

Arrêt N°559/11 X
du 23 novembre 2011
not 5859/09/CD

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du vingt-trois novembre deux mille onze 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 Luxembourg, demeurant à D-(...), (...),

prévenu, **appelant**

e n p r é s e n c e d e :

Maître Kamilla LADKA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la faillite **SOC1.)** s. à r. l., demeurant à L-(...), (...)

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 30 novembre 2010 sous le numéro 3938/2010, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

Vu l'ordonnance de renvoi numéro 709/09 de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009.

Vu la citation à prévenu du 7 décembre 2009 régulièrement notifiée à **X.**)

Vu le rapport d'activité du curateur de la faillite de la société **SOCl.)** s.à.r.l. du 11 septembre 2007.

Vu le rapport numéro 2008/40875/1238/KM du 18 février 2009 de la Police Grand-Ducale, commissariat de proximité de Bonnevoie.

Vu l'instruction menée en cause.

Au pénal

Le Ministère Public reproche à **X.**), en sa qualité de gérant unique de la société **SOCl.)** s.à.r.l., déclarée en état de faillite par jugement numéro 840/06 du 26 juillet 2006 rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale :

I.

de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse, pour avoir détourné au préjudice de de la société **SOCl.)** s.à r.l. :

1. des articles d'horlogerie et de bijouterie de la marque **SOCl.)** d'une valeur totale de 8.840,02 euros, respectivement le prix de vente de ces marchandises ;
2. la somme totale de 30.829,21 euros prélevée sur le compte chèques postaux IBAN LU58 (...) détenu par la société **SOCl.)** s.à r.l.,

II.

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

principalement, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, ne pas avoir tenu pour la société **SOCl.)** s.à r.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de Commerce, et ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de Commerce;

subsidiairement, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, ou 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 ;

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

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

3. en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les société commerciales, de ne pas avoir procédé annuellement à la publication des comptes annuels de **SOCl.)** s.à r.l. au registre de commerce et des sociétés ;
4. en infraction à 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, d'avoir exercé l'activité de commerçant, et en particulier l'activité d'achat en vue de la revente d'articles d'horlogerie et de bijouterie, sans avoir été en possession de l'autorisation du ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissements ;
5. en infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, d'avoir, en sa qualité de gérant unique de la société **SOCl.)** s.à r.l.,
 - a. fait un usage à des fins personnelles des véhicules automoteurs OPEL Astra immatriculé (...) (L) et SEAT Toledo immatriculé (...) (L) appartenant à la société **SOCl.)** s.à r.l.;
 - b. d'avoir payé, au moyen de fonds appartenant à **SOCl.)** s.à r.l., et notamment 3.487,05 euros au cours de l'exercice se terminant le 31 décembre 2003, les frais de leasing d'un véhicule CHRYSLER Cruiser immatriculé (...) appartenant au prévenu ;

- c. prélevé en nature et à des fins personnelles la somme totale de 22.816,31 euros sur le compte chèques postaux IBAN LU58 (...) détenu par la société **SOCL1.)** s.à r.l.,

partant d'avoir fait de mauvaise foi 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;

6. subsidiairement aux préventions libellées sub I) du réquisitoire avant renvoi et sub V) de la citation,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

ne pas justifier de l'emploi des éléments d'actif suivants appartenant à la société **SOCL1.)** s.à r.l.:

- des montres et autres marchandises de la marque **SOCL2.)** d'une valeur totale de 8.840,02 euros,
- la somme totale de 53.645,52 euros prélevée sur le compte chèques postaux IBAN LU58 (...) détenu par la société **SOCL1.)** s.à r.l.

Il résulte des éléments du dossier que la société **SOCL1.)** s.à.r.l. a été constituée le 6 février 2002 et **X.)** en a été nommé gérant unique.

Par jugement numéro 840/06 du 26 juillet 2006 rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, la société **SOCL1.)** s.à.r.l. a été déclarée en état de faillite sur aveu du gérant le 21 juillet 2006.

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

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

a) la qualité de commerçant

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

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

Il résulte des pièces versées au dossier qu'en date du 6 février 2002 **X.)** a été nommé gérant unique de la société **SOCL1.)** s.à.r.l.

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

b) l'état de faillite

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple étant indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (cf. G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490) il convient tout d'abord de constater si la société **SOCL1.)** s.à.r.l. se trouve effectivement en état de faillite.

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

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

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

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

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause ainsi que du rapport d'activité du curateur de la faillite, il faut constater que la société **SOC1.)** s.à.r.l. est effectivement en état de faillite.

Au vu de l'aveu de **X.)** au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 21 juillet 2006 il y a eu ébranlement du crédit commercial.

Il résulte encore du rapport d'activité du curateur et de ses déclarations à l'audience que la société **SOC1.)** s.à.r.l. dispose d'un actif de 5.000 euros, tandis que le passif de la société se chiffre à environ 65.000 euros.

c) la date de la cessation des paiements

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

Dans le jugement de faillite du 26 juillet 2006, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 26 janvier 2006.

Dans son rapport d'activité du 11 septembre 2007, le curateur fait état d'assignments en paiement et de jugements à partir du mois de mai 2005. Ces pièces ne sont cependant pas versées au dossier. Le curateur précise encore que le failli lui a remis du courrier (banques, assurances, fournisseurs) non encore ouvert et remontant au mois de mai 2005.

Au vu de ce qui précède, le tribunal fixe la date de cessation des paiements au 1^{er} juin 2005, soit le premier du mois suivant les faits d'ébranlement de crédit dont le curateur a fait état.

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

Le Ministère Public reproche au prévenu de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse, pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif de la société **SOC1.)** s.à r.l.,

en l'espèce, pour avoir détourné au préjudice de la société **SOC1.)** s.à.r.l.

- i. des articles d'horlogerie et de bijouterie de la marque **SOC2.)** d'une valeur totale de 8.840,02 euros, respectivement le prix de vente de ces marchandises ;
- ii. la somme totale de 30.829,21 euros prélevée sur le compte chèques postaux IBAN LU58 (...) détenu par la société **SOC1.)** s.à r.l., et composée comme suit :

- 2.000 euros le 20 janvier 2006;
- 2.700 euros le 26 janvier 2006;
- 210 euros le 31 janvier 2006;
- 1.500 euros le 14 février 2006;
- 300 euros le 15 février 2006;
- 1.800 euros le 21 février 2006;
- 50 euros le 6 mars 2006;
- 550 euros le 10 mars 2006;
- 4.400 euros le 14 mars 2006;
- 1.000 euros le 17 mars 2006;
- 652,29 euros le 21 mars 2006;

- 440 euros le 23 mars 2006;
- 300 euros le 29 mars 2006;
- 1.500 euros le 4 avril 2006;
- 500 euros le 11 avril 2006;
- 806,92 euros le 19 avril 2006;
- 425 euros le 21 avril 2006;
- 1.500 euros le 25 avril 2006;
- 860 euros le 26 avril 2006;
- 1.500 euros le 27 avril 2006;
- 400 euros le 10 mai 2006;
- 60 euros le 15 mai 2006;
- 1.700 euros le 19 mai 2006;
- 460 euros le 29 mai 2006;
- 1.500 euros le 1 juin 2006;
- 1.200 euros le 6 juin 2006;
- 1.100 euros le 17 juin 2006;
- 350 euros le 21 juin 2006;
- 340 euros le 26 juin 2006
- 100 euros le 4 juillet 2006;
- 560 euros le 11 juillet 2006;
- 65 euros le 21 juillet 2006.

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

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

Deux éléments constitutifs composent la banqueroute frauduleuse, à savoir :

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

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

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

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

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

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

Il résulte de l'instruction menée en cause que par factures du 17 septembre 2004, 21 septembre 2004, 22 septembre 2004, 29 septembre 2004, 12 octobre 2004, 13 octobre 2004, 14 octobre 2004, 19 octobre 2004, 20 octobre 2004, 27 octobre 2004, 27 octobre 2004, 17 novembre 2004, 17 novembre 2004, 23 novembre 2004, 25 novembre 2004, 30 novembre 2004, 28 février 2005, 29 mars 2005, 4 mai 2005, 30 mai 2005 et 29 septembre 2005, la société **SO2.) BENELUX** s.a. a facturé des livraisons de montres à la société **SO1.) s.à.r.l.**

Lors de l'inventaire, auquel le curateur a procédé en date du 2 août 2006, aucune montre de la marque **SOC2.)** n'a été retrouvée. Pour l'année 2004, aucun grand livre, respectivement aucun document comptable permettant de retracer le sort réservé aux montres, sinon au produit de la vente de celles-ci n'est versé.

A l'audience publique du 8 novembre 2010, **X.)** est en aveu d'avoir commandé et reçu les marchandises par la société **SOC2.)** BENELUX s.a. Il a déclaré avoir voulu vendre un grand nombre de montres pour les fêtes de fin d'année, raison pour laquelle il s'est fait livrer autant de montres. Cette vente massive était destinée à renflouer les caisses de sa bijouterie qui rencontrait des problèmes de liquidités. Il a encore expliqué qu'il avait voulu profiter de dépliant publicitaires de la marque **SOC2.)** afin d'augmenter ses ventes, mais que les dépliant lui ont été livrés en néerlandais. Il a soutenu qu'en raison du manque d'appui publicitaire, la vente massive n'a pas pu se faire et qu'il a dû brader les montres avec d'importantes remises. L'argent provenant de ces ventes aurait intégralement été utilisé pour désintéresser des créanciers de la société **SOC1.)** s.à.r.l.

Il y a lieu de rappeler que la date de la cessation des paiements a été fixée au 1^{er} juin 2005, et qu'en principe les détournements commis avant l'époque de la cessation de paiement seront qualifiés d'abus de biens sociaux et ceux réalisés après la cessation des paiements, de banqueroute, sauf si les détournements en cause ont conduit à la cessation des paiements.

Il résulte des dates des factures, que d'importantes livraisons de montres ont eu lieu entre le mois de septembre 2004 et le 30 novembre 2004 pour ensuite reprendre entre le 28 février 2005 et le 29 septembre 2005. Au vu des commandes effectuées et au vu du fait que **X.)** a déclaré avoir « bradé » les montres pour faire face aux demandes pressantes des créanciers, le tribunal retient que ces ventes ont eu lieu après le 1^{er} juin 2005, partant durant la période suspecte.

L'affirmation de **X.)** que l'argent produit par les ventes de montres aurait été intégralement payé aux créanciers de la société est restée à l'état de pure allégation, alors que la comptabilité depuis l'année 2004 n'a plus été tenue. Des pièces justificatives quant à l'affectation du prix de vente des montres font défaut. Le curateur a même déclaré sur question de **X.)** à l'audience que des pièces attestant de tels paiements ne figuraient pas parmi les pièces lui remis par le failli.

Ces faits sont dès lors constitutifs de banqueroute frauduleuse.

Il résulte encore de l'instruction menée en cause qu'aux dates indiquées par le Ministère Public dans l'ordonnance de renvoi, **X.)** a procédé aux retraits en espèces des fonds du compte Chèques Postaux de la société **SOC1.)** s.à.r.l.

X.) est en aveu en ce qui concerne ces faits, mais il soutient que ces sommes ont été utilisées dans leur intégralité afin de payer des créanciers de la société, tels les fournisseurs, le bailleur du local commercial et les huissiers de justice. Le dernier retrait a d'ailleurs été fait le jour même de l'aveu de la cessation des paiements au greffe du tribunal.

Alors que la comptabilité pour l'année 2006 n'a pas été tenue, que le curateur a déclaré que les pièces justificatives dont **X.)** fait état, ne lui ont pas été communiquées, le tribunal retient **X.)** dans les liens de la prévention en ce qui concerne les retraits opérés durant la période entre le 20 janvier 2006 et le 21 juillet 2006.

X.) est convaincu :

*comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société **SOC1.)** s.à r.l., ayant eu son siège social à L-(...), (...) et déclarée en état de faillite par jugement n°840/06 rendu en date du 26 juillet 2006 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,*

*I. depuis un temps non prescrit, et notamment à partir du 1^{er} juin 2005 (époque de la cessation des paiements par **SOC1.)** s.à r.l.), dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,*

de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse pour :

*en infraction à l'article 577 2° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif de la société **SOC1.)** s.à r.l.,*

*en l'espèce, pour avoir détourné au préjudice de de la société **SOC1.)** s.à r.l.*

- 1. des articles d'horlogerie et de bijouterie de la marque **SOC2.)** d'une valeur totale de 8.840,02 euros, respectivement le prix de vente de ces marchandises ;*
- 2. la somme totale de 30.829,21 euros prélevée sur le compte chèques postaux IBAN LU58 (...) détenu par la société **SOC1.)** s.à r.l., et composée comme suit :*

- 2.000 euros le 20 janvier 2006;*
- 2.700 euros le 26 janvier 2006;*
- 210 euros le 31 janvier 2006;*
- 1.500 euros le 14 février 2006;*

- 300 euros le 15 février 2006;
- 1.800 euros le 21 février 2006;
- 50 euros le 6 mars 2006;
- 550 euros le 10 mars 2006;
- 4.400 euros le 14 mars 2006;
- 1.000 euros le 17 mars 2006;
- 652,29 euros le 21 mars 2006;
- 440 euros le 23 mars 2006;
- 300 euros le 29 mars 2006;
- 1.500 euros le 4 avril 2006;
- 500 euros le 11 avril 2006;
- 806,92 euros le 19 avril 2006;
- 425 euros le 21 avril 2006;
- 1.500 euros le 25 avril 2006;
- 860 euros le 26 avril 2006;
- 1.500 euros le 27 avril 2006;
- 400 euros le 10 mai 2006;
- 60 euros le 15 mai 2006;
- 1.700 euros le 19 mai 2006;
- 460 euros le 29 mai 2006;
- 1.500 euros le 1 juin 2006;
- 1.200 euros le 6 juin 2006;
- 1.100 euros le 17 juin 2006;
- 350 euros le 21 juin 2006;
- 340 euros le 26 juin 2006;
- 100 euros le 4 juillet 2006;
- 560 euros le 11 juillet 2006;
- 65 euros le 21 juillet 2006.

II) quant aux infractions libellées dans la citation directe du 7 décembre 2009

1. *quant aux infractions à l'article 574 6° du Code de commerce*

Le Ministère Public reproche à X.), de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, principalement, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, ne pas avoir tenu pour la société **SOCL.)** s.à r.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de Commerce, et ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de Commerce et subsidiairement, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, ou 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.

Il résulte de la déposition du curateur à l'audience qu'il n'a reçu qu'une comptabilité incomplète dont les dernières traces remontent au premier trimestre 2005.

Il y a dès lors lieu d'acquitter X.) de la prévention libellée sub II. 1) principalement à son encontre, qui n'est pas établie en fait :

*« comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société **SOCL.)** s.à r.l., ayant eu son siège social à L-(...), (...) et déclarée en état de faillite par jugement n°840/06 rendu en date du 26 juillet 2006 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,*

1. depuis le 6 février 2002, date de la constitution de la société, au 26 juillet 2006, date du jugement déclaratif de faillite, au siège de la société à L-(...), (...), sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

*principalement, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, ne pas avoir tenu pour la société **SOCL.)** s.à r.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de Commerce, et ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de Commerce. »*

Au vu de l'instruction menée en cause et notamment au des dépositions du curateur, il y a cependant lieu de retenir X.) dans les liens de la prévention lui reprochée sub II) 1. subsidiairement de la citation à prévenu :

comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société SOCI.) s.à r.l., ayant eu son siège social à L-(...), (...) et déclarée en état de faillite par jugement n°840/06 rendu en date du 26 juillet 2006 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

1. notamment depuis le 2^e trimestre 2005 jusqu'au 26 juillet 2006, date du jugement déclaratif de faillite, au siège de la société à L-(...), (...),

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète et irrégulière.

2. quant à l'absence d'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal

Le Parquet reproche à X.), de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour ne pas avoir fait la déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal d'un mois à partir de la cessation des paiements.

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

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

En l'espèce, il est établi que X.) a volontairement négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu pour échapper aux dettes contractées antérieurement, augmentant ainsi quotidiennement les créances et notamment celles des créanciers publics et en retirant des fonds propres détenus par la société sur son compte Chèques Postaux.

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

X.) est partant convaincu :

comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société SOCI.) s.à r.l., ayant eu son siège social à L-(...), (...) et déclarée en état de faillite par jugement n°840/06 rendu en date du 26 juillet 2006 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

2. depuis le 1^{er} juin 2005, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg,

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

3. quant à l'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales

Le Parquet reproche à X.) depuis le 1^{er} février 2006 à 26 juillet 2006 de ne pas avoir procédé annuellement à la publication des comptes annuels de la société SOCI.) s.à r.l. au registre de commerce et des sociétés.

Il résulte des éléments du dossier que la dernière publication faite au nom de la société SOCI.) s.à r.l. a été le dépôt du bilan de l'année 2003, tel que cela résulte de la publication faite au Memorial en date du 18 novembre 2004.

X.) est partant convaincu :

comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société SOCI.) s.à r.l., ayant eu son siège social à L-(...), (...) et déclarée en état de faillite par jugement n°840/06 rendu en date du 26 juillet 2006 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

3. depuis le 1^{er} février 2006 au 26 juillet 2006, date du jugement déclaratif de faillite, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

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

4. quant au défaut d'autorisation de commerce de la société SOCI.) s.à.r.l.

Le Parquet reproche à X.), depuis le 6 février 2002, date de la constitution de la société SOCI.) s.à.r.l. jusqu'au 26 juillet 2006, date du jugement déclaratif de faillite, d'avoir exercé l'activité de commerçant et en particulier l'activité d'achat en vue de la revente d'articles d'horlogerie et de bijouterie, sans avoir été en possession de l'autorisation du ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement.

Il résulte de l'instruction menée en cause qu'aucune autorisation d'établissement n'a été délivrée pour la société SOCI.) s.à.r.l., ce au vu des dettes fiscales de X.), tel que cela résulte du procès-verbal du 2 mars 2007 du Service Anti-Fraude de l'administration de l'Enregistrement et des Domaines.

X.) est dès lors convaincu :

comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société SOCI.) s.à r.l., ayant eu son siège social à L-(...), (...) et déclarée en état de faillite par jugement n°840/06 rendu en date du 26 juillet 2006 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

4. depuis le 6 février 2002, date de la constitution de SOCI.) s.à r.l. jusqu'au 26 juillet 2006, date du jugement déclaratif de faillite à Luxembourg, (...),

en infraction à 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, d'avoir exercé l'activité de commerçant, et en particulier l'activité d'achat en vue de la revente d'articles d'horlogerie et de bijouterie, sans avoir été en possession de l'autorisation du ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissements.

5. quant aux infractions d'abus de biens sociaux

Le Ministère Public reproche à X.), d'avoir, en sa qualité de gérant unique de la société SOCI.) s.à r.l., commis un abus de biens sociaux pour avoir :

1. fait un usage à des fins personnelles des véhicules automoteurs OPEL Astra immatriculé (...) (L) et SEAT Toledo immatriculé (...) (L) appartenant à la société SOCI.) s.à r.l.;
2. payé, au moyen de fonds appartenant à SOCI.) s.à r.l., et notamment 3.487,05 Euro au cours de l'exercice se terminant le 31 décembre 2003, les frais de leasing d'un véhicule CHRYSLER Cruiser immatriculé (...) appartenant au prévenu ;
3. prélevé en nature et à des fins personnelles la somme totale de 22.816,31 Euro sur le compte chèques postaux IBAN LU58 (...) détenu par la société SOCI.) s.à r.l., cette somme étant composée comme suit :
 - 3.326,31 euros le 3 janvier 2005
 - 2.300 euros le 11 janvier 2005
 - 1.500 euros le 17 janvier 2005
 - 2.300 euros le 18 janvier 2005
 - 450 euros le 20 janvier 2005
 - 600 euros le 24 janvier 2005
 - 380 euros le 27 janvier 2005
 - 400 euros le 1 février 2005
 - 780 euros le 3 février 2005
 - 770 euros le 4 février 2005
 - 120 euros le 8 février 2005
 - 1.170 euros le 11 février 2005
 - 1.270 euros le 16 février 2005
 - 400 euros le 17 février 2005
 - 800 euros le 28 février 2005

- 2.900 euros le 8 mars 2005
- 700 euros le 10 mars 2005
- 600 euros le 14 mars 2005
- 1.600 euros le 21 mars 2005
- 450 euros le 22 mars 2005.

Aux termes de l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915, l'abus de biens sociaux est constitué si le dirigeant d'une société a agi de mauvaise foi et contrairement aux intérêts de la société.

Il faut 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) l'élément moral :
 - a) la recherche d'un intérêt personnel, et
 - b) un usage conscient de mauvaise foi.

Le prévenu X.) occupait la position de gérant unique depuis le 6 février 2002, date de la constitution de la société.

En cette qualité, conformément à la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, il était en charge de gérer la société et d'accomplir les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet social et revêtait partant la qualité de dirigeant au sens de l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

X.) est en aveu d'avoir fait un usage personnel du véhicule SEAT Toledo et d'avoir laissé le véhicule OPEL Astra à l'usage personnel de son père. En ce qui concerne le paiement par la société SOCL.) s.à.r.l. de frais de leasing du véhicule CHRYSLER Cruiser lui appartenant en propre, il n'a pas été à même une explication.

En ce qui concerne notamment le paiement des frais de leasing du véhicule CHRYSLER Cruiser, le tribunal retient que les faits datant de l'année 2003 ne sont pas encore prescrits, alors que s'agissant d'une infraction clandestine, le point de départ du délai de prescription doit être fixé non au jour de la commission effective mais au jour où l'infraction est apparue et que l'action publique a pu être exercée (cf. Cour, 18 novembre 2009, arrêt numéro 510/09 X). L'infraction a pu être découverte à partir du jour du prononcé de la faillite, le 26 juillet 2006 et le premier acte de poursuite est daté au 19 septembre 2007, l'infraction n'est dès lors pas prescrite.

En faisant un usage personnel d'un véhicule appartenant à la société, en laissant l'usage d'un véhicule appartenant à la société à une personne étrangère à la société et en employant des fonds de la société pour payer les frais de leasing d'un véhicule dont il est le détenteur à titre personnel, le prévenu a fait un usage des biens sociaux.

Il en est de même des retraits sur le compte Chèques Postaux lui reprochés par le Ministère Public et pour lesquels il est en aveu de les avoir effectués.

En ce qui concerne le troisième élément matériel de l'infraction, à savoir l'usage contraire aux intérêts de la société, il y a lieu de rappeler 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 » (cf. 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).

Par l'effet des actes prédécrits, le patrimoine de la société a subi des pertes et elle a été exposée, sans nécessité et sans contrepartie pour elle à des risques graves et anormaux, de sorte que ces actes sont contraires à l'intérêt social.

La mauvaise foi du prévenu est établie alors qu'il ne pouvait pas ignorer que le fait de mettre à disposition des véhicules de la société pour des usages étrangers à la société, de même que le fait de financer par des fonds de la société un leasing privé et finalement le fait de prélever des fonds appartenant à la société sont des faits qui consistent à dépouiller la société d'une partie de son actif.

La mauvaise foi de X.) est ainsi établie à suffisance de droit et il convient de le retenir dans les liens de la prévention d'abus de biens sociaux.

X.) est convaincu :

comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société SOCL.) s.à r.l., ayant eu son siège social à L-(...), (...) et déclarée en état de faillite par jugement n°840/06 rendu en date du 26 juillet 2006 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

depuis un temps non prescrit, et notamment au courant de l'année 2003 et entre le 3 janvier 2005 et le 1^{er} juin 2005 (époque de la cessation des paiements par SOCI.) s.à r.l.) dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

5) en infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, d'avoir en tant que dirigeant de société, de mauvaise foi, fait des biens et du crédit de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles et d'avoir fait des pouvoirs qu'elle possédait, en cette qualité, un usage qu'il savait contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles,

en l'espèce d'avoir, en sa qualité de gérant unique de la société SOCI.) s.à r.l.,

1. fait un usage à des fins personnelles des véhicules automoteurs OPEL Astra immatriculé (...) (L) et SEAT Toledo immatriculé (...) (L) appartenant à la société SOCI.) s.à r.l.;

2. d'avoir payé, au moyen de fonds appartenant à SOCI.) s.à r.l., et notamment 3.487,05 euros au cours de l'exercice se terminant le 31 décembre 2003, les frais de leasing d'un véhicule CHRYSLER Cruiser immatriculé (...) lui appartenant ;

3. prélevé en nature et à des fins personnelles la somme totale de 22.816,31 euros sur le compte chèques postaux IBAN LU58 (...) détenu par la société SOCI.) s.à r.l., cette somme étant composée comme suit :

- 3.326,31 euros le 3 janvier 2005,
- 2.300 euros le 11 janvier 2005,
- 1.500 euros le 17 janvier 2005,
- 2.300 euros le 18 janvier 2005,
- 450 euros le 20 janvier 2005,
- 600 euros le 24 janvier 2005,
- 380 euros le 27 janvier 2005,
- 400 euros le 1 février 2005,
- 780 euros le 3 février 2005,
- 770 euros le 4 février 2005,
- 120 euros le 8 février 2005,
- 1.170 euros le 11 février 2005,
- 1.270 euros le 16 février 2005,
- 400 euros le 17 février 2005,
- 800 euros le 28 février 2005,
- 2.900 euros le 8 mars 2005,
- 700 euros le 10 mars 2005,
- 600 euros le 14 mars 2005,
- 1.600 euros le 21 mars 2005,
- 450 euros le 22 mars 2005

partant d'avoir fait de mauvaise foi 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.

III) Les peines

Les infractions retenues sub II) 1) et 2) constituent des cas de banqueroute simple facultative prévus par les articles 574 et 576 du Code de commerce.

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

En tenant compte de la conjugaison de ces fautes et du désintérêt certain dont le prévenu fait preuve, le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

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

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

Au vu de l'absence d'antécédents judiciaires et des explications fournies à l'audience **X.**) ne semble pas indigne de l'indulgence du tribunal; il échet en conséquence de lui accorder la faveur du *sursis intégral* quant à la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

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

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

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

Il appert de l'infraction retenue sub I) que **X.**) a détourné de l'actif de la société **SOCI.**) s.à.r.l. les montants de 30.829,21 euros et de 8.840,02 euros, de sorte qu'il y a lieu de réintégrer le montant de (30.829,21 + 8.840,02 =) 39.669,23 euros à la masse de la faillite de la société **SOCI.**) s.à.r.l.

Au civil

A l'audience publique du 8 novembre 2010, Maître Kamilla LADKA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, curateur de la faillite **SOCI.**) sàrl, s'est constitué partie civile au nom et pour le compte de la société **SOCI.**) sàrl préqualifiée, contre le prévenu **X.**), préqualifié, défendeur au civil.

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

Il y a lieu de donner acte à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile.

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

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

Maître Kamilla LADKA, en sa qualité de curateur de la société **SOC1.)** s.à.r.l., réclame à titre de réparation du préjudice matériel les montants de 3.487,05 euros à titre du leasing personnel de X.) payé par la société **SOC1.)** s.à.r.l., 11.242,13 euros correspondant à la déclaration de créances de la société **SOC2.)** BENELUX s.a. en relation avec le détournement des marchandises **SOC2.)** et le montant de 53.615,52 euros correspondant aux retraits effectués par X.) sur le compte Chèques Postaux de la société **SOC1.)** s.à.r.l.

La demande pour autant qu'elle concerne les marchandises **SOC2.)** est à déclarer non fondée, au vu de la réintégration à intervenir et au vu du fait que la clause pénale mise en compte et les frais de chèques sans provision ne sont pas en relation causale avec les faits dont le tribunal se trouve actuellement saisi.

Il y a cependant lieu de faire droit à la demande pour autant qu'elle vise la condamnation de X.) à payer au curateur la somme de 3.487,05 euros, alors que l'infraction d'abus de biens sociaux a été retenue à l'égard de X.) de ce chef.

En ce qui concerne les prélèvements opérés, au vu de la réintégration à intervenir, portant sur la somme de 30.829,21 euros, la demande n'est fondée que pour le montant de 22.816,31 euros. En effet, il y a lieu de faire à droit à la demande pour autant qu'elle vise les sommes pour lesquelles l'abus de biens sociaux a été retenu à charge de X.).

Il y a dès lors lieu de condamner X.) à payer la somme de $(3.487,05 + 22.816,31 =) 26.303,36$ euros à la société en faillite **SOC1.)** s.à.r.l.

Par ces motifs :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, *seizième chambre*, siégeant en matière correctionnelle, statuant *contradictoirement*, X.) et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, tant au pénal qu'au civil, la demanderesse au civil entendue en ses explications et la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

Au pénal :

a c q u i t t e X.) de l'infraction non établie à sa charge ;

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de *douze (12) mois* ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 12,92 euros;

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 X.) 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 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;

o r d o n n e la réintégration du montant frauduleusement soustrait à la masse de la faillite de la société **SOC1.)** s.à.r.l., soit la somme de 39.669,23 (trente neuf mille six cent neuf euros et vingt-trois cents) 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 sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais de X.).

Au civil :

d o n n e a c t e à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile;

d é c l a r e la demande recevable;

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

l a d i t fondée pour le montant de (3.487,05 + 22.816,31 =) 26.303,36 euros ;

c o n d a m n e X.) à payer à la société **SOC1.)** s.à.r.l. en état de faillite, représentée par Maître Kamilla LADKA en sa qualité de curateur de la faillite, la somme de **vingt-six mille trois cent trois euros et trente-six cents (26.303,36 euros)** avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

c o n d a m n e X.) aux frais de cette demande civile.

Par application des articles 14, 60, 65, 66, 489 et 506-1 (3) du Code pénal; 3, 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 626, 627, 628 et 628-1 du Code d'instruction criminelle; 9, 440, 0573 4°, 574 4°, 574 6°, 577 et 583 du Code de commerce et des articles 163 et 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente.

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

De ce jugement appel au pénal et au civil fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 5 janvier 2011 par Maître Marc LENTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour et au nom du prévenu **X.)**.

Appel fut interjeté au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 7 janvier 2011 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 2 mars 2011, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 27 avril 2011 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience l'affaire fut remise contradictoirement au 31 octobre 2011.

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

Maître Pascale PETOUT, en remplacement de Maître Kamilla LADKA, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la faillite **SOC1.)** s. à r. l., fut entendue en ses conclusions.

Maître Olivier UNSEN, en remplacement de Maître Charles UNSEN, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens d'appel et de défense du prévenu et défendeur au civil **X.)**.

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 23 novembre 2011, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 5 janvier 2011 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le prévenu **X.)** a fait relever appel au pénal et au civil d'un jugement correctionnel du 30 novembre 2010 dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration déposée au même greffe le 7 janvier 2011 le procureur d'Etat, à son tour, a relevé appel du même jugement.

Les appels relevés dans les formes et délais de la loi sont recevables.

Le prévenu reconnaît ne pas avoir tenu une comptabilité complète et régulière de la société **SOC1.)** s.à.r.l., avoir omis de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal, avoir omis de publier les comptes annuels de la société pour l'année 2006 et avoir exploité le commerce d'horlogerie-bijouterie sans être en possession de l'autorisation ministérielle requise par la loi. Il ne conteste pas non plus avoir utilisé les véhicules Opel et Seat appartenant à la société à des fins personnelles et avoir payé au moyen de fonds de la société les frais de leasing d'un véhicule Chrysler lui appartenant personnellement. En revanche **X.)** conteste l'infraction de banqueroute frauduleuse retenue à sa charge sub I 1. et 2, de même que l'infraction d'abus de biens sociaux retenue sub 5.3. Il explique que les sommes prélevées sur le compte chèque postal de la société, tant avant qu'après la date de la cessation des paiements, ainsi que le prix de vente des montres **SOC2.)**, ont été utilisés dans l'intérêt de la société pour payer des créanciers et fournisseurs et conclut dès lors à se voir acquitter de ces infractions et à ne pas voir ordonner la réintégration à la masse du montant prétendument détourné.

Le représentant du ministère public requiert la confirmation du jugement entrepris concernant toutes les infractions retenues à charge du prévenu, y compris celle de banqueroute frauduleuse et celle d'abus de biens sociaux, le prévenu ne justifiant pas de la destination des sommes prélevées et du prix obtenu de la vente des montres **SOC2.)** et ne prouvant pas que les prélèvements antérieurs à la cessation des paiements ont été faits dans l'intérêt de la société. Concernant la peine à infliger au prévenu, il ne s'oppose pas à le voir condamner à prêter des travaux d'intérêt général, une peine d'emprisonnement ferme étant inappropriée à la gravité des infractions retenues et tout sursis étant légalement exclu au vu des antécédents judiciaires du prévenu.

C'est à bon droit que les infractions de banqueroute simple prévues aux alinéas 4 et 6 de l'article 574 du code de commerce ont été retenues à charge de **X.)**, infractions qui sont restées établies en instance d'appel sur base des éléments du dossier. En effet, en tant que gérant unique de la société **SOC1.)** s.à.r.l., **X.)** avait l'obligation de veiller à la bonne tenue des livres de commerce et documents comptables et de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal.

La juridiction de première instance a de même à juste titre, et par des motifs auxquels la Cour souscrit, retenu le prévenu dans les liens de l'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales pour ne pas avoir publié les comptes de 2006 et dans les liens de l'infraction à 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 pour avoir exploité son commerce sans autorisation ministérielle.

Concernant l'infraction de banqueroute frauduleuse et l'infraction d'abus de biens sociaux, les juges de première instance ont également fait une juste appréciation des circonstances de la cause et c'est par des développements corrects en droit et en fait auxquels la Cour se rallie qu'ils ont retenu le prévenu dans les liens de ces infractions sub I.1. et 2. et sub II.5., 1. 2. et 3.

Il a été retenu à bon escient qu'en matière de banqueroute frauduleuse, le prévenu, qui conteste le détournement frauduleux, doit prouver qu'il a affecté les fonds prélevés sur les comptes sociaux à la réalisation de l'objet social. Il a notamment été jugé que l'omission de comptabiliser des recettes destinées à la société et le fait de ne donner aucune justification admissible au sujet de la destination donnée auxdites sommes fait présumer que cette partie de l'actif a été détournée ou dissimulée (cf. Cour de cassation belge 15.4.1986, Pasirisie belge 1986, I,p.991).

X.) a effectué des prélèvements pour un montant de 30.829,81 euros sur le compte de la société, entre le 20 janvier 2006 et le 21 juillet 2006, en pleine connaissance de l'état de cessation des paiements de la société. Or il ne justifie pas de l'emploi dudit montant, aucune des pièces versées en instance d'appel n'ayant trait à un paiement fait à cette époque. De même le prévenu, qui ne conteste pas avoir vendu un lot important de montres **SOC2.)**, ne justifie pas avoir comptabilisé les recettes de ces ventes évaluées au montant de 8.840,02 euros ou avoir affecté cette somme en tout ou en partie au paiement d'une dette sociale. Contrairement aux affirmations du mandataire du prévenu, cette preuve ne résulte pas de la lettre adressée par **X.)** en date du 4 août 2005 à l'huissier de justice Carlos CALVO, lettre qui ne contient qu'une simple proposition de paiements échelonnés de dettes et n'établit aucun paiement effectif.

Par ailleurs le prévenu ne justifie pas que les sommes prélevées sur le compte chèque postal de la société entre le mois de janvier 2005 et le mois de mars 2005 ont été utilisées dans l'intérêt de la société. En effet même si certaines des pièces versées par le mandataire de **X.)** à la Cour ont trait à des dettes de la société envers des fournisseurs ou envers l'Etat, il n'en découle pas que les différents montants prélevés ont été affectés au paiement de ces mêmes dettes. Or il est admis que s'il n'est pas justifié que des prélèvements occultes sur les comptes sociaux ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, ils l'ont été nécessairement dans l'intérêt personnel du dirigeant (cf. Jurisclasseur de droit pénal des affaires, vo sociétés, fasc. 50, no. 74 et jurisprudences y citées).

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

X.) a été condamné par le tribunal du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de 12 mois assortie du sursis intégral à son exécution.

Aux termes de l'article 626 alinéa 2 du code d'instruction criminelle, le sursis est exclu si, avant le fait motivant sa poursuite, le délinquant a été l'objet d'une condamnation devenue irrévocable, à une peine d'emprisonnement correctionnel ou à une peine plus grave du chef d'infraction de droit commun. Selon l'article 629 du même code le condamné peut être placé sous le régime du sursis probatoire s'il n'a pas fait l'objet d'une condamnation antérieure à une peine d'emprisonnement ou s'il n'a été condamné qu'à une peine d'emprisonnement assortie du sursis simple inférieure ou égale à un an.

Le prévenu **X.)** a fait l'objet le 16 avril 2002 d'une condamnation à une peine d'emprisonnement de 6 mois assortie d'un sursis probatoire.

Au vu des dispositions des articles 626, alinéa 2 et 628 du code d'instruction criminelle, les premiers juges, en accordant au prévenu le bénéfice du sursis simple à l'exécution de la peine d'emprisonnement à laquelle il l'ont condamné, ont partant prononcé une peine illégale, le prévenu n'ayant plus pu bénéficier de la mesure de sursis à l'exécution de sa peine d'emprisonnement.

Il y a donc lieu d'annuler le jugement entrepris en ce qu'il a condamné le prévenu **X.)** à une peine illégale et d'évoquer le jugement à cet égard.

La peine d'emprisonnement de douze mois infligée au prévenu est légale et appropriée à la gravité des infractions retenues à charge du prévenu, de sorte qu'elle est à confirmer. Cette peine d'emprisonnement n'est pas à assortir du sursis à son exécution.

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

Au civil

Le curateur de la faillite de la société **SOC1.)** s.à.r.l. conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Le défendeur au civil conteste le montant de 22.816,31 euros réclamé du chef de détournements.

La décision des premiers juges est à confirmer, par adoption de motifs, en ce qu'ils se sont déclarés compétents pour connaître de la demande civile du curateur et qu'ils ont déclaré celle-ci recevable et fondée jusqu'à concurrence du total des montants ayant trait aux infractions d'abus de biens sociaux retenue à l'égard du prévenu.

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, sur le réquisitoire du ministère public,

reçoit les appels en la forme ;

déclare l'appel du ministère public fondé ;

annule le jugement entrepris en ce que les premiers juges ont condamné le prévenu **X.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine illégale ;

évoquant et statuant à nouveau quant à la peine d'emprisonnement ;

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

dit qu'il ne sera pas sursis à l'exécution de cette peine d'emprisonnement ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus au pénal et au civil;

condamne le prévenu aux frais de sa poursuite en instance d'appel, liquidés à 14,65 € ;

le condamne aux frais de la demande civile dirigée contre lui en instance d'appel.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en retranchant l'article 573.4° du code de commerce, l'article 506-1 (3) du code pénal et les articles 191, 626, 627, 628 et 628-1 du code d'instruction criminelle et en ajoutant les articles 202, 203, 211 et 215 du même code.

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
Jean ENGELS, avocat général
Marc SERRES, greffier

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