

Arrêt N° 235/18 X.
du 20 juin 2018
(Not. 304/13/XD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du vingt juin deux mille dix-huit l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits,
appelant

e t :

P1, né le (...) à (...) (Belgique), demeurant à B-(...),

prévenu, défendeur au civil et **appelant**

e n p r é s e n c e d e :

Maître Daniel CRAVATTE, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch, pris en sa qualité de curateur de la société en faillite **SOC1) s. à r.l.**,

demandeur au civil, **appelant**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière correctionnelle, le 9 novembre 2017, sous le numéro 534/2017, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu l'ensemble du dossier répressif, et notamment le procès-verbal numéro 2013/29656/1/DF du 17 juin 2013 du service régional de polices spéciales de la circonscription régionale de la police de Diekirch.

Vu l'ordonnance numéro 372/13 de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Diekirch rendue le 24 octobre 2013 sur base des dispositions de l'article 132 (1) du Code de procédure pénale, et renvoyant **P2**), **P1**), et **P3**), par admission de circonstances atténuantes, devant la chambre correctionnelle du même tribunal.

Vu la citation du 27 juillet 2016 (not. 304/13/XD) régulièrement notifiée au prévenu **P1**) le 20 août 2016.

Ni la citation à prévenus du 27 juillet 2016 ni les citations à prévenus subséquentes adressées à **P2**) et à **P3**) ne sont toutefois régulières, de sorte qu'il y a lieu de suivre le réquisitoire du Ministère Public et de prononcer la disjonction des poursuites à l'encontre de ces deux prévenus.

Le Parquet reproche à **P1**) d'avoir,

« I) comme auteurs d'un crime pour l'avoir exécuté ou pour avoir coopéré directement à son exécution, pris en leur qualité d'administrateurs statutaires responsables de la gestion de la s.a. SOCI), actuellement en état de faillite;

depuis un temps non prescrit mais en tout état de cause à compter du 30 mars 2011 dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch et plus spécialement à LIEU), sans préjudice quant aux indications de temps et de lieu exactes;

en infractions aux articles 577 du code de commerce et 489 du code pénal, s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse, pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif en l'espèce, comme commerçant failli ou assimilable, sur jugement n° 121/2011 du 30 mars 2011 du tribunal d'arrondissement de Diekirch siégeant en matière commerciale et ayant été informés du prononcé de la faillite de la s.a. SOCI), par courriers du 11 avril 2011, dissimulé et détourné au préjudice du curateur chargé de la liquidation de la faillite les véhicules automoteurs suivants :

1. BMW type 525 D immatriculé PLQUE1)

2. LAND ROVER type Range Rover immatriculé PLQUE2)

3. LAND ROVER type Range Rover immatriculé PLQUE3)

les véhicules sub 2 et 3) ayant été vendus sinon cédés le 31 octobre 2011 partant à une date postérieure au prononcé de la faillite intervenu le 30 mars 2011;

II) Comme auteurs d'un délit pour l'avoir exécuté ou pour avoir coopéré directement à son exécution, pris en leur qualité d'administrateurs statutaires responsables de la gestion de la s.a. SOCI), actuellement en état de faillite;

1. en infraction aux articles 574-5° du code de commerce ainsi que 489 et 490 du code pénal avoir commis le délit de banqueroute simple pour avoir en tant que commerçant s'être absenté sans l'autorisation du juge-commissaire ou si, sans empêchement légitime, avoir omis de se rendre en personne aux convocations qui lui ont été faites par le juge-commissaire ou par les curateurs, en l'espèce omis de se présenter aux convocations leur adressées par Maître Daniel CRAVATTE par courriers du 11 avril 2011, curateur de la faillite de la s.a. SOCI) prononcée par jugement n° 121/2011 du 30 mars 2011 du tribunal d'arrondissement de et à Diekirch;

2. en infraction aux articles 574-4° du code de commerce ainsi que 489 et 490 du code pénal avoir commis le délit de banqueroute simple pour avoir en tant que commerçant ne pas avoir fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 respectivement que cet aveu ne contient pas les noms de tous les associés solidaires; si, en le faisant, il n'a pas fourni les renseignements et éclaircissements exigés par l'article 441, ou encore que ces renseignements ou éclaircissements sont inexacts en l'espèce pour avoir omis de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le mois de sa survenance, la faillite étant intervenue sur assignation de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg pour arriérés de taxe sur la valeur ajoutée d'un montant total de € 73.128,25;

3. en infraction à l'article 163-3° de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée plus spécialement par la loi du 2 décembre 1993 ainsi que l'article 96 (5) 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 et modifiant certaines dispositions légales, avoir omis de soumettre 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 pour avoir omis de faire publier les documents repris ci-avant tel que prévu par les articles 75, 132, 197, 252 et 341 de la même loi et l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 reprise ci-haut, en l'espèce avoir omis de faire publier les bilans et documents requis des années suivantes dans le délai légal prévu

<u>Année exercice</u>	<u>Date légale du dépôt</u>
2007	1/7/2008
2008	1/7/2009
2009	1/7/2010

4. en infraction aux articles 1^{er} et 39 de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, comme personne physique respectivement comme

personne morale, dans un but de lucre, exercé à titre principal ou accessoire, une activité indépendante dans le domaine du commerce, de l'artisanat ou des professions libérales pour,

- s'être établi au Luxembourg pour y exercer une activité visée par la loi sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise
- en tant que prestataire de services artisanaux établi dans un autre Etat membre de l'Union européenne, fourni des prestations de services au Luxembourg, sans avoir, au préalable, satisfait aux exigences des articles 22 et 23 de la loi du 19 juin 2009 sur la reconnaissance des qualifications professionnelles
- servi de personne interposée en mettant sa qualification et honorabilité professionnelles à disposition d'un tiers tout en lui abandonnant la gestion réelle de l'entreprise
- eu recours à une personne interposée

en l'espèce comme personne physique respectivement comme personne morale, dans un but de lucre, exercé à titre principal, une activité indépendante dans le domaine du commerce suivant l'objet social qui est formulé comme suit: „Zweck der Gesellschaft ist : - der Import und Export, der Einkauf und Verkauf, der Einzel- und den Großhandel, den Mietkauf und die Vermietung von Personenwagen, Lastkraftwagen, Anhängern und Fahrzeugen aller Art sowie von Gütern und Gegenständen aller Art, sowohl in Luxemburg als auch im Ausland, und dies im weitesten Sinne des Wortes; - die Immobilienförderung, der Erwerb und Verkauf, die Vermietung und Untervermietung, Immobilienleasing, die Errichtung sowie die Verwaltung von Immobilien für den Eigenbedarf der Gesellschaft sowohl in Luxemburg als auch im Ausland, und dies im weitesten Sinne des Wortes; - der Ankauf und Verkauf sowie die Verwaltung und Vermietung von Patenten, Rechten, Marken, Geschäftsfonds und allen anderen immateriellen Anlagewerten, sowohl in Luxemburg als auch“ partant s'être établi au Luxembourg pour y exercer une activité visée par la loi sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise. »

Au pénal :

Les faits à la base de la présente affaire résultent à suffisance des éléments du dossier soumis à l'appréciation du tribunal ainsi que de l'instruction menée à l'audience, notamment des dépositions des témoins et des moyens développés par le représentant du prévenu.

Par jugement numéro 121/2011 du 30 mars 2011 le tribunal de commerce de Diekirch a déclaré la société **SO C1**) SARL en état de faillite sur assignation, a déterminé provisoirement l'époque de la cessation des paiements au 30 septembre 2010, et a nommé curateur Maître Daniel CRAVATTE, avocat à Diekirch.

Le 21 avril 2011 le curateur a dressé un inventaire de carence relatif à la société en faillite alors qu'il s'est transporté au siège de ladite société pour procéder à l'inventaire des biens de la masse, et que, arrivé sur les lieux, il n'a trouvé ni sonnette, ni boîte aux lettres au nom de la société, et que celle-ci était ainsi introuvable.

Par lettre du 14 janvier 2013 entrée au Parquet de Diekirch le 18 janvier 2013, Maître Daniel CRAVATTE a déposé plainte contre **P2**), **P1**), et **P3**), tous les trois gérants de la société **SO C1**) SARL. Il a exposé en particulier qu'il a été informé par courriers du 8 avril 2011 du Ministère du Développement Durable et des Infrastructures que la société en faillite était propriétaire des trois véhicules suivants au jour du jugement déclaratif de la faillite :

- BMW BREAK immatriculé **PLQUE1**),
- LAND ROVER BREAK immatriculé **PLQUE3**), et
- LAND ROVER BREAK immatriculé **PLQUE2**).

Le curateur expose en outre dans sa plainte au Parquet que par courriers du 11 avril 2011, il a mis en demeure les gérants de le renseigner sur le sort de ces trois voitures, mais que les dits gérants n'ont donné aucune suite à sa demande. Il a dès lors porté plainte contre ces derniers du chef de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse (articles 573 et suivants, et 577 et suivants du Code de commerce).

Le 22 janvier 2013 le Ministère Public a chargé la police grand-ducale de procéder à une enquête et de dresser procès-verbal contre les gérants responsables de la société **SO C1**) SARL du chef de banqueroute frauduleuse pour détournement d'actif, et du chef de banqueroute simple pour ne pas s'être présentés aux convocations du curateur.

Il résulte du rapport numéro 29656/1 du 17 juin 2013 du service régional de polices spéciales de la circonscription régionale de Diekirch que la société **SO C1**) SARL existe en cette forme juridique depuis le 6 novembre 2006, que **P2**) a été nommé gérant administratif, et que **P1**) et **P3**) ont été nommés gérants techniques depuis cette même date. Le siège social de la société a été établi à **LIEU**), par décision du 3 octobre 2008.

Il résulte encore de ce même rapport de la police grand-ducale qu'aucun bilan de la société **SO C1**) SARL n'a été déposé au registre de commerce pour les exercices 2007, 2008, 2009 et 2010, et que la société en question n'a jamais disposé d'une autorisation de faire le commerce, seule une demande afférente ayant été déposée en 2008 au nom de **P1**). Le parc automobile de la société **SO C1**) SARL a compté en tout 25 véhicules dont la plupart n'ont été déclarés qu'un ou deux jours au profit de la société en question. Enfin, aucun salarié n'a été déclaré auprès de cette société.

Concernant les trois véhicules litigieux, la police a pu établir que les véhicules LAND ROVER immatriculé **PLQUE2**) et LAND ROVER immatriculé **PLQUE3**) ont été vendus aux Pays-Bas à des ressortissants néerlandais le 31 octobre 2011, soit à une date postérieure au jugement déclaratif de la faillite.

1. P1 a été renvoyé devant la chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Diekirch du chef de banqueroute frauduleuse pour avoir dissimulé et détourné une partie de l'actif de la société **(SOC1)** SARL au curateur chargé de la liquidation de la faillite.

Les infractions de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse supposent l'une et l'autre que l'auteur des faits incriminés soit commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il soit en état de faillite, c'est-à-dire en état de cessation des paiements et que son crédit soit ébranlé; 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.

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

Il 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 commerçants.

Il appartient au juge répressif de rechercher la personne physique, organe ou préposé, sur laquelle pèse la responsabilité pénale d'une infraction commise par la société commerciale.

La défense de **P1** fait valoir que le prévenu serait à acquitter alors qu'il n'était que gérant technique de la société **(SOC1)** SARL, et que le véritable responsable de l'administration de cette société était le gérant administratif **(P2)**.

Le tribunal constate toutefois qu'il résulte des décisions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire du 10 octobre 2006 de la société **(SOC1)** SARL, qu'en sa qualité de gérant technique, **P1** pouvait engager la société par sa signature conjointe avec l'un quelconque des deux autres gérants. **P1** est dès lors à considérer comme commerçant au sens des dispositions précitées et peut partant, en cette qualité, être poursuivi du chef de l'infraction de banqueroute.

Comme l'action publique du chef de banqueroute tant frauduleuse que simple, est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale, il convient tout d'abord de constater si la société **(SOC1)** 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.

Il est constant en cause pour ressortir des éléments du dossier et renseignements fournis au tribunal que la société **(SOC1)** SARL avait à tout le moins une dette du chef d'arriérés de la TVA pour les exercices cumulés de 2008, 2009 et 2010 envers l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines d'un montant total de 73.128,25 euros. C'est finalement en raison de cette dette accumulée que l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg a assigné en faillite la société **(SOC1)** SARL.

Au vu de ces faits et de l'attitude passive de la société **(SOC1)** SARL face à sa dette envers l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines, et au vu du fait que l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg a par son assignation en faillite fait valoir qu'il n'accordait plus de crédit à la société **(SOC1)** SARL, le tribunal retient que les éléments constitutifs de l'état de faillite, à savoir la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit sont établis, et que partant la société **(SOC1)** SARL se trouve bel et bien en état de faillite.

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.

En l'espèce la société **(SOC1)** SARL a été déclarée en état de faillite par jugement du 30 mars 2011 rendu par le tribunal d'arrondissement de Diekirch et l'époque de la cessation des paiements a été fixée au 30 septembre 2010.

Le tribunal ne dispose par ailleurs d'aucun élément permettant de conclure à une autre date en ce qui concerne l'état de faillite et l'état de cessation des paiements, de sorte qu'il y a lieu de se référer à celles retenues par le jugement commercial.

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.

En l'espèce, il résulte des déclarations du 8 avril 2011 du Ministère du Développement Durable et des Infrastructures que la société **(SOC1)** SARL était propriétaire des trois voitures litigieuses au jour du prononcé de la faillite, et il ressort du procès-verbal numéro 29656/1 du 17 juin 2016 du service régional de polices spéciales de la circonscription régionale de Diekirch que deux de ces voitures ont été vendues le 31 octobre 2011 aux Pays-Bas, donc à une date postérieure au prononcé de la faillite et

a fortiori postérieure à la date de la cessation des paiements, et il résulte enfin des déclarations du curateur que celui-ci n'a reçu aucune explication et qu'il n'a touché aucune indemnisation de la part de l'un quelconque des trois gérants responsables de la société **SOC1**) SARL du chef de la soustraction des trois voitures litigieuses à la masse de la faillite.

Le tribunal relève encore que le prévenu n'est à aucun moment entré en contact avec le curateur de la faillite, et que la lettre de convocation de ce dernier du 11 avril 2011, antérieure aux ventes du 31 octobre 2011, concernant sa demande de renseignements quant au sort des trois voitures manquantes, est restée sans réponse.

Le tribunal retient de ce qui précède que la soustraction des véhicules BMW BREAK immatriculé **PLQUE1**), LAND ROVER BREAK immatriculé **PLQUE3**), et LAND ROVER BREAK immatriculé **PLQUE2**), par le gérant de la société **SOC1**) SARL en faillite et prévenu **P1**) constitue un détournement commis après la cessation des paiements de la société **SOC1**) SARL, et le tribunal décide dès lors de retenir l'infraction de faillite frauduleuse telle que libellée par le Parquet à charge du prévenu.

2. Le Parquet reproche ensuite au prévenu la prévention de banqueroute simple visée à l'article 574 5° du Code de commerce et dont les peines sont édictées par les articles 489 et 490 du Code pénal, pour avoir omis de se rendre en personne aux convocations qui lui ont été faites par le curateur, plus particulièrement d'avoir omis de se présenter à la convocation que lui a adressée Maître Daniel CRAVATTE par courrier du 11 avril 2011.

Il est un fait que le prévenu ne s'est pas présenté à la convocation lui adressée par le curateur de la faillite de la société **SOC1**) SARL. Il n'a par ailleurs pas daigné répondre non plus à la demande d'information concernant les trois voitures litigieuses que le curateur lui a adressée par cette même lettre de convocation du 11 avril 2011.

La défense fait valoir que le prévenu n'avait pas reçu la convocation du curateur, et demande partant l'acquiescement du prévenu du chef de cette prévention.

Le tribunal rejette ce moyen de défense au regard de la lettre recommandée adressée le 11 avril 2011 par le curateur de la faillite de la société **SOC1**) SARL à la dernière adresse connue du prévenu mentionnée au registre de commerce, à savoir à l'adresse sise en Belgique, à B-LIEU2), et au regard des déclarations du curateur à l'audience que cette lettre recommandée ne lui a pas été retournée par la poste.

Le tribunal retient dès lors cette infraction à l'encontre du prévenu.

3. Le Parquet reproche ensuite à **P1**) la prévention de banqueroute simple prévue par l'article 574 4° du Code de commerce et dont les peines sont édictées par l'article 489 du Code pénal.

Ces dispositions légales donnent au juge pénal la faculté de ne pas condamner le prévenu du chef de banqueroute simple nonobstant que le fait soit établi. Il s'agit d'un cas de banqueroute simple dont la déclaration est facultative et le juge de fond 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. Ainsi, le fait d'un aveu de faillite tardif, tout en supposant l'imprudence ou la négligence, peut cependant être justifié par les circonstances dans le cadre desquelles il s'est produit.

Il est généralement admis que le juge condamnera le prévenu dans l'une des hypothèses visées par l'article 574 du Code de commerce du chef de banqueroute simple lorsque les faits sont d'une particulière gravité, si le prévenu laisse s'accumuler les dettes, s'il a commis une pluralité de faits ou si les faits retenus, s'ajoutent à d'autres infractions.

La défense demande l'acquiescement de **P1**) au motif que le prévenu n'était pas au courant de l'état de cessation de paiements de la société, et que par ailleurs il appartenait au gérant administratif de faire l'aveu de cette cessation des paiements et non au gérant technique.

Le tribunal rappelle toutefois qu'il résulte des décisions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire du 10 octobre 2006 de la société **SOC1**) SARL, qu'en sa qualité de gérant technique, **P1**) pouvait engager la société par sa signature conjointe avec l'un quelconque des deux autres gérants, et que **P1**) est dès lors à considérer comme dirigeant responsable de la société **SOC1**) SARL. En cette qualité, il lui incombait de connaître l'état des finances de la société en question et de faire l'aveu de la cessation des paiements dès que cet état apparaissait.

En l'occurrence, la situation financière de la société **SOC1**) SARL était téméraire depuis longtemps, alors que la société était en particulier en défaut de payer sa dette de TVA envers l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines depuis l'année 2008, accumulant les intérêts moratoires et les amendes sur trois exercices fiscaux de 2008 à 2010, et, tel que cela résulte du jugement déclaratif de la faillite du 30 mars 2011, en ignorant une contrainte dûment rendue exécutoire en date du 28 juillet 2010, un commandement à toutes fins et un procès-verbal de saisie-exécution converti en procès-verbal de carence du 5 octobre 2010. En dépit de cette situation qui perdurait depuis l'année 2008, la société **SOC1**) SARL a continué à faire le commerce de véhicules automoteurs en tous genres, alors que ses dirigeants auraient dû se rendre compte que la situation financière n'était pas saine. A cela se rajoute, comme cela sera exposé ci-après, que ladite société n'a jamais disposé d'une autorisation de faire le commerce, que le jugement prononçant la faillite de la société **SOC1**) SARL a été rendu par défaut, et que le prévenu et gérant **P1**) ne s'est jamais manifesté d'une quelconque manière auprès du curateur de la faillite. Ces faits et ces attitudes permettent au tribunal de retenir que **P1**) n'avait aucune intention de régler les arriérés de TVA de la société **SOC1**) SARL,

mais entendait profiter au maximum des activités de la société, malgré l'accumulation des dettes, et même après le prononcé de la faillite.

Au vu de la gravité intrinsèque de l'infraction commise à l'article 574 4° du Code de commerce ensemble les autres éléments indiqués ci-dessus, le tribunal correctionnel décide de retenir **P1**) dans les liens de la présente infraction de banqueroute simple visée par l'article 574 4° du Code de commerce.

4. Le Parquet reproche ensuite au prévenu d'avoir enfreint les dispositions de l'article 163-3° de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ainsi que l'article 96 (5) 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, pour avoir omis de faire publier les bilans et documents requis des années 2007, 2008 et 2009 dans le délai légal prévu.

Il est constant en cause pour ressortir notamment du rapport numéro 29656/1 du 17 juin 2013 du service régional de polices spéciales de la circonscription régionale de la police de Diekirch que **P1**), gérant technique de la société **SOC1**) SARL, donc dirigeant de droit responsable de ladite société, n'a pas procédé à la publication des comptes annuels, des comptes consolidés, des bilans, ni du rapport de gestion et de l'attestation de la personne chargée du contrôle de cette société pour les années d'exercice 2007 à 2009.

La défense demande l'acquiescement du prévenu au motif tout d'abord qu'il n'appartenait pas au gérant technique de faire la publication des bilans mais au comptable sinon au gérant administratif de la société. Elle soutient ensuite que le prévenu était de toute façon dans l'impossibilité de faire cette publication alors que les comptes des exercices concernés n'avaient pas encore été approuvés par les associés et qu'il n'y avait dès lors pas de bilans à faire publier.

Le tribunal retient toutefois que la confection du bilan annuel d'une société relève de la responsabilité du ou des dirigeants de la société, de sorte qu'il incombait bel et bien au gérant technique **P1**) de veiller au respect de cette obligation. En effet, pour ce qui est de l'application de l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans le dépôt des bilans suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple, de sorte que l'infraction est en l'espèce établie.

Il y a donc lieu de retenir ces infractions à l'encontre du prévenu, sauf à préciser que ces prescriptions sont prévues par l'article 163-2° de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

5. Le Parquet reproche enfin au prévenu d'avoir enfreint les articles 1^{er} et 39 de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, pour avoir comme personne physique respectivement comme personne morale, dans un but de lucre, exercé à titre principal, une activité indépendante dans le domaine du commerce suivant son objet social figurant dans ses statuts et reproduit dans la citation à prévenu, partant s'être établi au Luxembourg pour y exercer une activité visée par la loi sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise.

Il résulte en effet du rapport numéro 29656/1 du 17 juin 2013 du service régional de polices spéciales de la circonscription régionale de Diekirch que la société **SOC1**) SARL dont **P1**) était l'un des gérants responsables, n'avait à aucun moment de son existence l'autorisation d'établissement requise par la loi.

L'argument de la défense tendant à l'acquiescement du prévenu sur ce point et tenant de ce que le prévenu ne se trouvait jamais au Grand-Duché de Luxembourg et que dès lors l'obligation d'obtenir une autorisation d'établissement ne le concernait pas, est à rejeter. En effet, la société **SOC1**) SARL dont **P1**) était l'un des dirigeants était établie au Grand-Duché de Luxembourg et il appartenait ainsi aux dirigeants d'obtenir cette dite autorisation.

Le tribunal constate toutefois que le Ministère Public reproche au prévenu d'avoir contrevenu à la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, alors même que cette loi est entrée en vigueur le 26 septembre 2011, soit après la commission des faits.

La juridiction de fond a non seulement le droit, mais encore l'obligation, de donner au fait dont elle se trouve saisie la qualification légale correcte, à condition de ne pas changer la nature du fait. Au cas où la chambre correctionnelle en viendrait à la conclusion que les faits tels que renvoyés devant elle seraient susceptibles d'être qualifiés de crime, elle devrait se déclarer incompétente.

Ainsi le tribunal constate et retient que les faits commis par **P1**) constituent des infractions à la législation antérieure à la loi du 2 septembre 2011, à savoir qu'ils constituent des infractions aux articles 1^{er} et 22 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi que certaines professions libérales, et décide de retenir cette infraction à l'encontre du prévenu.

Il résulte de tout ce qui précède que **P1**) se trouve convaincu :

comme auteur pris en sa qualité de gérant responsable de la gestion de la société **SOC1**) SARL,

I) depuis le prononcé de la faillite de la société **SOCI**) SARL, le 30 mars 2011, dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch, et plus spécialement à **LIEU**),

1) en infraction aux articles 577 du Code de commerce et 489 du Code pénal, s'être rendu coupable d'une banqueroute frauduleuse, pour avoir détourné une partie de son actif,

en l'espèce, ayant eu connaissance du prononcé de la faillite par jugement numéro 121 du tribunal de commerce de Diekirch du 30 mars 2011, d'avoir en sa qualité de gérant responsable de la société **SOCI**) SARL en faillite, détourné les véhicules :

- BMW type 525 D immatriculé **PLQUE1**)
- LAND ROVER type Range Rover immatriculé **PLQUE2**)
- LAND ROVER type Range Rover immatriculé **PLQUE3**)

au détriment du curateur chargé de la liquidation de cette faillite, plus particulièrement en ce que les deux véhicules LAND ROVER ont été cédés le 31 octobre 2011 à des acquéreurs aux Pays-Bas.

2) en infraction aux articles 574 5° du Code de commerce et 489 et 490 du Code pénal, avoir commis le délit de banqueroute simple pour ne pas s'être rendu en personne aux convocations qui lui ont été faites par les curateurs,

en l'espèce, pour ne pas s'être présenté à la convocation que Maître Daniel CRAVATTE, curateur de la faillite de la société **SOCI**) SARL, lui a adressée par lettre recommandée du 11 avril 2011.

II) le 30 octobre 2010, soit un mois après la date de la cessation des paiements de la société **SOCI**) SARL le 30 septembre 2010, dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch, et plus spécialement à **LIEU**),

en infraction aux articles 574 4° du Code de commerce et 489 et 490 du Code pénal, avoir commis le délit de banqueroute simple pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société **SOCI**) SARL dans le délai prescrit par l'article 440 du Code de commerce,

en l'espèce, pour avoir omis de faire l'aveu de la cessation des paiements de la société **SOCI**) SARL dans le mois de sa survenance, la faillite étant intervenue sur assignation de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg pour arriérés de taxes sur la valeur ajoutée cumulés sur trois exercices de 2008 à 2010, d'un montant total de 73.128,25 euros.

III) entre le 1^{er} juillet 2008 et le 1^{er} juillet 2010, dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch, et plus spécialement à **LIEU**),

en infraction à l'article 163-2° de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, avoir omis de soumettre 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 d'avoir omis de faire publier ces documents, en infraction aux prescriptions respectives des articles 75, 132, 197 et 341 de la même loi, et de 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,

en l'espèce, d'avoir omis de faire publier au plus tard le 1^{er} juillet 2008 le bilan de l'exercice 2007, le 1^{er} juillet 2009 le bilan de l'exercice 2008 et le 1^{er} juillet 2010 le bilan de l'exercice 2009, de la société **SOCI**) SARL.

IV) du 6 novembre 2009 au 30 mars 2011, dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch, et plus spécialement à **LIEU**),

en infraction aux articles 1^{er} et 22 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi que certaines professions libérales, avoir exercé sans autorisation écrite à titre principal l'activité de commerçant et d'artisan,

en l'espèce avoir sans autorisation écrite, à titre principal, exercé l'activité de commerçant, en exploitant la société **SOCI**) SARL dont l'objet social est formulé comme suit :

„Zweck der Gesellschaft ist : - der Import und Export, der Einkauf und Verkauf, der Einzel- und den Großhandel, den Mietkauf und die Vermietung von Personwagen, Lastkraftwagen, Anhängern und Fahrzeugen aller Art sowie von Gütern und Gegenständen aller Art, sowohl in Luxemburg als auch im Ausland, und dies im weitesten Sinne des Wortes; - die Immobilienförderung, der Erwerb und Verkauf, die Vermietung und Untervermietung, Immobilienleasing, die Errichtung sowie die Verwaltung von Immobilien für den Eigenbedarf der Gesellschaft sowohl in Luxemburg als auch im Ausland, und dies im weitesten Sinne des Wortes; - der Ankauf und Verkauf sowie die Verwaltung und Vermietung von Patenten, Rechten, Marken, Geschäftsfonds und allen anderen immateriellen Anlagewerten, sowohl in Luxemburg als auch im Ausland, und dies im weitesten Sinne des Wortes; - die Ausübung von Mandaten in anderen Gesellschaften, sowohl in Luxemburg als auch im Ausland, und dies im weitesten Sinne des Wortes.“

partant s'être établi au Luxembourg pour y exercer une activité visée par la loi sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise.

Les infractions retenues à charge de **P1**) se trouvent en concours réel entre elles, de sorte qu'il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'article 60 du Code pénal qui énonce qu'en cas de concours de plusieurs délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. Cette peine pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

Aux termes de l'article 489 du Code pénal l'infraction retenue sub 1) à l'encontre de **P1**) est sanctionnée de la réclusion de 5 à 10 ans. Suite à la décriminalisation opérée par la chambre du conseil, la peine encourue est une peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans et une amende facultative de 251 euros à 10.000 euros, en vertu des dispositions cumulées des articles 15, 74 et 77 du Code pénal.

Aux termes de l'article 489 du Code pénal encore, les banqueroutiers simples sont punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans.

Les infractions à l'article 163-2° de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales sont pour leur part punies d'une amende de 500 euros à 25.000 euros.

Enfin, aux termes de l'article 22 (1) alinéa 4 de la loi dite d'établissement du 28 décembre 1988, les infractions aux dispositions de l'article 1^{er} de cette loi étaient punies d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois ans et d'une amende de 250 euros à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

La peine la plus forte est partant celle prévue pour la banqueroute frauduleuse.

Dans l'appréciation du quantum de la peine à prononcer à l'égard du prévenu, le tribunal correctionnel tient compte d'une part de la gravité objective des faits mis à sa charge et d'autre part de sa situation personnelle.

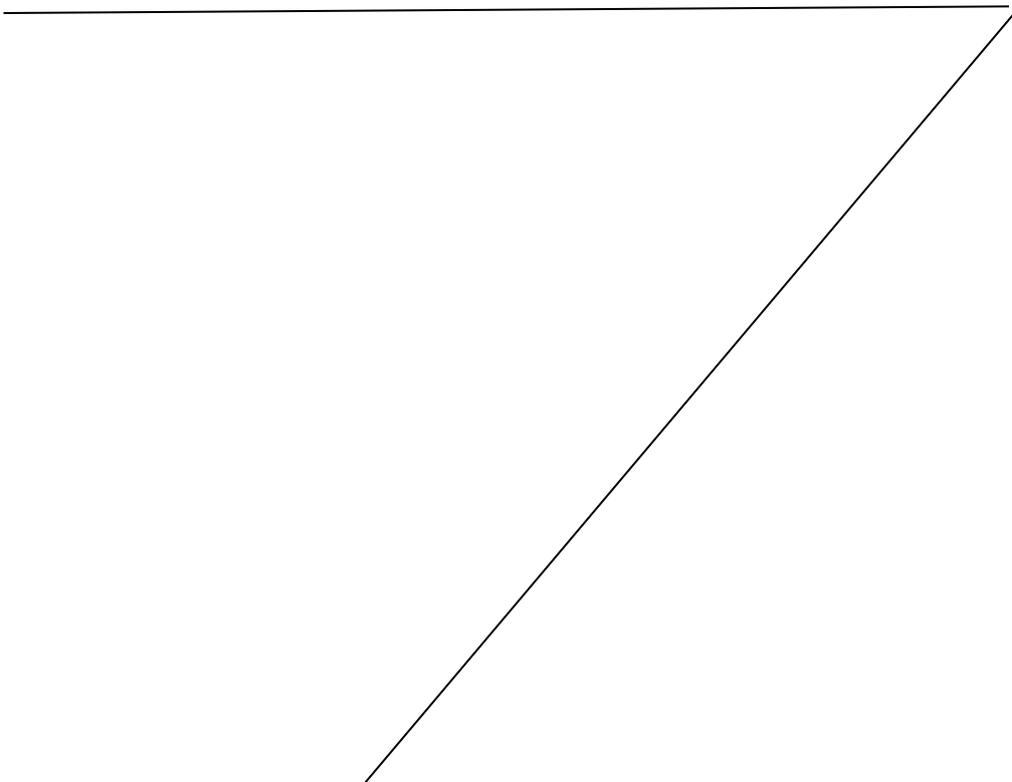
Eu égard aux éléments acquis en cause, le tribunal estime que les infractions retenues à charge de **P1**) sont adéquatement sanctionnées par la condamnation à une peine d'emprisonnement de six mois assortie du sursis probatoire avec la condition d'indemniser la victime, et qu'il y a lieu de faire abstraction d'une peine d'amende afin de ne pas compromettre les facultés du prévenu de rembourser la partie civile constituée.

Conformément à l'article 583 du Code de commerce qui prévoit que les jugements rendus en vertu des articles 573 à 578 du Code de commerce doivent être affichés et publiés de la manière et suivant les formes établies par l'article 472 du Code de commerce, il y a lieu d'ordonner que le présent jugement sera affiché en la salle d'audience du tribunal de commerce de et à Diekirch et qu'il y restera exposé pendant la durée de trois mois, et qu'il sera inséré par extrait dans les journaux « **JOURNAL1** » et « **JOURNAL2** » aux frais du contrevenant.

Au civil :

A l'audience du tribunal correctionnel du 5 octobre 2017, Maître Daniel CRAVATTE, avocat demeurant à Diekirch, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC1**) SARL, s'est constitué partie civile et a réclamé la condamnation de **P2**), **P3**) et **P1**) à lui payer, ès qualités de curateur, le montant de 60.000 euros à titre de réparation du préjudice subi par la masse de la faillite suite aux agissements fautifs du prévenu.

Cette partie civile, déposée sur le bureau du tribunal d'arrondissement de Diekirch siégeant en matière correctionnelle est conçue dans les termes suivants :



Il y a lieu de donner acte à Maître Daniel CRAVATTE de sa constitution de partie civile.

A l'audience du 5 octobre 2017, Maître Daniel CRAVATTE a renoncé à sa demande civile pour autant qu'elle est dirigée contre les prévenus **P2)** et **P3)**, et il a déclaré limiter sa demande civile au seul prévenu actuellement poursuivi par le Parquet, **P1)**.

Il y a lieu de donner acte à Maître Daniel CRAVATTE de la prédite limitation de sa demande civile au seul prévenu **P1)**.

Le tribunal se déclare compétent pour connaître de cette demande civile pour autant que dirigée contre **P1)**, eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'encontre de ce prévenu.

La demande civile dirigée contre **P1)** est en outre recevable pour avoir été faite dans les formes et délai de la loi.

Maître Daniel CRAVATTE demande la condamnation du prévenu à payer à la masse de la faillite le montant total de 60.000 euros du chef de la valeur totale des trois véhicules soustraits à la masse de la faillite, à raison de 10.000 euros pour la BMW immatriculée **PLQUE1)**, et de 25.000 euros pour chacune des deux LAND ROVER.

Le représentant du prévenu estime que le tribunal devra se déclarer incompétent pour connaître de la demande civile au regard de la décision d'acquiescement qu'il espère au niveau pénal. Il estime à titre subsidiaire que le montant demandé est surfait et que le tribunal ne devrait en aucun cas allouer un montant supérieur à 22.000 euros pour l'ensemble des trois véhicules en cause.

Le tribunal retient au vu des marques, modèles et dates de premières mises en circulation des trois véhicules litigieux, que les valeurs estimées pour ces véhicules au jour de la faillite (30 mars 2011) par le curateur sont fondées et justifiées. Ces valeurs sont d'ailleurs corroborées par l'estimation faite par le service régional de polices spéciales de la circonscription régionale de la police de Diekirch, page 8 de son procès-verbal numéro 29656/1 du 17 juin 2013 (BMW 525D **PLQUE1**) – 10.000 euros ; LAND ROVER **PLQUE2**) – 27.000 euros ; LAND ROVER **PLQUE3**) – 27.000 euros ; soit une valeur totale de 64.000 euros).

Il y a partant lieu de faire droit à la demande civile du curateur et de condamner le prévenu à payer le montant total de 60.000 euros à la partie demanderesse au civil.

Par ces motifs,

le tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le mandataire du prévenu **P1**) entendu en ses explications, moyens de défense et conclusions au civil, Maître Daniel CRAVATTE, curateur de la faillite de la société **SOCl**) SARL, demandeur au civil, entendu en ses conclusions, et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

statuant au pénal :

1. P2) et P3) :

o r d o n n e la disjonction des poursuites à l'encontre de **P2)** et de **P3)**.

2. P1) :

c o n d a m n e **P1)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de SIX (6) MOIS,

d i t que cette peine d'emprisonnement sera assortie du **SURIS PROBATOIRE**, et

p l a c e **P1)** pour une durée de TROIS (3) ANS sous le régime du **SURIS PROBATOIRE** en lui imposant la condition suivante :

- indemniser la partie civile présentée par Maître Daniel CRAVATTE dans les douze mois à partir du présent jugement;

a v e r t i t **P1)** conformément aux articles 627, 628-1 et 633 du Code de procédure pénale que si dans un délai de **cinq (5) ans** à dater du présent jugement, il commet une nouvelle infraction qui entraîne une condamnation à l'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la présente peine sera exécutée sans confusion possible avec la seconde et les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 alinéa 2 du Code pénal;

a v e r t i t **P1)** conformément aux articles 631 et 633 du Code de procédure pénale que si, au cours du délai de **cinq (5) ans** à dater du présent jugement, il commet une nouvelle infraction qui entraîne une condamnation à l'emprisonnement ou à une peine plus grave, pour crime ou délit de droit commun, la présente peine sera d'abord exécutée sans qu'elle puisse se confondre avec la seconde, le tout sans préjudice des dispositions de l'alinéa final de l'article 624;

a v e r t i t **P1)** conformément aux articles 631-1 et 633 du Code de procédure pénale que si, au cours du délai de **trois (3) ans** à dater du présent jugement, il apparaît nécessaire de modifier, d'aménager ou de supprimer les obligations auxquelles il est soumis, la présente juridiction peut, soit sur réquisition du Ministère Public, soit à la requête du condamné, ordonner leur modification, leur aménagement ou leur suppression;

a v e r t i t **P1)** conformément aux articles 631-3 et 633 du Code de procédure pénale que si, au cours du délai de **trois (3) ans** à dater du présent jugement, il ne satisfait pas aux mesures de surveillance et d'assistance ou aux obligations imposées, le Ministère Public peut saisir la présente juridiction afin de faire ordonner l'exécution de la peine, ou dans le cas où le sursis probatoire ne serait pas révoqué, afin de l'assortir de nouvelles conditions;

a v e r t i t **P1)** conformément aux articles 631-5 et 633 du Code de procédure pénale que si, à l'expiration du délai de **cinq (5) ans** à dater du présent jugement, l'exécution de la peine n'a pas été ordonnée dans les conditions prévues à l'article 631-3, et s'il n'a pas commis de nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à l'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la condamnation est considérée comme non avenue;

c o n d a m n e **P1)** aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 9,12 euros;

o r d o n n e que le présent jugement soit affiché en la salle d'audience du tribunal de commerce de et à Diekirch et qu'il y reste exposé pendant la durée de 3 mois et qu'il soit inséré par extrait dans les journaux « **JOURNAL1** » et « **JOURNAL2** », le tout aux frais du contrevenant.

statuant au civil :

1. demande de Maître Daniel CRAVATTE, avocat demeurant à Diekirch, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société SOC1) SARL, contre P2) et P3)

d o n n e a c t e à Maître Daniel CRAVATTE agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC1) SARL** de ce qu'il renonce à sa demande civile dirigée contre les prévenus **P2)** et **P3)**.

2. demande de Maître Daniel CRAVATTE, avocat demeurant à Diekirch, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société SOC1) SARL, contre P1)

d o n n e a c t e à Maître Daniel CRAVATTE ès qualité de sa constitution de partie civile,

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

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

d i t la demande fondée et justifiée pour le montant de **SOIXANTE MILLES (60.000) EUROS;**

c o n d a m n e P1) à payer à Maître Daniel CRAVATTE, avocat demeurant à Diekirch, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC1) SARL** le montant de **SOIXANTE MILLES (60.000) EUROS** avec les intérêts légaux à partir du présent jugement jusqu'à solde,

c o n d a m n e P1) aux frais de la demande civile dirigée contre lui.

Par application des articles 15, 56, 60, 66, 74, 77 et 489 du Code pénal, des articles 440, 472, 573 à 578, et 583 du Code de commerce, des articles 75, 132, 163-2°, 163-3°, 197 et 341 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, des articles 1^{er} et 39 de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, des articles 1^{er} et 22 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi que certaines professions libérales, des articles 79 et 96 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, et des articles 2, 3, 155, 179, 182, 183-1, 184, 188, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 624, 627, 628-1, 629, 630, 631, 631-1, 631-3, 631-5, 632, 633, et 633-7 du Code de procédure pénale.

Ainsi fait et jugé par Robert WELTER, premier vice-président, Jean-Claude WIRTH, premier juge, et Sonia MARQUES, attachée de justice, et prononcé en audience publique le jeudi 9 novembre 2017 au Palais de justice à Diekirch par Robert WELTER, premier vice-président, assisté du greffier Fabienne SCHLESSER, en présence de Pascal PROBST, Procureur d'Etat adjoint, qui à l'exception du représentant du Ministère Public ont signé le présent jugement. »

De ce jugement, appel fut interjeté au greffe du tribunal d'arrondissement de Diekirch le 19 décembre 2017 au pénal et au civil par le mandataire du prévenu et défendeur au civil **P1)** et le même jour au pénal par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 4 avril 2018, les parties furent régulièrement requises de comparaître à l'audience publique du 30 mai 2018 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, Maître Raphaël SCHWEITZER, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch, représentant le prévenu et défendeur au civil **P1)**, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu et défendeur au civil.

Maître Daniel CRAVATTE, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch, mandataire, demandeur au civil et pris en sa qualité de curateur de la société en faillite **SOC1) s. à r.l.**, se constitua partie civile et développa plus amplement les moyens de défense de la demanderesse au civil.

Madame l'avocat général Sandra KERSCH, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 20 juin 2018, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Diekirch le 19 décembre 2017, le mandataire de **P1)** a relevé appel au pénal et au civil d'un jugement du tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière correctionnelle, n° 534/2017, rendu contradictoirement le 9 novembre 2017 à l'encontre de l'appelant. Ledit jugement se trouve reproduit aux qualités du présent arrêt.

Le procureur d'Etat de Diekirch a déclaré le 19 décembre 2017 au greffe du tribunal d'arrondissement de Diekirch interjeter appel contre le jugement du 9 novembre 2017.

Le prévenu **P1)** a été retenu, en sa qualité de dirigeant de droit de la société à responsabilité limitée **SOC1)**, dans les liens de la prévention de banqueroute frauduleuse, pour avoir détourné et dissimulé au curateur un véhicule de marque BMW et deux véhicules de marque LAND ROVER, ces deux derniers étant vendus postérieurement au jugement de faillite, prononcé le 30 mars 2011. Il a encore été condamné du chef de banqueroute simple pour avoir omis de se présenter aux convocations qui lui ont été faites par le curateur et pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal.

P1) a ensuite été retenu, en cette même qualité, dans les liens de la prévention de défaut de publication dans le délai légal des bilans relatifs aux exercices 2007, 2008 et 2009 et pour avoir exercé au Grand-Duché de Luxembourg, à titre principal, une activité commerciale sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise.

Le prévenu a été condamné du chef de toutes ces préventions à une peine d'emprisonnement de 6 mois assortie du sursis probatoire avec la condition d'indemniser dans les douze mois la partie civile présentée par le curateur de la société en faillite **SOC1)**.

Le tribunal a prononcé la disjonction des poursuites à l'encontre de **P2)**, gérant administratif et à l'encontre de **P3)**, gérant technique, non régulièrement convoqués.

A l'audience de la Cour, le mandataire de **P1)** a été autorisé à représenter son mandant demeurant à (...) en Belgique.

Le mandataire conteste que son client ait détourné les trois véhicules. Il expose que celui-ci agissait comme « commercial », à savoir qu'il recherchait et attirait de nouveaux clients pour la société, mission qu'il aurait exercée en Belgique. Si un détournement avait eu lieu, l'infraction aurait dû être commise par ses deux co-gérants. Son mandataire considère encore que l'infraction de banqueroute frauduleuse par détournement ou dissimulation d'actif requiert non seulement un acte de détournement qui n'est pas établi par rapport à son mandant, mais aussi une intention frauduleuse qui ne serait pas caractérisée en l'espèce. Il affirme que son mandant aurait même ignoré que la société avait été déclarée en faillite.

S'agissant de l'omission de répondre aux convocations du curateur, il affirme qu'il n'aurait pas été touché par les convocations du curateur.

Quant au défaut de publication des bilans, le prévenu fait valoir que cette tâche aurait incombé à **P2)** et **P3)** qui étaient gérant administratif, respectivement gérant technique et auraient assuré la gestion de la société, comprenant ainsi le volet de la comptabilité et les démarches administratives aux fins de l'obtention de l'autorisation d'établissement.

La défense appelle à la clémence de la Cour d'appel. Elle demande à voir assortir une éventuelle peine d'emprisonnement d'un sursis simple intégral, sinon en cas de l'octroi d'un sursis probatoire, d'augmenter la période dans laquelle il doit indemniser le curateur.

La représentante du ministère public conclut à la confirmation du jugement entrepris, pour ce qui est des infractions retenues à charge du prévenu. La banqueroute frauduleuse par détournement et dissimulation de partie de l'actif de la faillite serait établie. Même en sa qualité de gérant technique, le prévenu aurait l'obligation de veiller au patrimoine de la société et aurait agi par négligence s'il ne l'avait pas fait. En matière de banqueroute frauduleuse, il incomberait ainsi au prévenu, s'il nie le détournement, de prouver qu'il a affecté l'actif disparu à la réalisation de l'objet social et dans l'intérêt de la société.

Les préventions de banqueroute simple auraient également été retenues à bon droit. Le prévenu, en sa qualité de gérant de droit, aurait été tenu de veiller au respect des dispositions légales en matière de faillite, de faire l'aveu et de répondre à la convocation du curateur. S'il avait réellement déménagé, il aurait agi par négligence en ne fournissant pas au curateur sa nouvelle adresse.

L'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales serait également établie, la simple faute infractionnelle serait suffisante, sauf en ce qui concerne le bilan pour l'exercice 2007, cette infraction étant prescrite le 9 mars 2012, jour de l'entrée en vigueur de la loi du 24 février 2012 rendant immédiatement applicable aux infractions non encore prescrites, la prorogation du délai de prescription de 3 ans à 5 ans, prévue par la loi du 6 octobre 2009.

En ce qui concerne l'infraction à la loi sur l'établissement, ce serait à juste titre que le tribunal aurait retenu que loi ancienne s'applique aux faits, sauf à rectifier la période infractionnelle qui se situerait entre le 6 novembre 2006 (et non pas le 6 novembre 2009) et le 30 mars 2011, jour du prononcé de la faillite.

Le représentant du ministère public conclut à la confirmation pure et simple du jugement en ce qui concerne les qualifications retenues et les peines prononcées.

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que les dispositions sur les banqueroutes simples et frauduleuses sont applicables aux dirigeants des sociétés commerciales.

Il est en l'espèce acquis en cause et non contesté que le prévenu **P1)** était, depuis la reprise de la société **SOC1)** par **P3)**, **P2)** et lui-même, jusqu'à la déclaration en faillite de la société, un des dirigeants de droit de la société. **P2)** a été nommé gérant administratif et **P3)** et **P1)**, gérants techniques.

Les premiers juges ont encore à bon droit, et sur base d'une motivation que la Cour d'appel fait sienne, retenu que la société se trouvait effectivement en état de faillite et qu'ils ont fixé la date de la cessation des paiements au 30 septembre 2010.

S'agissant de la prévention de banqueroute frauduleuse par détournement et dissimulation de partie de l'actif de la société, il y a lieu de rappeler que le délinquant est celui qui a commis personnellement l'infraction, soit lorsqu'il a lui-même exécuté matériellement l'infraction, soit lorsque, sans accomplir lui-même les actes matériels constitutifs de l'infraction, il en a préparé ou facilité l'exécution.

L'infraction de banqueroute frauduleuse par détournement ou dissimulation d'actifs sanctionne le failli qui, avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, fait disparaître tout ou partie de l'actif en le détournant, le dissimulant ou le détruisant. Le détournement consiste à faire disparaître par un acte positif de disposition, accompli volontairement sur le patrimoine du débiteur, une partie de l'actif sans substitution de contre-valeur. La dissimulation implique, par contre, l'idée de cacher au curateur l'existence de certains biens.

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.

Or, en l'occurrence, en l'absence de toute enquête, l'auteur matériel du détournement est resté inconnu.

Ainsi aucun des trois gérants n'a été entendu par commission rogatoire internationale sur les reproches. Les deux acquéreurs néerlandais des deux Land-Rover, identifiés, n'ont pas non plus été auditionnés ni sur la personne qui leur a vendu la voiture, ni sur le prix de vente et la modalité du paiement. Le contrat de vente et la facture n'ont pas été saisis et la voiture BMW soustraite n'a pas été signalée comme voiture volée.

La présente affaire se distingue ainsi des jurisprudences citées par le ministère public selon lesquelles il incombe, en cas d'absence de comptabilité, au prévenu de prouver l'affectation des biens dans l'intérêt de la société, puisqu'en l'occurrence l'acte matériel du détournement, à défaut d'enquête ou d'instruction, n'est pas imputable à une personne déterminée, à savoir à l'un des trois gérants.

La simple qualité de gérant ne suffit pas pour présumer le détournement frauduleux commis au sein de la société.

Il convient dès lors d'acquitter **P1)** de la prévention d'avoir :

*« 1) comme auteurs d'un crime pour l'avoir exécuté ou pour avoir coopéré directement à son exécution, pris en leur qualité d'administrateurs statutaires responsables de la gestion de la s.a.rl **SOC1**), actuellement en état de faillite;*

*depuis un temps non prescrit mais en tout état de cause à compter du 30 mars 2011 dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch et plus spécialement à **LIEU**), sans préjudice quant aux indications de temps et de lieu exactes;*

*en infractions aux articles 577 du code de commerce et 489 du code pénal, s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse, pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif en l'espèce, comme commerçant failli ou assimilable, sur jugement n° 121/2011 du 30 mars 2011 du tribunal d'arrondissement de Diekirch siégeant en matière commerciale et ayant été informés du prononcé de la faillite de la s.a. **SOC1**), par courriers du 11 avril 2011, dissimulé et détourné au préjudice du curateur chargé de la liquidation de la faillite les véhicules automoteurs suivants :*

1. BMW type 525 D immatriculé **PLQUE1)**
2. LAND ROVER type Range Rover immatriculé **PLQUE2)**
3. LAND ROVER type Range Rover immatriculé **PLQUE3)**

les véhicules sub 2 et 3) ayant été vendus sinon cédés le 31 octobre 2011 partant à une date postérieure au prononcé de la faillite intervenu le 30 mars 2011. »

Les préventions de banqueroute simple par infraction aux articles 574, pts 4° et 5° du Code de commerce, sanctionnées par l'article 489 du Code pénal, ont toutefois à bon droit été déclarées établies.

Il reste acquis et non contesté que le prévenu n'a pas répondu à la convocation du curateur et n'a pas fourni les renseignements sollicités sur le sort des voitures.

Le prévenu est mal venu de faire état d'une prétendue non réception des courriers recommandés lui adressés par le curateur, ceux-ci lui ayant été adressés à sa dernière adresse officielle connue. Il s'ajoute qu'il appert du dossier que le curateur a fait convoquer **P1)** à son adresse privée à B-(...), partant à la même adresse à laquelle le parquet avait fait notifier les citations à prévenu tant pour l'audience du tribunal correctionnel que pour celle de la Cour, pour lesquelles **P1)** avait chaque fois réceptionné les convocations et chargé un mandataire pour le représenter à l'audience. C'est d'ailleurs encore cette adresse qu'il a indiquée dans son acte d'appel. Le prévenu ne saurait donc raisonnablement affirmer ne pas avoir reçu le courrier du curateur, d'autant plus que celui-ci avait pris soin de lui adresser la convocation par lettre recommandée qui n'avait pas été retournée au curateur.

Sur base des déclarations faites à l'audience de la Cour d'appel par le biais de son mandataire, le prévenu a expliqué avoir manqué à son obligation de faire l'aveu de la cessation des paiements au motif que, travaillant à l'étranger, il avait ignoré l'état de cessation des paiements.

Seuls les dirigeants de droit pouvant engager la société et sont habilités de faire l'aveu de la cessation des paiements. Etant dirigeant de droit et non simple salarié de la société, **P1)** avait l'obligation d'exercer ce mandat social en bon père de famille, de gérer la société, de contrôler sa situation financière, de veiller à la confection des livres de commerce, de s'assurer du respect des obligations légales et administratives et avait l'obligation de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal, de sorte que c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu les infractions à l'article 574, pt 4° du Code de commerce à leur charge.

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.

Au vu de la gravité des fautes commises par **P1)**, qui n'a pas donné de suite aux convocations du curateur et aux demandes du curateur de lui fournir les renseignements et documents nécessaires à l'administration de la faillite de la société et notamment quant à la disparition des trois véhicules représentant le seul actif de la masse des créanciers, c'est à bon droit que le Tribunal a estimé que ces faits de banqueroute simple facultative, encourent la sanction prévue par la loi.

S'agissant de la prévention d'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales pour avoir omis de procéder à la publication des

bilans pour les exercices 2007 à 2009, c'est à juste titre que la représentante du parquet général relève que les faits en relation avec le bilan de l'année 2007 sont prescrits.

Infraction instantanée, le délai de prescription commence à courir le 1^{er} juillet de l'année subséquente, soit en l'espèce le 1 juillet 2008. La plainte déposée par le curateur le 14 janvier 2013 ne visait pas cette infraction et aucun acte d'instruction ou de poursuite n'a été entrepris jusqu'au 17 juin 2013, date du procès-verbal dressé contre les trois gérants, notamment du chef d'infraction à la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. La prorogation du délai de prescription édicté par la loi du 6 octobre 2009, rendu immédiatement applicable aux prescriptions en cours par la loi du 9 mars 2012, ne s'applique pas en l'espèce, le fait était prescrit avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2012.

L'action publique du chef de ce fait est prescrite :

3. en infraction à l'article 163-3° de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée plus spécialement par la loi du 2 décembre 1993 ainsi que l'article 96 (5) 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 et modifiant certaines dispositions légales, avoir omis de soumettre 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 pour avoir omis de faire publier les documents repris ci-avant tel que prévu par les articles 75, 132, 197, 252 et 341 de la même loi et l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 reprise ci-haut, en l'espèce avoir omis de faire publier les bilans et documents requis des années suivantes dans le délai légal prévu

Année exercice
2007

Date légale du dépôt
1/7/2008

En ce qui concerne les bilans des années 2008 et 2009, ce sont les articles 163 et 197 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales qui mettent à charge des gérants l'obligation de publier les bilans au plus tard dans les sept mois suivant la clôture de l'exercice. Si les mandataires sociaux chargent un tiers de l'établissement des comptes sociaux et des bilans, il leur appartient de veiller à la bonne exécution de cette tâche.

Cette infraction est établie par le seul constat que le dirigeant social n'a pas fait procéder à la publication requise par la loi, à moins qu'il n'invoque et ne rende crédible, sans devoir en rapporter la preuve complète, une cause de justification, donc une circonstance ayant pour objet de démontrer que l'auteur n'a pas agi librement et consciemment (Cour 6 juillet 2010 no. 307/10 MP c/ **Ca et Sc**). Or en l'espèce, la justification invoquée par le prévenu consistant à soutenir que ce n'était pas de son devoir, est erronée et ne saurait valoir comme cause de justification susceptible de renverser la présomption de l'infraction constituée par l'omission de procéder à la publication requise par la loi. En effet, une telle cause de justification serait le cas de force majeure excluant toute faute dans le chef de ses auteurs, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, le prévenu ne s'étant simplement pas occupé de cette charge.

Le prévenu ne conteste pas que la société ne disposait pas d'une autorisation d'établissement, mais considère que cette infraction n'est pas consommée dans son chef étant donné qu'il travaillait à l'étranger.

Or **P1**) n'a pas été condamné en nom personnel d'avoir exercé personnellement une activité commerciale au Grand-Duché de Luxembourg, mais en sa qualité de gérant de

la société **SOC1**), qui, elle, exerçait à titre principal une activité commerciale, tel que cela résulte de son objet social, à savoir l'achat pour la revente de voitures et l'achat pour la mise en location de voitures. La vérification au Ministère du Développement durable – Département des Transports- a révélé que la société avait acquis 25 véhicules qui étaient en majeure partie vendus dans les jours suivants leur acquisition.

Il s'ensuit que l'activité commerciale a été exercée à partir du Grand-Duché de Luxembourg, de sorte que la société aurait dû disposer d'une autorisation d'établissement luxembourgeoise.

En ce qui concerne le dol, il y a lieu de retenir que l'existence d'une infraction requiert, outre un élément matériel, un élément moral.

L'article 22 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 ne prévoit toutefois aucun élément moral spécifique.

Dans le silence de la loi sur l'élément moral requis, cet élément, la faute, consiste dans la transgression matérielle de la disposition légale commise librement et consciemment. Le gérant ou l'administrateur qui a transgressé la loi est présumé se trouver en infraction par suite du seul constat de l'omission, qui constitue une faute infractionnelle, présomption qu'il peut renverser en faisant valoir qu'il n'a pas agi librement et consciemment, c'est-à-dire en rendant crédible une cause de justification (en ce sens : Cass. 25 février 2010, nr 2734 du registre).

Il appert encore du dossier qu'une demande à se voir attribuer une autorisation d'établissement a été faite auprès du Ministère des classes moyennes au nom de **P1**), mais le ministère ne l'a pas délivrée. Les gérants savaient donc qu'une autorisation était requise.

Le gérant ou l'administrateur peut ici encore renverser la présomption en invoquant qu'il n'a pas agi librement et consciemment, donc qu'il se trouvait sous l'emprise d'un cas de justification, telles la contrainte, la force majeure ou l'erreur invincible, qui supposent cependant l'absence de faute antérieure et, dans le cas de la contrainte et de la force majeure, une irrésistibilité.

En revanche, il est sans intérêt à invoquer sa seule bonne foi. Son affirmation selon laquelle il aurait travaillé à l'étranger, ne constitue pas un cas de contrainte, de force majeure ou de difficulté irrésistible.

C'est dès lors encore à bon droit, et pour des motifs que la Cour adopte, que **P1**) a été retenu en sa qualité de gérant de la société **SOC1**) s.à.r.l. dans les liens de la prévention d'infraction à l'article 1^{er} de la loi modifiée du 28 décembre 1988 règlementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, en vigueur au moment de l'exploitation de la société, pour avoir, du 6 novembre 2006, date de la reprise de la société **SOC1**) jusqu'au 30 mars 2011, jour du prononcé de la faillite, exercé de manière habituelle l'activité d'achat et de vente de véhicules sans être en possession d'une autorisation ministérielle à ces fins.

Les règles du concours d'infractions ont été correctement énoncées par les premiers juges, sauf à préciser que suite à la décision d'acquiescement du chef de la prévention de banqueroute frauduleuse, la peine la plus forte sera dorénavant la peine comminée par l'article 22 (4) de la loi dite d'établissement du 28 décembre 1988 tel qu'elle a été modifiée, soit une peine d'emprisonnement de huit jours à trois ans et d'une amende de 250 euros à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement, la loi nouvelle n'étant pas moins sévère.

Au vu de l'acquiescement à intervenir et l'écoulement du temps intervenu entre le prononcé de la faillite et la citation à l'audience du tribunal d'arrondissement, la Cour d'appel considère toutefois une peine d'emprisonnement comme étant trop sévère. Il y a lieu d'en faire abstraction et de condamner **P1)** à une amende.

Les mesures d'affichage et d'insertion dans les journaux, obligatoires de par la loi et instituées dans l'intérêt des tiers, ont été ordonnées à juste titre. Au vu de la réformation partielle du jugement entrepris, il y a lieu de procéder à l'affichage du présent arrêt pendant trois mois en salle d'audience du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et de procéder à son insertion par extrait dans les quotidiens « **JOURNAL1)** » et « **JOURNAL2)** » aux frais de **P1)**.

AU CIVIL

Au vu de la décision d'acquiescement à intervenir au pénal, la Cour est incompétente pour statuer sur la demande civile.

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, le curateur de la société à responsabilité limitée **SOC1)**, en faillite, partie demanderesse au civil en ses moyens et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

déclare les appels recevables ;

rectifie la période de temps dans laquelle était commise l'infraction à la loi du 28 décembre 1988, tel que précisée dans la motivation du présent arrêt ;

dit l'appel de **P1)** partiellement fondé ;

réformant:

Au pénal :

constate que la prévention libellée sous II) 3 pt 1° du réquisitoire du ministère public, est prescrite ;

déclare l'action publique dirigée contre **P1)** du chef de ce fait, éteinte par prescription ;

acquitte P1) de l'infraction non établie à sa charge ;

décharge P1) de la peine d'emprisonnement prononcée à son encontre ;

condamne P1) du chef des infractions retenues à son encontre à une amende de 2.500 (deux mille cinq cents) euros ;

fixe la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 50 (cinquante) jours ;

Au civil :

se déclare incompétente pour connaître de la demande civile ;

confirme pour le surplus la décision entreprise ;

ordonne que le présent arrêt sera affiché en la salle d'audience du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, où il restera exposé pendant trois mois et sera inséré par extraits dans les quotidiens « **JOURNAL1)**» et « **JOURNAL2)** », le tout dans les trois jours à partir du présent arrêt, aux frais de **P1)** ;

condamne le prévenu **P1)** aux frais de sa poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 22,30 euros.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges et par application des articles 185, 199, 202, 203, 209, 211 et 212 du Code de procédure pénale.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Michel REIFFERS, président de chambre, Madame Nathalie JUNG et Monsieur Jean ENGELS, conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec Monsieur Christophe WAGENER, greffier assumé.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, bâtiment CR, plateau du St. Esprit, par Monsieur Michel REIFFERS, président de chambre, en présence de Monsieur Serge WAGNER, premier avocat général, et de Monsieur Christophe WAGENER, greffier assumé.