

Arrêt N°247/10 X
du 2 juin 2010
not 26012/05/CD

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du deux juin deux mille dix 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 (...) (B), demeurant à B-(...), (...),

prévenu, **intimé**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 11 juin 2009 sous le numéro 1805/2009, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

Vu l'enquête de police.

Vu la citation à prévenu du 5 mai 2008 régulièrement notifiée à **X.)** .

Vu la rupture du délibéré du 23 avril 2009.

Vu la citation à prévenu du 8 mai 2009 régulièrement notifiée à **X.)** .

Vu l'ordonnance de renvoi numéro 497/08 de la Chambre du Conseil du 13 mars 2008.

Le Ministère Public reproche au prévenu **X.)** de s'être rendu coupable de diverses infractions de banqueroute simple, de l'infraction de banqueroute frauduleuse, d'abus de biens sociaux, ainsi que d'une infraction à la loi sur les sociétés commerciales.

I. Les faits

Les éléments du dossier répressif, l'instruction à l'audience, les déclarations à l'audience des témoins Daniel CRAVATTE et **T1.)** , ainsi que les déclarations du prévenu ont permis d'établir les faits suivants :

1. Constitution et faillite de la société SOCI.)

Par acte notarié du 13 juillet 1999, deux sociétés des Iles Vierges Britanniques ont constitué une société anonyme de droit luxembourgeois dénommée « **SOCI.)** ».

L'objet social de **SOCI.)** S.A. consiste dans l'import-export et le commerce de tous produits et marchandises, ainsi que dans des activités de fabrication, en relation avec des ligatures pour la fabrication d'armatures pour le béton armé.

Lors d'une assemblée générale du même jour, trois personnes, dont le prévenu **X.)** ont été nommés administrateurs.

Par acte d'huissier du 18 mai 2005, le Centre Commun de la Sécurité Sociale assigna la société **SOCI.)** S.A. en faillite en raison d'une créance de 3.679,92 euros d'arriérés de cotisations sociales.

Par jugement du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg n° 671/05 du 24 juin 2005, n° 95.195 du rôle, la société **SOCI.)** S.A. a été déclarée en faillite et Maître Daniel CRAVATTE a été nommé curateur.

Par courrier du 1^{er} décembre 2005 adressé au Parquet du Tribunal d'Arrondissement, le curateur Daniel CRAVATTE a déposé plainte contre le prévenu pour détournement d'actif.

Il résulte des renseignements obtenus auprès de la Société Nationale de Contrôle Technique que les véhicules suivants étaient immatriculés au nom de la société **SOCI.)** SA :

- un véhicule SEAT CORDOBA immatriculé (...)
- un véhicule SAAB BREAK immatriculé (...).
- un véhicule SAAB immatriculé (...), qui ne fait pas l'objet de la présente affaire.

2. Quant au sort des voitures

2.2. SAAB BREAK

Le prévenu **X.)** a affirmé au curateur, et a réitéré à l'audience que le véhicule SAAB BREAK (...) aurait été impliqué dans un accident et détruit par la suite. Cet accident se serait produit en Roumanie. Il aurait perçu la somme de 4.000 euros de la part d'un gitan à qui il aurait revendu le véhicule.

Toutefois, par courrier du 10 novembre 2005, le Service public fédéral Mobilité et Transports belge informe le Parquet de Luxembourg que le véhicule SAAB (BREAK) immatriculé (...) a été vu en circulation à proximité du domicile du prévenu.

Dans un courrier du 11 janvier 2006 adressé au curateur, le prévenu explique qu'il a enlevé les plaques du véhicule accidenté en Roumanie afin d'éviter qu'un usage abusif n'en soit fait ; par la suite, dans le cadre de tests de voitures faits en vue de l'achat d'un véhicule pour son fils, il aurait apposé la plaque sur les véhicules. Lors de son audition par les services de police belge, il réitère qu'il aurait amené les plaques de Roumanie, mais il affirme les avoir apposées ensuite pendant un certain temps sur le véhicule SAAB appartenant à sa compagne **M.)** .

Le Tribunal constate que le numéro de châssis du véhicule SAAB (...), appartenant à la société **SOCI.)** S.A., tel que renseigné par la Société Nationale de Contrôle Technique est le n° YS3ED55C6X3078956.

Le véhicule SAAB contrôlé par les autorités belges (qui, selon les dires du prévenu avait porté la plaque (...), mais qui au moment du contrôle était immatriculée (...) (B)) porte le numéro de châssis YS3EF55C7X3047189.

La version des faits telle que présentée par le prévenu n'est contredite par aucun élément du dossier.

Il n'est donc pas établi à l'abri de tout doute que le prévenu conduisait après le prononcé de la faillite encore le véhicule SAAB BREAK (...) appartenant à la société **SOC1.)** S.A. en Belgique.

Le Tribunal retient dès lors pour établi que le véhicule a été cédé en Roumanie en échange de la remise en liquide de la somme de 4.000 euros.

2.3. SEAT CORDOBA

Concernant le véhicule SEAT CORDOBA, le prévenu avait expliqué lors de son audition par les agents de police en Belgique qu'il aurait revendu cette voiture pour une somme de 1.000 à N.), son actuelle belle-fille. Il déclare : « *J'ai rentré la somme dans la caisse de la société .. via ma fiduciaire* ». A l'audience, il réitère ces explications.

Le dossier répressif contient une facture datée du 5 février 2004, établie au nom de **SOC1.)** SA, adressée à N.), mentionnant la vente du véhicule SEAT CORDOBA pour un prix de 840 euros H.T., soit 1000 € TTC.

N.), lors de son audition en Belgique en date du 13 mars 2006, a admis avoir acheté le véhicule SEAT CORDOBA pour un prix de 1.000 euros, l'argent ayant été payé de main à main. Elle serait toujours en possession du véhicule, mais ce dernier serait en panne.

Le Tribunal conclut dès lors que les deux voitures ont été vendues et que le prévenu X.) a reçu en mains propres les prix de vente de 1.000 euros et de 4.000 euros.

3. Quant au sort des prix de vente

Lors de son audition par les services de police belges en date du 3 mars 2006, le prévenu expliqua que les prix de vente ont été payés de main à main, qu'une facture aurait été établie et que celle-ci aurait été transmise à la fiduciaire et que « cette somme a dû être rentée en caisse par ma fiduciaire ».

- Le témoin T1.) , gérant de la fiduciaire FID1.) , confirme à l'audience ses déclarations faites en date du 20 juillet 2007 devant les enquêteurs de police en ces termes : « *Normalement nous n'acceptons pas de fonds des gérants de société domiciliée auprès de notre fiduciaire pour encaissement... Mons. X.) ne m'avait pas transmis de pièce justificative pour la vente d'une voiture de la société SOC1.) . Dans les livres de comptabilité ne figurent pas d'entrées de sommes provenant de la vente de voitures de la société* » .

- Dans son courrier du 4 mai 2006, de même qu'à l'audience, le curateur Daniel CRAVATTE confirme qu'après analyse du seul compte bancaire connu de la société **SOC1.)** SA, les relevés bancaires ne renseignent aucune recette qui pourrait correspondre aux ventes des voitures.

A l'audience, le prévenu explique que l'argent était entré dans les caisses de la société **SOC1.)** SA « **sur le papier** », c'est-à-dire par inscription en comptabilité. Il admet avoir gardé les 4.000 euros et dit les avoir affectés au remboursement du prêt contracté pour l'achat du véhicule SAAB (...), puisque dès le départ il aurait personnellement financé ce véhicule. Il fournit une explication similaire en ce qui concerne le véhicule SEAT CORDOBA.

Il est dès lors établi que le prévenu n'a jamais affecté les fonds perçus à la société **SOC1.)** S.A., mais les a conservés pour lui.

II. Quant à la compétence territoriale (banqueroute frauduleuse et abus de biens sociaux)

Le Ministère Public reproche au prévenu de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse, sinon d'abus de biens sociaux, en ayant détourné des véhicules ayant appartenu à la société **SOC1.)** S.A., sinon le produit résultant de la vente de ces véhicules.

Le Ministère Public vise plus précisément les éléments suivants :

- un véhicule SAAB BREAK ((...) (L)), sinon le prix de vente de 4.000 euros
- le prix de vente de 1.000 euros d'un véhicule SEAT CORDOBA ((...) (L)).

Le Ministère Public reproche encore au prévenu X.) de s'être rendu coupable de l'infraction d'abus de biens sociaux en ayant de mauvaise foi vendu le véhicule SEAT CORDOBA immatriculé (...) (L) appartenant à la société SOCI.) S.A. à sa belle-fille N.) pour un prix nettement en deçà de sa valeur marchande, à savoir pour 1.000 euros.

Le mandataire du prévenu conteste la compétence territoriale du Tribunal saisi pour connaître de ces infractions.

En ce qui concerne le véhicule SEAT CORDOBA, il est établi que le prévenu l'a cédé en Belgique à sa future belle-fille et y a encaissé la somme de 1.000 euros. Le véhicule SAAB BREAK a été vendu en Roumanie, et le prix de vente de 4.000 euros y a été encaissé.

Ces voitures appartenaient à la société SOCI.) S.A., société établie au Luxembourg et déclarée en état de faillite par un Tribunal luxembourgeois.

1. Compétence pour la banqueroute frauduleuse

Le représentant du Ministère Public estime que la compétence des tribunaux luxembourgeois est donnée. Il fait valoir que toute banqueroute frauduleuse supposerait une faillite ; la faillite serait un élément constitutif de l'infraction qui s'est produit sur le territoire luxembourgeois. En outre, le détournement aurait eu lieu au Luxembourg puisque le véhicule était immatriculé au Luxembourg, qu'il appartenait à une société luxembourgeoise et se trouvait au Luxembourg avant d'être détourné.

En vertu de l'article 3 du Code pénal, l'infraction commise sur le territoire du Grand-Duché, par des Luxembourgeois ou par des étrangers, est punie conformément aux dispositions des lois luxembourgeoises.

En vertu de l'article 4 du Code pénal, l'infraction commise hors du territoire du Grand-Duché, par des Luxembourgeois ou par des étrangers, n'est punie, dans le Grand-Duché, que dans les cas déterminés par la loi.

Ni les articles 5 et suivants du Code d'instruction criminelle, ni aucune autre disposition ne contient de règles dérogatoires pour les infractions reprochées au prévenu, qui est de nationalité belge.

Toutefois, pour des infractions complexes, il suffit, pour rendre compétents les tribunaux répressifs luxembourgeois, que l'un ou l'autre des éléments constitutifs du délit se soit produit dans le Grand-Duché (voir en ce sens : CSJ, 8 mai 1926, Pas 11, 270 ; TA Lux., 10 février 1998, n° 61/98 ; TA Lux., 8 juillet 1999, n° 1515/99 ; TA Lux., 6 janvier 2005, n° 20/2005).

Si l'infraction est complexe, consommée seulement après l'accomplissement d'un certain nombre de faits distincts, concourant tous à un but unique, il suffit que certains **faits essentiels** pour la constitution du délit se soient produits dans le Grand-Duché (THIRY, Précis d'instruction criminelle, n° 660).

La compétence du Tribunal saisi n'est donc donnée que si un des éléments constitutifs de l'infraction de banqueroute frauduleuse est localisé au Luxembourg, et plus précisément dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg.

Mais il faut qu'il s'agisse vraiment d'un **acte d'exécution** : il n'y a pas lieu de s'arrêter aux actes préparatoires (THIRY, *ibidem*).

Ainsi, malgré des jurisprudences en sens contraires, de nombreuses décisions anciennes et récentes ont considéré que les **conditions préalables** dont l'existence est nécessaire à la perpétration de l'infraction, ne sont pas de nature à attirer la compétence territoriale (Jurisclasseur pénal, Fasc. 10, Art. 113-1 à 113-12, n° 39).

Il a été jugé pour les délits de non-présentation d'enfant (Cour de cassation française, crim., 16 juillet 1969) et d'abandon de famille (CA Paris, 24^e ch., 2 décembre 1994), que la décision judiciaire constituait une simple condition préalable mais non un fait constitutif.

Dans le même sens, le jugement déclaratif de faillite est ainsi à considérer comme **condition préalable** pour que l'infraction de banqueroute frauduleuse puisse trouver application, mais n'est pas en soi un élément constitutif de l'infraction.

De même, les juridictions luxembourgeoises n'ont pas compétence pour connaître de tout fait de soustraction ou de détournement d'un véhicule du simple fait qu'il soit immatriculé au Luxembourg.

Le Tribunal est dès lors territorialement **incompétent** pour connaître des infractions de banqueroute frauduleuse qui sont reprochées au prévenu.

2. Compétence pour l'abus de biens sociaux

Le représentant du Ministère Public estime que la compétence des Tribunaux luxembourgeois est donnée. Il fait valoir que le préjudice est un élément constitutif de l'infraction et que ce dernier se situe au Luxembourg. L'usage contraire à l'intérêt social aurait par ailleurs eu lieu au Luxembourg.

Le représentant du Ministère Public se réfère à une décision de la Cour de Cassation française, chambre criminelle, du 3 juin 2004.

Dans le cadre de cet arrêt, la Cour de Cassation française confirme un arrêt d'appel retenant que des infractions d'abus de biens sociaux commises en France au préjudice d'une société étrangère peuvent être poursuivies en France.

En l'espèce, la question qui est soulevée est cependant inverse ; elle consiste à savoir si un abus de biens sociaux commis – du moins pour la majorité des actes matériels - à l'étranger au préjudice d'une société luxembourgeoise peut être poursuivi au Luxembourg.

Il a été jugé qu'en matière de coups et blessures, les tribunaux luxembourgeois sont compétents pour juger un étranger inculpé de coups ou blessures involontaires, bien que les fautes imputées à l'inculpé aient été commises à l'étranger, lorsque les blessures ont été causées au Grand-Duché (CSJ, 14 février 1955, Pas. 16, 257).

Les Tribunaux luxembourgeois sont donc compétents lorsque le préjudice d'une infraction complexe se situe à Luxembourg, à condition toutefois que le préjudice soit un élément constitutif de l'infraction.

En l'espèce, l'abus de biens sociaux, à le supposer établi à charge du prévenu, a causé un préjudice financier à la société **SOCI.) SA**.

L'article 171-1 de la loi sur les sociétés commerciales incrimine les dirigeants de sociétés, de droit ou de fait qui, de mauvaise foi, auront fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

Les éléments matériels de l'infraction d'abus de biens sociaux sont les suivants :

- 1) la qualité de dirigeant
- 2) un usage des biens sociaux ou du crédit de la société
- 3) un usage contraire à l'intérêt social

La jurisprudence retient que "l'acte contraire à l'intérêt social est l'acte qui expose la société, sans nécessité pour elle, à des **risques anormaux et graves**" (Juris-Classeur, verbo sociétés, fascicule 132-B). Ainsi, est considéré comme délictueux "tout acte qui fait courir un risque anormal au patrimoine social". Pour que le délit soit retenu, l'actif social doit avoir connu un risque auquel il ne devait pas être exposé (Cass.crim. 10.11.1964, JCP 65, éd.G, II, 14146; 16.12.1975, Bull.crim.n° 279, JCP 76, éd.G, II, 18476, note Delmas-Marty).

L'infraction ne requiert donc pas le préjudice comme élément constitutif ; un simple risque est suffisant. Le préjudice est une **conséquence possible**, mais pas indispensable de l'infraction ; il n'en constitue donc pas un élément constitutif.

Le simple fait que la victime d'une infraction, tel un vol ou une autre atteinte aux biens et propriétés, ait son **domicile ou son siège** au Luxembourg n'a pas pour effet de rendre compétentes les juridictions luxembourgeoises pour toute infraction commise à son préjudice.

En effet, des faits postérieurs à la consommation d'une infraction ne sauraient rétroagir et faire considérer l'infraction comme commise dans le pays : il importerait donc peu, sous ce point de vue, que le résultat définitif se fût produit dans le Grand-Duché (THIRY, Précis d'instruction criminelle, n° 660).

Le Tribunal est dès lors territorialement **incompétent** pour connaître des infractions d'abus de biens sociaux libellées à charge du prévenu à titre principal, ainsi qu'à titre subsidiaire.

III. Au fond

1. Banqueroute simple

Le Ministère Public reproche encore au prévenu divers faits de banqueroute simple.

1.1. Conditions préalables aux infractions de banqueroute

Avant de pouvoir aborder les faits matériels reprochés par le Ministère Public aux prévenus à titre de banqueroute, il y a lieu d'analyser au préalable trois prérequis de cette infraction, à savoir :

- l'état de faillite de la société,
- la qualité des prévenus,
- la date de cessation des paiements.

1.1.1. Etat de faillite de la société **SOCL.) S.A.**

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

En application du principe de l'autonomie du droit pénal en la matière à l'égard du droit commercial, la juridiction répressive doit vérifier si les conditions de la faillite sont données sans être tenue par les constatations du Tribunal de commerce.

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

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

1.1.1.1. Cessation des paiements

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

Pour qu'il y ait cessation de paiement constitutif de faillite, il n'est pas requis que la défaillance du débiteur soit générale, il suffit qu'il ne parvienne pas à se maintenir à flot (Cour d'appel Bruxelles, 23 janvier 1981, Pas. 1981, II, p. 36).

Le curateur Daniel CRAVATTE estime à l'audience que la situation financière de la société **SOCL.) S.A.** s'est dégradée depuis fin 2004 ou début 2005.

Dans son rapport d'activité, il évalua le passif de la société faillie à environ 20.000 euros, dont 3.679,92 euros de dettes envers la Sécurité Sociale et 15.514,20 euros de dettes de TVA.

A l'audience, **T1.)** confirme en outre que la société **SOCL.) S.A.** n'avait pas honoré les factures de la fiduciaire **FID1.)**.

L'actif de la société se limite au solde créateur sur le compte bancaire d'un montant de 44,86 euros. Elle n'avait pas d'activité concrète, génératrice de revenus.

D'importantes créances d'une pluralité de créanciers, tant publics que privés, restaient ainsi impayées, faut d'actif et de liquidités.

La société était dès lors en état de cessation des paiements.

1.1.1.2. Ebranlement du crédit

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 impliquant 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 (Les Nouvelles: Droit commercial, T IV, n° 225 ; Tribunal d'arrondissement (com.) de Luxembourg, 7 juin 1985, faillite n° 31/85).

A l'audience, le prévenu **X.)** explique qu'il avait constitué la société ensemble avec deux ressortissants italiens en vue du rachat, puis de la vente de machines en Italie, relatives aux ligatures de béton armé. Cette opération n'aurait jamais pu être réalisée. La société aurait fait diverses opérations d'achat et de vente, notamment en Roumanie. Le prévenu n'a cependant su donner à l'audience aucun exemple concret d'opération commerciale faite par la société **SOCL.) S.A.**

La société **SOCL.) S.A.** n'avait donc pas d'activité concrète, génératrice de revenus ou constituant un fonds de commerce d'une quelconque valeur.

Le curateur Daniel CRAVATTE a confirmé n'avoir su récupérer aucun actif, mis à part le solde sur le compte bancaire, et une voiture dont le prévenu prétend qu'elle se trouvait en Roumanie, et dont il évalue la valeur à 500 euros.

Dans le cadre de sa tentative d'exécuter une contrainte du Centre Commun de la Sécurité Sociale, l'huissier de justice Yves Tapella a constaté dans son procès-verbal de saisie-exécution, converti en procès-verbal de carence, datant du 9 février 2005 : « *je n'ai rien trouvé pour saisir* ».

La société **SOC1.)** S.A. n'avait ainsi aucune activité, ni aucun fonds de commerce qui aurait pu servir de base à un crédit de la part d'un établissement bancaire.

En émettant une contrainte en date du 12 décembre 2004, puis en assignant la société en faillite, le Centre Commun de la Sécurité Sociale a manifesté son refus de lui accorder davantage de crédits et de délais de paiement.

Les actionnaires et administrateurs n'étaient pas non plus disposés à réinjecter de l'argent frais dans la société, mais ont laissé se dégrader sa situation financière.

Il y avait dès lors ébranlement de crédit.

Les conditions de la faillite étaient ainsi réunies pour la société **SOC1.)** S.A..

1.1.2. Qualité du prévenu

Il faut que le prétendu banqueroutier soit 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 commerçant (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 par exemple, 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).

Le témoin Daniel CRAVATTE explique à l'audience que le prévenu était le seul parmi les administrateurs qu'il a réussi à contacter.

Il résulte des explications du témoin **T1.)** qu'à l'égard de sa fiduciaire, le prévenu était l'interlocuteur pour la société **SOC1.)** S.A.

Lors de son interrogatoire par les services de police belges en date du 3 mars 2006, le prévenu avait admis : « J'ai bien été le dirigeant responsable de la « SA **SOC1.)** » ».

A l'audience, le prévenu **X.)** ne conteste pas avoir dirigé seul le sort de cette société.

Le prévenu **X.)** est dès lors à considérer comme commerçant pour l'application des dispositions sur le délit de banqueroute.

1.2. Tenue des livres de commerce

Le Ministère Public reproche au prévenu **X.)**, pendant la période du 1^{er} janvier 2004, jusqu'au prononcé de la faillite, de ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire exigés par la loi, sinon de les avoir tenus de manière incomplète ou irrégulière.

Aux termes de l'article 574 point 6 du Code de Commerce, « *pourra être déclaré banqueroutier simple, tout commerçant qui se trouvera dans l'un des cas suivants: s'il n'a pas tenu les livres prescrits par l'article 9* ». L'article 9 du Code du Commerce exige : « *Toute entreprise doit tenir une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue de ses activités en se conformant aux dispositions légales particulières qui les concernent* ».

Dans son courrier du 4 mai 2006, le curateur Daniel CRAVATTE expose que la comptabilité a été tenue en bonne et due forme jusqu'à fin 2003.

Il explique à l'audience avoir récupéré une comptabilité auprès de la fiduciaire **FID1.)**. Il n'y aurait pas eu de journal ni de grand livre. Par ailleurs, depuis 2003, la documentation se limiterait à quelques factures et documents épars, qui ne constituent pas une comptabilité en bonne et due forme.

A l'audience, le prévenu X.) affirme qu'il pensait que la comptabilité était tenue par la fiduciaire **FID1.)**, mais admet en même temps ne pas avoir payé la fiduciaire, ni avoir contrôlé si le travail était exécuté.

Il est dès lors constant que dès le début de 2004, aucune comptabilité n'a été tenue.

Le prévenu X.) est dès lors **convaincu** de l'infraction qui lui est reprochée par le Ministère Public.

1.3. Aveu tardif

Le Ministère Public reproche au prévenu X.) de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal.

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... ».

Il a été développé ci-avant que la société était en état de cessation des paiements dès le 12 décembre 2004.

L'aveu de la faillite aurait dès lors dû intervenir dès le 12 janvier 2005.

Le prévenu n'a cependant à aucun moment pris l'initiative de se déplacer au greffe du Tribunal en vue de déposer le bilan. La faillite a en effet été prononcée sur assignation par jugement du 24 juin 2005.

Le prévenu X.) est dès lors **convaincu** de l'infraction qui lui est reprochée par le Ministère Public, et ce à compter de la date du 13 janvier 2005

2. Défaut de publication des bilans

Le Ministère Public reproche au prévenu X.) de ne pas avoir établi chaque année l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes et de ne pas avoir procédé à la publication de ces documents, et ce pendant la période du 1^{er} janvier 2003 jusqu'au prononcé de la faillite.

Aux termes de l'article 163 point 2 (ancien point 3) 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 ... loi [du 10 août 1915] 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.

Il résulte des extraits du registre de commerce que le dernier bilan, à savoir celui au 31 décembre 2003, a été déposé le 6 juillet 2004.

Le bilan de 2004 aurait dès lors dû être soumis à approbation au plus tard le 30 juin 2005, et publié au plus tard le 31 juillet 2005.

Or, à cette date, la société avait été déclarée en faillite (prononcée le 24 juin 2005) et le prévenu était juridiquement dessaisi de son administration.

Aucun reproche ne saurait dès lors être fait au prévenu de ne pas avoir déposé et publié le bilan de 2004, ni les bilans subséquents.

Il y a dès lors lieu d'**acquitter** le prévenu de l'infraction qui lui est reprochée par le Ministère Public.

3. Récapitulatif

Sur base du dossier répressif et au regard des développements qui précèdent, le prévenu X.) est **convaincu** :

*« comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de dirigeant responsable de la société anonyme **SOCL.) S.A.**, ayant eu son dernier siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement n° 671/05 du 24 juin 2005 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,*

1) depuis le 1^{er} janvier 2004 au 24 juin 2005, date du prononcé de la faillite, au siège de la société à L-(...), (...),

*de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 574 6°, ne pas avoir tenu pour la société **SOCL.) S.A.** les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de Commerce (actuellement article 9 du Code de Commerce suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés), et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de Commerce (actuellement article 15 du Code de Commerce, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés),*

2) depuis le 13 janvier 2005, soit un mois après la date de cessation des paiements, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, 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 ».

IV. Quant à la peine

1. Caractère facultatif

Les infractions de banqueroute établies à l'encontre du prévenu à titre de banqueroute simple constituent des cas de banqueroute simple facultative. 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 (G. SCHUIND, op. cit. p. 438 S n°13 et références citées). La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges appartient aux juridictions de jugement (R.P.D.P. op. cit. n°2591 et 2592).

En l'espèce, le prévenu **X.)** a délaissé la gestion de sa société.

Après que l'objet social pour lequel la société **SOCL.) S.A.** a été constituée n'avait pas abouti, il s'est servi de la société pour effectuer diverses autres opérations en Roumanie, sans lien avec cet objet social. Finalement, il s'est désintéressé de la société.

En se désintéressant de la société, le prévenu a laissé s'accroître les dettes tant envers des créanciers publics qu'envers des créanciers privés.

De même, il s'est servi de la société pour immatriculer plusieurs véhicules, ces véhicules lui ayant cependant servi à des fins privées.

Il a ainsi abusé de la personnalité morale de la société **SOCL.) S.A.**

Il n'y a dès lors pas lieu de faire abstraction d'une condamnation pour banqueroute simple.

2. Absorptions

Entre deux faits de banqueroute simple, il n'y a ni concours matériel, ni concours idéal ; il n'y a qu'une seule infraction perpétrée par deux faits de négligence, compromettant un seul et même intérêt, l'intérêt des créanciers du failli (R.P.D.B. op. cit. no 2560 et références y citées).

3. Concours et peine à encourir

Aux termes de l'article 489 du Code pénal, ceux qui, dans les cas prévus par le Code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute simple, seront condamnés à une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans.

Dans l'appréciation de la peine, le Tribunal prend en l'espèce en considération les nombreux antécédents judiciaires du prévenu en Belgique, son casier judiciaire renseignant des infractions en matière économique, et notamment de détournement d'actif.

Le Tribunal prend également en considération le fait que le prévenu s'est désintéressé de la gestion de sa société, causant ainsi un trouble à l'ordre public.

Il convient dès lors de condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement adéquate.

Eu égard à ses antécédents judiciaires en Belgique, **X.)** ne peut plus bénéficier de la faveur d'un sursis à l'exécution de la peine d'emprisonnement.

V. Mesures annexes

1. Mesures de sûreté

Il y a lieu 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.

2. Réintégration

Le Tribunal s'étant déclaré incompétent pour les infractions de banqueroute frauduleuse reprochées au prévenu, il n'y a pas non plus lieu d'ordonner la réintégration à la masse prévue à l'article 579 du Code de commerce.

PAR CES MOTIFS :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **dix-huitième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, le prévenu **X.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

se **d é c l a r e i n c o m p é t e n t** pour connaître des infractions de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux,

a c q u i t t e X.) de l'infraction non retenue 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 **TROIS (3) mois**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 62,15 euros,

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.

En application des articles 3, 4, 14, 15, 66 et 489 du Code pénal, des articles 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195 et 196 du Code d'Instruction Criminelle et des articles 440, 574 et 583 du Code de commerce, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, Jean-Luc PÜTZ, juge et Caroline GODFROID, juge-déléguée, et prononcé en audience publique le jeudi, 11 juin 2009, au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, assistée de Mike SCHMIT, greffier, en présence de Laurent SECK, substitut du Procureur d'Etat, qui à l'exception du représentant du Ministère Public ont signé le présent jugement.

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 30 juin 2009 par le représentant du ministère public.

En vertu de cet appel et par citation du 4 décembre 2009, le prévenu **X.)** fut requis de comparaître à l'audience publique du 5 février 2010 devant la Cour

d'appel de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite de l'appel interjeté.

A cette audience l'affaire fut remise contradictoirement au 5 mai 2010 devant la dixième chambre de la Cour d'appel.

Maître Thomas STACKLER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, demanda à être autorisé à représenter le prévenu **X.**) . Il fut autorisé à ce faire et développa plus amplement les moyens de défense du prévenu.

Monsieur l'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 2 juin 2010, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 30 juin 2009 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le procureur d'Etat a régulièrement relevé appel d'un jugement correctionnel du 11 juin 2009 dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Le tribunal correctionnel, dans le jugement précité du 11 juin 2009, s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître des infractions de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux reprochées à **X.**) au motif qu'aucun élément constitutif de ces infractions n'est localisé au Luxembourg, il a acquitté le prévenu du chef de l'infraction de banqueroute simple pour défaut de publication des bilans et l'a retenu dans les liens des infractions de banqueroute simple pour défaut de tenue des livres de commerce et aveu tardif de la cessation des paiements en le condamnant à une peine d'emprisonnement de trois mois.

Le représentant du ministère public, tout en précisant que l'appel est limité à la disposition du jugement entrepris par laquelle les premiers juges se sont déclarés territorialement incompétents pour connaître des infractions de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux, demande à la Cour, par réformation, de se déclarer compétente pour connaître de ces infractions, les détournements des prix de vente des deux véhicules appartenant à la société ayant produit leurs effets au siège de la société au Luxembourg en n'y étant pas régulièrement comptabilisés. Il conclut à voir acquitter le prévenu des infractions de banqueroute frauduleuse, étant donné que les détournements de fond étaient antérieurs à la date de la cessation de paiements, et à voir retenir **X.**) dans les liens des infractions d'abus de biens sociaux. Il requiert une peine d'emprisonnement d'un an tout en se rapportant à la sagesse de la Cour concernant l'octroi du sursis à l'exécution de cette peine d'emprisonnement et concernant une amende à infliger au prévenu.

Le mandataire de **X.**) , autorisé en application de l'article 185 (1) du code d'instruction criminelle à représenter ce dernier qui ne s'est pas présenté personnellement devant la Cour, conclut à la confirmation de la décision d'incompétence territoriale pour connaître des infractions de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux au motif que ces infractions ont été

commises par un étranger hors du territoire luxembourgeois et qu'aucun critère d'attribution de compétence aux tribunaux luxembourgeois tiré des dispositions des articles 7-1 à 7-4 du code d'instruction criminelle ne s'applique en l'espèce. Concernant la peine à prononcer à l'encontre du prévenu, il demande à la Cour de faire abstraction d'une peine d'emprisonnement, sinon de l'assortir du sursis intégral.

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

Aux termes de l'article 7-2 du code d'instruction criminelle « Est réputée commise sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli au Grand-Duché de Luxembourg ».

L'élément à prendre en considération comme critère de localisation est l'élément matériel. Cet élément est pris en considération tant au regard de la conduite délictueuse que du résultat produit par l'acte. Ainsi le délit d'abus de biens sociaux est localisé, outre au lieu du détournement, au siège social où le détournement s'est traduit dans la comptabilité de la société (Cass. Crim. 6.2.1996, Bull. crim. No. 60).

Il suit des développements ci-dessus que, même si les ventes des deux véhicules Seat et Saab appartenant à la société anonyme **SOC1.)** ont eu lieu en Belgique et en Roumanie, les infractions de banqueroute frauduleuse, voire d'abus de biens sociaux libellées à charge de **X.)** sont localisées au Luxembourg, les effets des détournements s'étant produits au siège de la société à Luxembourg par le défaut de comptabilisation des prix de vente des véhicules dans les comptes sociaux.

Les juridictions luxembourgeoises sont partant, par réformation du jugement entrepris, compétentes pour connaître des infractions de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux libellées à charge du prévenu.

Concernant les infractions de banqueroute frauduleuse libellées à charge du prévenu sub I.) et II.)3.) principalement de la citation introductive d'instance, force est de relever qu'il résulte des éléments du dossier que la vente du véhicule Seat a eu lieu au mois de février 2004 et celle du véhicule Saab au mois de novembre 2004. Or aux termes du jugement déclaratif de faillite de la société anonyme **SOC1.)** S.A. du 24 juin 2005 la société était en état de cessation de paiements à partir du 24 décembre 2004. Les détournements de fonds ayant dès lors eu lieu avant la date de la cessation des paiements, les infractions de banqueroute frauduleuse reprochées au prévenu ne se trouvent pas établies ni en fait ni en droit à sa charge et il doit en être acquitté.

L'infraction d'abus de biens sociaux requiert la réunion des éléments constitutifs suivants :

1. la qualité de dirigeant
2. un usage des biens sociaux ou du crédit de la société
3. un usage contraire à l'intérêt social
4. une intention délictueuse respectivement un dol spécial.

Ces éléments constitutifs se trouvent réunis en l'espèce pour les infractions d'abus de biens sociaux libellées sub II.) 3.) subsidiairement et II.) 4.). En effet le prévenu, qui, reconnaît tant devant la police belge le 3 mars 2006 qu'à l'audience du tribunal correctionnel le 19 mars 2009 avoir reçu le prix de vente des deux véhicules en espèces et en mains propres, n'établit pas que ces montants ont été portés au crédit d'un des comptes de la société, soit par un versement en espèces, soit par une écriture comptable. Or en conservant à des fins purement personnelles ces sommes qui devaient revenir à la société, il en a fait sciemment un usage contraire à l'intérêt social.

De même il résulte du rapport numéro R 95094 du 6 juillet 2007 de la Police de Luxembourg que le véhicule Seat vendu par le prévenu à sa belle-fille pour la somme de 1.000 euros avait en réalité une valeur de 8.000 euros à 9.000 euros, de sorte que le prévenu a encore fait à des fins personnelles un usage d'un bien social contraire à l'intérêt de la société.

X.) est partant convaincu

*comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de dirigeant responsable de la société anonyme **SOC1.)** SA, ayant eu son dernier siège social à L- (...),(...), déclarée en état de faillite suivant jugement no. 671/05 du 24 juin 2005 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,*

*II)3) le 5 février 2004 et au mois de novembre 2004, au siège social de la société anonyme **SOC1.)** SA, à L- (...),(...),*

en infraction à l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, d'avoir en tant que gérant de société, de droit ou de fait, de mauvaise foi, fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ou d'avoir fait des pouvoirs qu'il possédait ou des voix dont il disposait, en cette qualité un usage contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement,

*en l'espèce d'avoir en tant que dirigeant responsable de la société **SOC1.)** SA, de mauvaise foi et à des fins personnelles, détourné au préjudice de cette société*

*- le produit de la vente, indiqué par le prévenu comme correspondant à 4.000 euros, d'un véhicule Saab Break, immatriculé le 22 juillet 1999 sous le numéro (...) (L), appartenant à la société **SOC1.)** SA*

*- le produit de la vente d'un véhicule Seat Cordoba immatriculé le 8 août 2000 sous le numéro (...) (L), appartenant à la société **SOC1.)** SA et vendu suivant facture no. 001/2004 du 5 février 2004 à **N.)** pour le montant de 1.000 euros*

partant d'avoir fait des biens de cette société et du pouvoir dont il disposait dans cette société un usage qu'il savait contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles

*II. 4.) le 5 février 2004, au siège social de la société anonyme **SOC1.) SA**, à L- (...), (...),*

en infraction à l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, d'avoir en tant que gérant de société, de droit ou de fait, de mauvaise foi, fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ou d'avoir fait des pouvoirs qu'il possédait ou des voix dont il disposait, en cette qualité un usage contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement,

*en l'espèce d'avoir en tant que dirigeant responsable de la société **SOC1.) SA**, de mauvaise foi, vendu le véhicule Seat Cordoba immatriculé le 8 août 2000 sous le numéro (...) (L), appartenant à la société **SOC1.) SA** à sa belle-fille **N.)** pour un prix nettement en deçà de sa valeur marchande, en l'espèce pour 1.000 euros,*

partant d'avoir fait des biens de cette société un usage qu'il savait contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles.

La juridiction de première instance a par ailleurs fait une juste appréciation des circonstances de la cause et retenu à bon droit, et par des motifs auxquels la Cour se rallie, à charge du prévenu les infractions de banqueroute simple pour défaut de tenue des livres de commerce et aveu tardif de la cessation des paiements. Elle l'a encore à juste titre acquitté de l'infraction de banqueroute simple pour défaut de publication des bilans, cette infraction n'étant pas établie en fait.

Les infractions retenues à charge de **X.)** sub II.) 3.) et II.) 4.) se trouvent en concours réel entre elles et elles se trouvent en concours réel avec celles retenues par les premiers juges, de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 60 du code pénal.

Au vu des dispositions de l'article 60 précité la peine la plus forte encourue par le prévenu est celle prévue à l'article 171-1 de la loi sur les sociétés qui punit l'infraction d'abus de biens sociaux d'une peine d'emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 500 euros à 25.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

La Cour est d'avis qu'une peine d'emprisonnement de douze mois sanctionne de manière adéquate les agissements fautifs du prévenu qui, au vu de ses antécédents judiciaires spécifiques en Belgique, ne mérite plus la clémence de la Cour.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le mandataire du prévenu entendu en ses explications et moyens de défense, sur le réquisitoire du ministère public,

reçoit l'appel en la forme ;

le dit fondé;

réformant,

se déclare compétente pour connaître des infractions de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux ;

acquitte le prévenu **X.)** des infractions de banqueroute frauduleuse libellées sub I.) et II.) 3.) principalement ;

déclare le prévenu **X.)** convaincu des infractions d'abus de biens sociaux dont le libellé est plus amplement reproduit dans la motivation du présent arrêt ;

condamne **X.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de douze (12) mois ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

condamne **X.)** aux frais de sa poursuite en instance d'appel, liquidés à 9,87 €.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en y ajoutant l'article 60 du code pénal, les articles 185, 202, 203 et 211 du code d'instruction criminelle et l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales .

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

Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre
Joséane SCHROEDER, premier conseiller
Christiane RECKINGER, conseiller
Martine SOLOVIEFF, premier avocat général
Marc SERRES, greffier

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