour obtenir la condamnation de cette dernière à lui payer des factures pour un montant de 157.877,31 euros, factures datant de novembre 2009 à août 2010. A l'audience des plaidoiries, la société **SOC1.)** S.A. n'a pas contesté ces factures et elle a été condamnée, par jugement du 6 octobre 2011, au paiement de ces factures.

Un commandement avant saisie-exécution a été dressé par l'huissier de justice le 22 décembre 2011, sur base du jugement précité du 6 octobre 2011, et un procès-verbal de carence a été dressé par l'huissier de justice en date du 27 janvier 2012.

Il résulte encore des courriers de la société comptable qu'elle refusait, dès juin 2011, de faire des prestations pour la société **SOC1.) S.A.**, ses factures étant impayées.

Au vu des prédicts éléments, il faut constater que la société **SOC1.) S.A.** était confrontée à des dettes qu'elle ne pouvait plus régler.

La société **SOC1.) S.A.** 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 paiements, 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).

En faisant assigner en faillite la société **SOC1.) S.A.** par exploit d'huissier du 18 avril 2012, la société **SOC4.) S.A.** n'accordait plus aucun délai de paiement à la société **SOC1.) S.A.**, de sorte qu'il y a eu ébranlement du crédit commercial.

La société **SOC1.) S.A.** se trouvait partant en état d'ébranlement de crédit et, 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).

Dans le jugement de faillite du 25 mai 2012, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 25 novembre 2011.

Il résulte des développements ci-avant que déjà bien avant l'assignation en faillite du 18 avril 2012, la société ne payait plus ses dettes, notamment celles envers son créancier **SOC4.) S.A.** et il y a lieu de fixer la date de cessation des paiements au 22 décembre 2011, date d'un commandement avant saisie-exécution dressé par l'huissier de justice sur base du jugement précité du 6 octobre 2011.

Les infractions de banqueroute simple

A) non-respect de l'obligation de tenir les livres de commerce et l'inventaire

Il est reproché aux trois prévenus, depuis début décembre 2011, date de la fin de la tenue des comptes généraux par la société **SOC2.) S.A.** jusqu'au 25 mai 2012, date du prononcé de la faillite, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC1.) S.A.** les livres de commerce et l'inventaire, respectivement d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive.

Il est constant en cause que la société **SOC2.) S.A.** a tenu la comptabilité de la société **SOC1.) S.A.** de 2010 à 2011. Le 2 décembre 2011, la société **SOC2.)** a résilié avec effet immédiat son mandat de comptable en raison d'un manque de collaboration et d'un défaut de paiement de ses honoraires.

Le curateur de la faillite de la société **SOC1.) S.A.** a confirmé aux enquêteurs qu'il dispose de pièces comptables pour l'année 2011, mais plus pour l'année 2012.

A l'audience, **P1.)** et **P2.)** ont admis avoir été conscient que la société **SOC2.) S.A.** ne faisait plus de travaux de comptabilité faute de trésorerie suffisante pour régler les honoraires comptables.

P3.) a déclaré avoir fait confiance à **P2.)** et **P1.)**.

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.

Au vu de ces éléments et en l'absence de toute pièce permettant d'établir la tenue d'une comptabilité à partir de décembre 2011, il y a lieu de retenir que depuis cette date et jusqu'au jour de la faillite, les livres comptables de la société n'ont plus été tenus et qu'aucun inventaire n'a été dressé.

Le mandataire de **P3.)** estime que la société **SOC1.)** S.A. n'avait pas l'obligation de dresser un inventaire.

D'après l'article 15 (anciennement article 10) du code de commerce, toute entreprise doit établir une fois par année un inventaire. Cet article ne fait pas d'exception pour certaines catégories de sociétés. Au contraire, il impose que les avoirs et droits de toute nature doivent figurer à l'inventaire, ainsi que les dettes, obligations et engagements de toute nature.

L'argument du mandataire de **P3.)** est partant à rejeter.

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).

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 (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).

Les trois prévenus, en leur qualité d'administrateur respectivement représentant d'un administrateur de la société **SOC1.)** S.A. ont commis une faute personnelle en ce qu'ils ont omis de prendre les mesures nécessaires pour tenir la comptabilité de la société, sinon pour payer un éventuel comptable chargé par la société, pour empêcher ainsi la réalisation de l'infraction de la non-tenue des livres de comptabilité et de l'inventaire. En outre, sur base de pièces comptables, la situation financière de la société aurait pu être mieux évaluée par ses actionnaires, et il aurait pu être décidé en temps utile de faire l'aveu de la cessation des paiements et éviter un accroissement des dettes de la société.

Eu égard à ces considérations, il y a lieu de retenir les prévenus dans les liens de la prévention leur reprochée à titre principal.

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

Le ministère public reproche encore aux trois prévenus de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal.

P1.) et **P2.)** avaient conscience des dettes importantes de la société. **P1.)** fait état d'investissements, notamment dans une société de droit belge, qui n'aurait pas porté ses fruits, mais qu'il n'aurait pas perdu l'espoir d'obtenir le remboursement des investissements. **P3.)**, elle conteste avoir eu connaissance de l'état réel des finances de la société.

Force est de constater que le curateur fait état d'un passif de +/-700.000 euros, face à un actif de 1.000 euros.

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.

Tel que retenu ci-avant, l'époque de la cessation des paiements est fixée au 22 décembre 2011.

Il est constant en cause que les prévenus ne se sont jamais rendus au greffe du tribunal de commerce, bien qu'il ait été obligés de ce faire, par application du texte légal au cas d'espèce, entre le 22 décembre 2011 et le 22 janvier 2012. Au vu des aveux de **P1.)** et **P2.)**, il est d'ailleurs établi qu'ils avaient conscience que la société **SOC1.)** S.A. n'avait plus les moyens financiers pour régler ses dettes.

P3.) ne saurait invoquer son manque d'informations alors qu'elle aurait pu les obtenir notamment en faisant convoquer une assemblée pour approuver les comptes de l'année 2010, respectivement de l'année 2011.

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).

Le fait de retarder la faillite de la société **SOCl.)** S.A. avait pour conséquence de laisser les créanciers de la société dans l'incertitude quant à la situation financière de son débiteur et de laisser s'accroître le passif.

En tant que dirigeants la société **SOCl.)** S.A., les trois prévenus avaient une obligation de réagir.

Au vu des éléments du dossier répressif il y a lieu de retenir que les trois prévenus ont manqué à leur obligation légale prévue à 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.

La sanction des faits prévue à l'article 574 du code de commerce est la banqueroute simple facultative.

La banqueroute étant facultative le Tribunal estime que les fautes prémentionnées, commises par les trois prévenus sont suffisamment graves pour les retenir dans les liens de la prévention de banqueroute simple, sauf à reporter le point de départ de l'infraction au 22 janvier 2012, date à laquelle l'aveu de la faillite aurait dû être fait au plus tard.

L'infraction de banqueroute frauduleuse

Le ministère public reproche encore à **P1.)** de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse en détournant, puis en dissimulant les parties de l'actif repris dans le tableau mentionné page 4, sinon, en infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, d'avoir fait des biens de la société **SOCl.)** S.A. un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles en s'appropriant les objets repris dans le tableau prémentionné, acquis originairement par la société **SOCl.)** S.A..

Par courrier du 12 février 2014 adressé aux enquêteurs, le prévenu a pris position sur ce reproche : « Ces biens ont été transférés, avec l'autorisation de Madame **P3.)** dans la société **SOCl.)** SARL. Je donne à considérer qu'elle n'a jamais émis une seule objection à ce transfert dans la société **SOCl.)** SARL. Je suis disposé à régulariser la situation et à payer à sa juste valeur ces biens ».

Dans ce contexte, il faut noter que la société **SOCl.)** s.à r.l. a été créée en juin 2012 par **P2.)** et par **B.)**, que **P2.)** a cédé en septembre 2012 toutes ses parts à **P1.)** et que la société a été déclarée en état de faillite le 15 novembre 2013.

A l'audience, le prévenu a précisé que le matériel aurait été présent quand « le curateur était passé ».

Il résulte cependant du dossier répressif que le curateur a dressé un procès-verbal de carence, 4 jours après le prononcé de la faillite de la société **SOCl.)** S.A..

Il a indiqué tant aux agents de police qu'à l'audience n'avoir récupéré aucun de ces biens.

Le mandataire du prévenu admet qu'il s'est approprié ces biens après la date de cessation des paiements sans disposer d'un titre de propriété sur ces biens et que l'infraction est établie dans son chef, mais qu'il y a lieu de rectifier les montants mis en compte dans la citation, le matériel n'ayant plus eu la valeur d'achat au moment de la faillite.

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

Il résulte des factures versées au dossier répressif que la société **SOCl.)** S.A. a acquis les biens litigieux entre mai 2009 et juillet 2011. Les biens faisaient partant partie de l'actif de la société.

Eu égard aux aveux du prévenu, l'acte de détournement ou de dissimulation d'une partie de l'actif de la société **SOCl.)** S.A. est établi dans son chef.

-un élément moral : une intention dolosive caractérisée

L'infraction de banqueroute frauduleuse exige un dol spécial. L'intention frauduleuse 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).

En l'espèce, l'intention dolosive caractérisée du prévenu résulte à suffisance de ses aveux qui a déclaré aux agents de police en février 2014 vouloir régulariser la situation, mais qui, au jour de l'audience, n'a ni restitué les objets au curateur, ni payé une indemnité correspondant à leur valeur au moment de la faillite. La mauvaise foi du prévenu en relation avec les faits de banqueroute frauduleuse pour détournement des objets litigieux est partant établie.

Au vu des développements qui précèdent, le Tribunal retient que le détournement du matériel informatique prémentionné au préjudice de la masse est établi et que **P1.)** est à retenir dans les liens de l'infraction libellée en ordre principal.

Quant à la qualité des prévenus le Tribunal retient que les trois prévenus ont agi comme coauteurs dans la mesure où leur rôle a consisté à coopérer directement aux infractions leur reprochées et à procurer une aide telle que sans leur assistance, les infractions n'auraient pas pu être commises.

P3.), P1.) et **P2.)** sont partant **convaincus** par les débats menés à l'audience, les déclarations du témoin et les aveux partiels des prévenus, ensemble les éléments du dossier répressif:

« comme co-auteurs ayant-eux même commis les infractions,

en leur qualité de dirigeant de la société SOCI.) S.A., établie et ayant eu son siège social à L-(...), inscrite au RCS sous le numéro B (...), déclarée en faillite suivant jugement commercial n° 811/2012 (faillite n° 400/2012) du 25 mai 2012 de la IIème chambre commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,

1) défaut de publication de bilans,

depuis le 1er août 2011, 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, les bilans et les comptes de profits et pertes de l'année 2010 relatif à la société SOCI.) S.A.,

2) défaut d'autorisation d'établissement,

depuis 2008 jusqu'au 25 mai 2012, date du jugement de faillite, en tant qu'administrateurs de la société SOCI.) S.A. au siège de celle-ci sis à L-(...),

en infraction aux articles 1 et 22 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 exercé une activité sans avoir été en possession de l'autorisation du ministère ayant dans ses attributions les autorisations d'établissements, respectivement en infraction à l'article 39 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, publiée au Mémorial A du 22 septembre 2011, de s'être établi à Luxembourg pour y exercer une activité visée à la présente loi sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise,

en l'espèce, d'avoir exercé l'activité d'éditeur sans avoir été en possession de l'autorisation du ministère ayant dans ses attributions les autorisations d'établissements, respectivement de s'être établi à Luxembourg pour y exercer l'activité de commerçant loi sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise,

3) banqueroute simple,

A) depuis début décembre 2011, date de la fin de la tenue des comptes généraux par SOC2.) S.A. jusqu'au 25 mai 2012, date du prononcé de la faillite, au siège de la société SOCI.) S.A., établie et ayant eu son siège social à L-(...),

de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour,

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 de 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), 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, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés) ;

B) depuis le 22 janvier 2012, soit un mois après la date d'un commandement avant saisie-exécution signifié par l'huissier de justice Geoffrey GALLE en exécution d'un jugement rendu contradictoirement le 6 octobre 2011 par la VIème chambre commerciale du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, condamnant la société (SOC1.) S.A. au paiement du montant au principal de 157.877,31€ euros, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 440 du Code de Commerce et à l'article 574 4° du Code de commerce, articles sanctionnés par l'article 489 du Code pénal de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements pour la société (SOC1.) S.A., établie et ayant eu son siège social à L-(...), dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements ;

P1.) est encore convaincu :

« comme auteur ayant lui-même commis l'infraction,

en sa qualité de dirigeant de droit de la société (SOC1.) S.A., établie et ayant eu son siège social à L-(...), inscrite au RCS sous le numéro B (...), déclarée en faillite suivant jugement commercial n° 811/2012 (faillite n° 400/2012) du 25 mai 2012 de la 11^e chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg,

après le 22 décembre 2011, date de la cessation des paiements,

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 ou dissimulé une partie de son actif,

en l'espèce, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse en sa qualité de dirigeant de droit de la société (SOC1.) S.A. pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif, en détournant, puis en dissimulant les parties de l'actif suivantes :

Magasin d'acquisition	Objet détourné	Valeur en euros
MAG1.)	K/HP DC5850sff/dl e5300 1GB 160GB+2X1GB	450,00
MAG1.)	Oem/ms Office Ed 2007 V2/FR MLK 1 pk	205,00
MAG1.)	I/MAC/2660 4GB 640GB 24'' SD NL FR NUM	1140,00
MAG1.)	Wireless-G Business Eth Bridge	90,00
MAG1.)	Storcenter IX2 1TB 2x500GB SATA-II USB 2.0	210,00
MAG1.)	Up/Design Standard CS3 Cs4 v.4 En mac	455,00
MAG1.)	CS4 Design Standard v.4 MAC RET IE	1240,00
MAG2.)	Chargeur Haenel Nikon	99,00
MAG3.)	Office Home And Student 2010	56,91
MAG3.)	MACBOOK PRO 15'' ACI7 2.0gh.Z 4gb 500 gb	1525,13
MAG3.)	A12 dvd + r 16 x Jewelcase – 10Pk (2 exemplaires)	25,80
MAG3.)	Satellite C660-1NP Ci5 241Om 2.3 Ghz 4Gb 320 Gb	599,90
MAG3.)	Battery for Macbook 13'' White 9G10301AQ63FA	132,00
Total		6.228,74

Les peines

Il y a lieu de préciser que plusieurs faits de banqueroute constituent des infractions distinctes qui sont en concours réel entre elles (CSJ, 7 juillet 2009, n° 353/09; CSJ, 1^{er} juillet 2009, n° 345/09). Ces infractions sont en concours réel avec l'infraction de défaut d'autorisation d'établissement. Il y a dès lors lieu à 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.

Quant à P2.) et à P3.)

La peine la plus forte est celle prévue pour le défaut d'autorisation d'établissement.

L'article 39 (3) de la loi précitée du 2 septembre 2011 prévoit une peine d'emprisonnement de huit jours à trois ans et une amende de 251 à 125.000 euros, ou l'une de ces peines seulement.

Les deux prévenues, tout en ne pouvant ignorer la situation financière de la société et en sachant qu'elle publiait, de 2008 à 2012 un magazine sans disposer d'une autorisation à cet effet, n'ont pas réagi et se sont retranchées à l'audience derrière leur lien d'affection avec **P1.)** respectivement une maladie. Au regard de leur attitude, le Tribunal décide de condamner **P2.)** et **P3.)** à une peine d'emprisonnement de **trois (3) mois** et à une amende de **mille (1.000) euros**.

P3.) et **P2.)** n'ont pas subi jusqu'à ce jour de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et elles ne semblent pas indignes de l'indulgence du tribunal; il échet en conséquence de leur accorder la faveur du **sursis intégral** quant à la peine d'emprisonnement à prononcer à leur encontre.

Quant à **P1.)**

La peine la plus forte est celle prévue pour la banqueroute frauduleuse punie de la peine de réclusion de cinq à dix ans selon l'article 489 du Code pénal.

En vertu de la décriminalisation opérée par la Chambre du conseil et en application de l'article 74 du Code pénal, cette peine est commuée en peine d'emprisonnement de trois mois au moins. Une peine d'amende pourra également être prononcée en application de l'article 77 du Code pénal.

Au vu de la gravité des faits, du rôle prépondérant joué par **P1.)** entre 2008 et 2012 dans le cadre de la gestion de l'entreprise et du fait que les importantes dettes de la société se sont accumulées à cette époque, le Tribunal décide de condamner **P1.)** à une peine d'emprisonnement de **quinze (15) mois** et à une amende de **trois mille (3.000) euros**.

P1.) n'a pas encore subi de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et il ne semble pas indigne de l'indulgence du Tribunal. Il échet en conséquence de lui accorder la faveur du sursis probatoire quant à la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre, dont les conditions sont précisées au dispositif du présent jugement.

Au regard des dispositions de l'article 583 du code de commerce, il y a lieu d'ordonner 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 **JOURN1.)** et **JOURN2.)**, 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, la Cour ou le Tribunal saisi statueront, lors même qu'il y a 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.

En l'espèce le Tribunal retient à charge de **P1.)** l'infraction de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné une partie de l'actif de la société **SOC1.)** S.A. repris dans le tableau ci-dessus.

Conformément aux conclusions du ministère public le tribunal correctionnel ordonne partant la réintégration à la masse des créanciers de la faillite de la société **SOC1.)** S.A. du matériel informatique prémentionné et frauduleusement détourné par **P1.)**.

Au civil

A l'audience du 4 mai 2015, Maître Olivier WAGNER agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC1.)** S.A., se constitua partie civile au nom et pour compte de la société **SOC1.)** S.A., préqualifiée, demanderesse au civil, contre le prévenu **P1.)**, préqualifié, défendeur au civil.

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

(...)

Quant à la demande en remboursement des prélèvements injustifiés et en réintégration à la masse du matériel photographique ainsi que du véhicule Porsche, force est de constater que le Tribunal n'est pas saisi du détournement de ces objets de sorte qu'il est incompétent pour connaître de cette demande.

Quant à la demande en réintégration du matériel informatique détourné à la masse le curateur admet qu'il s'agit des mêmes objets que ceux mentionnés dans la citation du ministère public. Eu égard à la décision à intervenir au pénal le Tribunal est compétent pour connaître de cette demande.

La partie civile n'a qualité pour exercer l'action civile que si elle a un intérêt à agir, c'est-à-dire si elle justifie d'un dommage qui est la suite directe du fait constituant l'infraction.

Au vu de la réintégration ordonnée ci-dessus à la masse des créanciers du matériel informatique détourné la société en faillite, demanderesse au civil, ne subit actuellement plus de préjudice de sorte que sa demande est à déclarer irrecevable.

PAR CES MOTIFS :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **seizième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, **P3.**), **P1.**) et **P2.**) ainsi que leurs mandataires entendus en leurs explications et moyens de défense, tant au pénal qu'au civil, la demanderesse au civil entendu en ses conclusions et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

Au pénal

P3.)

c o n d a m n e P3.) du chef des infractions retenues à sa charge à une **peine d'emprisonnement de trois (3) mois** et à une **amende de mille (1.000) euros**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 39,59 euros ;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à vingt (20) jours ;

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

a v e r t i t P3.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, elle aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine privative de liberté ou à une peine plus grave pour crimes ou délits de droit commun, la peine de prison prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al. 2 du code pénal ;

P2.)

c o n d a m n e P2.) du chef des infractions retenues à sa charge à une **peine d'emprisonnement de trois (3) mois** et à une **amende de mille (1.000) euros**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 39,59 euros ;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à vingt (20) jours ;

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

a v e r t i t P2.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, elle aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine privative de liberté ou à une peine plus grave pour crimes ou délits de droit commun, la peine de prison prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al. 2 du code pénal ;

P1.)

c o n d a m n e P1.) du chef des infractions retenues à sa charge à une **peine d'emprisonnement de quinze (15) mois** et à une **amende de trois mille (3.000) euros**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 39,59 euros ;

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

d i t qu'il sera **sursis** à l'exécution de l'**intégralité** de la peine d'emprisonnement prononcée contre **P1.)** et le place sous le régime du **sursis probatoire** pendant une durée de trois (3) ans en lui imposant l'obligation de procéder à la réintégration à laquelle il a été condamné ;

a v e r t i t P1.) qu'au cas de soustraction à la mesure ordonnée par le **sursis probatoire** dans un délai de trois ans à dater du présent jugement, le **sursis probatoire** sera révoqué ;

a v e r t i t P1.) qu'en cas de soustraction aux mesures ordonnées par le sursis probatoire dans un délai de cinq (5) ans à dater du présent jugement, le sursis probatoire pourra être révoqué,

a v e r t i t P1.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation irrévocable à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal de plus de six mois sans sursis, la révocation du sursis probatoire aura lieu de plein droit,

a v e r t i t P1.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation irrévocable à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal sans sursis d'un mois au moins et ne dépassant pas 6 mois, la révocation du sursis probatoire sera facultative,

a v e r t i t P1.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation irrévocable à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal de plus de 6 mois sans sursis, les peines de la première infraction seront prononcées et exécutées sans confusion possible avec celles prononcées du chef de la nouvelle infraction et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al.2 du Code pénal,

a v e r t i t P1.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation irrévocable à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal sans sursis d'un mois au moins et ne dépassant pas six mois, les peines de la première infraction pourront être prononcées et exécutées sans confusion possible avec celles prononcées du chef de la nouvelle infraction et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al.2 du Code pénal,

o r d o n n e la réintégration à la masse de la faillite de la société **SOCl.) S.A.** par **P1.)** des objets détournés suivants :

Magasin d'acquisition	Objet détourné
MAG1.)	K/HP DC5850sf/dl e5300 1GB 160GB+2X1GB
MAG1.)	Oem/ms Office Ed 2007 V2/FR MLK 1 pk
MAG1.)	I/MAC/2660 4GB 640GB 24'' SD NL FR NUM
MAG1.)	Wireless-G Business Eth Bridge
MAG1.)	Storcenter IX2 1TB 2x500GB SATA-II USB 2.0
MAG1.)	Up/Design Standard CS3 Cs4 v.4 En mac
MAG1.)	CS4 Design Standard v.4 MAC RET IE
MAG2.)	Chargeur Haenel Nikon
MAG3.)	Office Home And Student 2010
MAG3.)	MACBOOK PRO 15'' ACI7 2.0gh.Z 4gb 500 gb
MAG3.)	A12 dvd + r 16 x Jewelcase – 10Pk (2 exemplaires)
MAG3.)	Satellite C660-1NP Ci5 241Om 2.3 Ghz 4Gb 320 Gb
MAG3.)	Battery for Macbook 13'' White 9G10301AQ63FA

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 « **JOURN1.)** » et « **JOURN2.)** », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais du contrevenant ;

c o n d a m n e P3.), P1.) et P2.) solidairement aux frais des infractions commises ensemble ;

Au civil

d o n n e acte à Olivier WAGNER, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOCl.) S.A.**, de sa constitution de partie civile contre **P1.)**;

d é c l a r e la demande civile recevable en la pure forme ;

s e d é c l a r e compétent pour en connaître en ce qui concerne le matériel informatique détourné par **P1.)**;

d i t cette demande irrecevable;

se déclare incompetent pour le surplus de la demande civile ;

laisse les frais de la demande civile à charge de la demanderesse au civil.

Par application des articles 14, 15, 16, 27, 28, 29, 30, 50, 60, 66, 74, 77 et 489 du code pénal, des articles 8, 9, 10, 11, 15, 440, 574, 577, 579 et 583 du code de commerce, des articles 162 et 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et des articles 2, 3, 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 629, 630, 632, 633, 633-5, 633-6 et 633-7 du code d'instruction criminelle, dont mention a été faite à l'audience.

Ainsi fait et jugé par Françoise ROSEN, vice-président, Gilles MATHAY, premier juge, et Jim POLFER, juge-délégué, et prononcé par le vice-président en audience publique au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en présence de Gabriel SEIXAS, substitut du procureur d'Etat, et de Daniel ZANON, greffier, qui, à l'exception du représentant 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 19 juin 2015 par Maître Céline CORBIAUX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour et au nom du prévenu et défendeur au civil **P1.**)

Une déclaration d'appel au pénal limité au seul prévenu **P1.**) fut déposée au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 22 juin 2015 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 3 août 2015, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 7 décembre 2015 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

L'affaire fut décommandée et par nouvelle citation du 17 novembre 2016, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 5 février 2016 devant la Cour d'appel de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A l'audience publique du 5 février 2016, l'affaire fut remise et par citation du même jour, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 4 mars 2016, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle.

A l'audience publique du 4 mars 2016, l'affaire fut remise contradictoirement à l'audience du 30 mai 2016 devant la dixième chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière correctionnelle.

A cette audience, le prévenu et défendeur au civil **P1.**) fut entendu en ses déclarations personnelles.

Maître Céline CORBIAUX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens de défense du prévenu et défendeur au civil **P1.**)

Maître Olivier WAGNER, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la société anonyme **SOC1.)** S.A. en faillite fut entendu en ses conclusions.

Monsieur le premier avocat général John PETRY, 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 22 juin 2016, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 19 juin 2015 au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **P1.)** a fait interjeter appel au pénal et au civil contre le jugement numéro 1531/2015 rendu le 21 mai 2015 contradictoirement à son égard par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, jugement dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration déposée le 22 juin 2015 au même greffe, le Procureur d'Etat a fait interjeter appel au pénal limité au seul prévenu **P1.)** contre ledit jugement.

Ces appels au pénal sont réguliers pour avoir été introduits dans les forme et délai de la loi.

Conformément au jugement entrepris, **P1.)** a été condamné, en sa qualité de dirigeant de la société **SOC1.)** S.A., du chef de défaut de publication du bilan et des comptes de profits et pertes de l'année 2010, du chef de défaut d'autorisation d'établissement depuis 2008 jusqu'à 2012, du chef de banqueroute simple pour ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire, pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois et du chef de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif, en l'occurrence différents éléments informatiques, à une peine d'emprisonnement de quinze mois et à une amende de trois mille euros. Le tribunal a ordonné la réintégration à la masse des créanciers des actifs dissimulés et il a été sursis à l'exécution de l'intégralité de la peine d'emprisonnement prononcée contre l'appelant qui a été placé sous le régime du sursis probatoire pendant une durée de trois (3) ans en lui imposant l'obligation de procéder à la réintégration à laquelle il a été condamné.

Au civil, le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de la constitution de partie civile déposée par le curateur contre **P1.)** en ce qui concerne le matériel informatique détourné par **P1.)**, mais il a jugé cette demande irrecevable et il s'est déclaré incompétent pour connaître du surplus de la demande civile.

Les juges de première instance respectivement ayant été déclaré la demande civile irrecevable et s'étant déclarés incompétents pour en connaître, le seul appel au civil du prévenu est à déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt.

A l'audience devant la Cour, le curateur réitère sa constitution de partie civile, il expose que le matériel informatique a disparu du siège social et a été employé pour la nouvelle société exploitée par l'appelant. Il conclut à la confirmation du jugement.

L'appelant fait valoir qu'il n'était pas le seul administrateur de la société **SOC1.)** S.A., que hormis les comptes de 2010, tous les autres documents comptables ont été dûment publiés. Il soutient que la société a connu de graves difficultés financières suite à un prêt de 800.000 euros à la **SOC6.)** S.A. dont le capital a été investi dans la société **SOC7.)** SARL, cette dernière étant déclarée en état de faillite en 2010.

Le mandataire de l'appelant expose que la condamnation à une peine d'emprisonnement est difficilement acceptable par son client, que la lecture du jugement entrepris donne l'impression que son mandant aurait été le seul responsable des infractions libellées à l'encontre des trois prévenus. Il reconnaît que le dernier bilan de la société n'a pas été publié. Le mandataire met en doute si le fait de publier un magazine publicitaire rentrant dans l'objet social de **SOC1.)** S.A requiert une autorisation d'établissement comme éditeur. Il relève encore que la condamnation pour banqueroute simple est facultative et il estime qu'au vu de la courte période infractionnelle il n'y aurait pas lieu à condamnation. Il soulève que son mandant n'a été interrogé qu'en février 2014 à propos du matériel informatique disparu, qu'il voulait payer une indemnité adéquate, que la réintégration ordonnée par le jugement de première instance n'est actuellement plus possible. Il conclut encore à une réduction de l'amende prononcée à l'encontre de son client au vu de la situation financière précaire de ce dernier.

Le représentant du ministère public relève que l'appelant est à l'origine de trois faillites, notamment des sociétés suivantes, en 2008 de celle de **MAGAZINE.)**, en 2012 de celle de **SOC1.)** et en 2013 de celle de **SOC5.)**, qu'il résulte du plumitif d'audience devant le tribunal correctionnel que l'appelant s'occupait de la société **SOC1.)** tant en fait qu'en droit. Il soulève que le non-paiement du comptable n'est pas une cause de justification du défaut de publication des documents comptables, que la seule distribution de matériel publicitaire ne requiert pas d'autorisation d'établissement, mais qu'en l'espèce, il y a eu vente d'espaces publicitaires à d'autres entreprises commerciales et donc recherche de lucre, il conclut qu'il y a partant infraction à la loi de 2012. Le représentant du ministère public se réfère aux factures impayées par la société **SOC1.)** et estime que les juges de première instance ont à juste titre conclu à la cessation de paiement au moment du commandement avant saisie, à l'omission de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal et que l'infraction de banqueroute frauduleuse est à confirmer l'appelant ayant emporté le matériel informatique, qu'il a omis de le restituer au curateur. Il conclut à la confirmation des infractions retenues contre l'appelant et à sa condamnation à une peine de 15 mois avec sursis probatoire.

Il résulte du dossier et des aveux même du prévenu qu'il était le responsable tant en fait qu'en droit de la société **SOC1.)**, que sa fille, engagée comme secrétaire, même si elle revêtait la qualité

d'administrateur, dit avoir fait confiance entière à son père, de même que **P3.**), sa compagne de l'époque, qui a fait valoir qu'elle souffrait d'une maladie grave au moment des faits.

Défaut de publication des documents comptables au Registre de Commerce et des Sociétés à Luxembourg

Les juges de première instance ont à bon droit retenu l'appelant dans les liens de la prévention de ne pas avoir publié dans le délai légal l'inventaire, les bilans et les comptes de profits et pertes de l'année 2010 relatifs à la société **SOC1.)** S.A.. En tant que administrateur de la société, l'appelant avait l'obligation de veiller à la bonne tenue de ses livres de commerce et documents comptables ainsi qu'aux publications légales et il ne saurait se décharger de cette obligation sur un tiers, notamment le comptable.

Quant à l'autorisation d'établissement

La société **SOC1.)** détenait diverses autorisations: Agence immobilière (délivrée le 18 mars 2004), Agence immobilière, commerce d'articles d'ameublement et d'articles pour le bâtiment (délivrée le 5 juillet 2004), Agence immobilière, promoteur immobilier, administrateur de biens syndic de copropriété et commerce (délivrée le 2 juin 2008), toutes au nom de **P3.)**.

Le ministère public reproche notamment à l'appelant, depuis un temps non prescrit, jusqu'au 25 mai 2012, date du jugement de faillite, en tant qu'administrateur de la société **SOC1.)** S.A. au siège social de celle-ci à L-(...), d'avoir exercé l'activité d'éditeur sans avoir été en possession de l'autorisation du ministère ayant dans ses attributions les autorisations d'établissements, respectivement de s'être établi à Luxembourg pour y exercer l'activité de commerçant sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise.

Il résulte du courrier de l'appelant daté au 5 novembre 2013 adressé à la police de Steinfort, qu' « à compter de l'année 2005 et jusqu'à ce jour, **SOC1.)** n'a plus eu d'opérations immobilières. En 2007, **SOC1.)** a procédé à la commercialisation du Magazine **MAGAZINE.)** (Vente d'espaces publicitaires) ». L'appelant est partant en aveu de ce que depuis 2005 la seule activité commerciale de la société **SOC1.)** consistait dans la vente d'espaces publicitaires d'un magazine par elle publié.

Suivant courrier électronique du Ministère des Classes moyennes du 29 septembre 2014, une autorisation d'établissement est requise pour l'activité d'émission d'un magazine financé par des publicités s'il s'agit d'une activité de lucre et que les magazines sont vendus.

Il est constant en cause que les magazines ont été distribués gratuitement, toutefois l'édition du magazine en cause a été faite dans un esprit de lucre. L'activité d'émission d'un magazine publicitaire ne requiert pas d'autorisation spécifique, une autorisation de commerce étant suffisante.

A défaut de preuve de ce que l'autorisation d'établissement mentionnant l'activité - commerce -, détenue depuis le 2 juin 2008, ne couvre pas l'activité d'édition du magazine en cause, il échet d'acquitter l'appelant de l'infraction en cause.

En effet, l'activité de vendre des espaces publicitaires de 2005 à 2008 sans autorisation est couverte par la prescription, le présent dossier n'étant ouvert que postérieurement au jugement de faillite du 25 mai 2012, la prescription de trois ans était acquise en 2011, partant avant le 9 mars 2012, date d'entrée en vigueur de l'actuelle version de l'article 638 du Code d'instruction criminelle, et avant le premier acte de poursuite.

Le jugement entrepris est partant à réformer à ce titre et l'appelant est à acquitter de la prévention d'avoir exercé une activité de commerce sans avoir été en possession de l'autorisation du ministère ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement.

Quant à la banqueroute simple

L'appelant ne conteste pas l'état de cessation des paiements de la société **SOC1.**), ni la date retenue y relative, ni les infractions à la base de cette condamnation, comme le défaut de tenue des livres de commerce et d'inventaire, ainsi que l'omission de l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois. Mais, il estime que ces omissions ne sont pas assez graves pour entraîner une condamnation du chef de banqueroute simple.

Concernant l'infraction de banqueroute simple sanctionnée par l'article 574 du Code de commerce, le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation pour considérer si les faits pris dans leur ensemble présentent un degré de gravité suffisant pour retenir le prévenu dans les liens de l'infraction.

En l'occurrence, les juges de première instance ont retenu à bon droit à ce titre que l'appelant et les deux autres administrateurs ont commis une faute personnelle en ce qu'ils ont omis de prendre les mesures nécessaires pour tenir la comptabilité de la société, sinon de payer le comptable chargé par la société, pour empêcher ainsi la réalisation de l'infraction de la non-tenue des livres de comptabilité et de l'inventaire et que sur base de pièces comptables, la situation financière de la société aurait pu être mieux évaluée par ses actionnaires, et il aurait pu être décidé en temps utile de faire l'aveu de la cessation des paiements et éviter un accroissement des dettes de la société.

Il découle de ce développement que le jugement entrepris est à confirmer à ce titre.

Quant à la banqueroute frauduleuse

L'appelant est encore en aveu en ce qui concerne le détournement du matériel informatique suivant:

Magasin d'acquisition	Objet détourné	Valeur en euros
MAG1.)	K/HP DC5850sff/dl e5300 1GB	450,00

	160GB+2X1GB	
MAG1.)	Oem/ms Office Ed 2007 V2/FR MLK 1 pk	205,00
MAG1.)	I/MAC/2660 4GB 640GB 24'' SD NL FR NUM	1140,00
MAG1.)	Wireless-G Business Eth Bridge	90,00
MAG1.)	Storcenter IX2 1TB 2x500GB SATA-II USB 2.0	210,00
MAG1.)	Up/Design Standard CS3 Cs4 v.4 En mac	455,00
MAG1.)	CS4 Design Standard v.4 MAC RET IE	1240,00
MAG2.)	Chargeur Haenel Nikon	99,00
MAG3.)	Office Home And Student 2010	56,91
MAG3.)	MACBOOK PRO 15'' ACI7 2.0gh.Z 4gb 500 gb	1525,13
MAG3.)	A12 dvd + r 16 x Jewelcase – 10Pk (2 exemplaires)	25,80
MAG3.)	Satellite C660-1NP Ci5 241Om 2.3 Ghz 4Gb 320 Gb	599,90
MAG3.)	Battery for Macbook 13'' White 9G10301AQ63FA	132,00
Total		6.228,74

Il fait valoir qu'il ne dispose plus de ce matériel de sorte qu'il se trouve dans l'impossibilité de procéder à sa restitution, condition lui imposée dans le cadre du sursis probatoire. Il conteste par ailleurs la valeur à laquelle a été chiffré le matériel.

La réintégration à la masse ne constitue pas une peine mais uniquement une réparation de nature civile, elle n'a pas d'incidence au plan pénal de sorte qu'en considération du détournement d'actif par l'appelant, sa condamnation pour banqueroute frauduleuse est à confirmer.

Les règles du concours d'infractions ont été correctement énoncées par les premiers juges.

Les peines prononcées sont légales, toutefois la Cour considère que les agissements du prévenu **P1.)** sont à sanctionner par une peine d'emprisonnement de douze (12) mois, peine qui est à assortir du sursis probatoire.

L'amende de trois mille euros infligée au prévenu est appropriée au vu de la gravité des infractions retenues à sa charge, de sorte qu'elle est à confirmer.

Les mesures d'affichage et d'insertion dans les journaux ont été ordonnées à juste titre.

L'article 579 du Code de commerce tend à réparer le préjudice causé par les soustractions frauduleuses à l'ensemble des créanciers, l'arrêt ordonnant la réintégration à la masse des créanciers constitue le titre par lequel la forme particulière de réparation est mise à l'exécution.

Etant donné que l'obligation de restitution est une réparation de nature civile et dans la mesure où l'article 1142 du Code civil prévoit la réparation par équivalent en cas d'inexécution de la part du débiteur, il y

a lieu de réformer le jugement entrepris à ce titre et d'ordonner la réintégration à la masse de la valeur pécuniaire des objets dissimulés. Les juges du fond déterminent souverainement les modalités de la réparation du dommage causé et fixent les limites du dommage conformément aux articles 1142 et 1144 du Code civil. En considération de la date d'acquisition des différents objets, la Cour fixe leur valeur de manière ex aequo et bono à 3.000 euros et en ordonne la restitution avec les intérêts légaux à partir du jour du prononcée de la faillite, le 25 mai 2012, jusqu'à solde.

PAR CES MOTIFS,

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

déclare irrecevable l'appel au civil de **P1.)** ;

reçoit les appels au pénal en la forme ;

déclare partiellement fondé l'appel au pénal de **P1.)** ;

réformant,

acquitte P1.) de l'infraction de l'exercice d'une activité commerciale sans autorisation d'établissement ;

ramène à douze (12) mois la peine d'emprisonnement prononcée contre **P1.)** ;

confirme la décision d'accorder à **P1.)** le sursis probatoire pour l'exécution de l'intégralité de cette peine d'emprisonnement ;

décharge P1.) de l'obligation de réintégrer les objets détournés ;

ordonne la réintégration par équivalent à la masse de la faillite de la société **SOC1.)** S.A. du montant de 3.000 euros avec les intérêts légaux à partir du jour du prononcée de la faillite, le 25 mai 2012, jusqu'à solde ;

confirme le jugement pour le surplus ;

condamne P1.) aux frais de sa poursuite en instance d'appel, liquidés à 59,40 euros.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance et par application des articles 199, 202, 203, 209 et 211 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, où étaient présents :

Michel REIFFERS, président de chambre
Odette PAULY, premier conseiller,
Jean ENGELS, conseiller,
Simone FLAMMANG, avocat général,
Marc SERRES, greffier

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