

**Arrêt N° 549/05 V.
du 13 décembre 2005**

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du treize décembre deux mille cinq 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 (...) (F), demeurant à F-(...), (...)

prévenu, **appelant**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit

I.

d'un jugement rendu par défaut à l'égard de **X.)** par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 12^e chambre correctionnelle, le 8 mai 2003, sous le numéro 1200/03, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu la citation à prévenu du **3 février 2003** régulièrement notifiée au prévenu **X.)** .

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

Par courrier du 5 mai 2003, Maître Alain GROSS informa le Tribunal qu'il venait de recevoir mandat de **X.)** et sollicita la rupture du délibéré.

Il résulte du dossier répressif que **X.)** a été régulièrement touché à son domicile en France, mais ne s'est ni présenté à l'audience, ni sollicité une refixation de l'affaire, de sorte qu'il n'y a pas lieu à prononcer la rupture du délibéré.

Le Ministère Public reproche au prévenu d'avoir commis les infractions de banqueroute simple facultative par le fait de ne pas avoir tenu le livre journal tel que prévu par l'article 8 du Code de commerce et de ne pas avoir tenu une comptabilité régulière, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai de un mois à compter de sa production et de ne pas avoir répondu à la convocation du curateur de la faillite « **SOC1.) SA** ».

Il met encore à sa charge le délit de banqueroute simple et le délit d'abus de bien sociaux pour s'être attribué un salaire mensuel jugé excessif.

Les infractions de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple présupposent la réunion de plusieurs conditions communes. Ainsi la juridiction répressive doit constater l'état de faillite et vérifier la qualité de commerçant du prévenu. 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 (Garraud, Traité du Droit pénal français, 3^{ième} éd. T. VI, n°2667).

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490) de sorte qu'il convient tout d'abord de constater si la société « **SOC1.) SA** » 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).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public et des déclarations du curateur de la faillite à l'audience du Tribunal correctionnel, la société « **SOC1.) SA** » est effectivement en état de faillite, fait d'ailleurs non contesté par le gérant **X.)** lors de son audition sur commission rogatoire internationale par la gendarmerie française.

Il résulte du rapport de début d'activité du curateur du 9 juillet 2002 que l'actif recueilli par le curateur s'élève à 400 euros, tandis que la créance exécutoire du Centre commun de la sécurité sociale s'élève à elle seule suivant le dernier décompte à 179. 000 euros.

Le créancier « **SOC2.) SARL** » dispose d'un jugement du tribunal de paix d'Esch du 20 décembre 2000, coulé en force de chose jugée, ayant condamné la société « **SOC1.) SARL** » au paiement de la somme de 293.963 francs augmentée des intérêts. Suivant ordonnance du juge des référés du 29 janvier 2001, « **SOC1.) SA** » a encore été condamné à payer à la **SOC2.)** , la somme de 928.083 francs augmentée des intérêts. Or « **SOC1.) SA** » n'a pu ou voulu payer les sommes dues.

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

Pour qu'il y ait cessation de paiement constitutive 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).

De même le crédit de « **SOC1.) SA** » est ébranlé puisque aucun établissement de crédit n'acceptait plus d'accorder un crédit à la société et les principaux créanciers le Centre commun de la sécurité sociale et la **SOC2.)**, n'ont plus accordé des délais de paiements à la société.

La société « **SOC1.) SA** » se trouve donc en état de faillite.

Il faut ensuite que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

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

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

En l'espèce **X.)** occupait les fonctions d'administrateur-délégué et s'occupait de la gestion courante de la société.

Enfin 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 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. I, p.796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 601/87 doc. Credoc), 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).

A partir du 10 janvier 2002 l'huissier de justice avait procédé à la saisie du matériel d'exploitation et du mobilier de bureau et les principaux créanciers de « **SOC1.) SARL** » n'ayant plus été payé depuis déjà fin 2001.

Il échet de fixer la cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit à l'instar du tribunal de commerce au 24 octobre 2001.

Le Ministère Public reproche en premier lieu à **X.)** de s'être rendu coupable du délit de banqueroute simple en omettant de tenir un livre journal tel que prévu par l'article 8 du Code de commerce.

Le prévenu soutint devant la gendarmerie française que la firme aurait occupé un comptable en la personne de **A.)** ainsi qu'un expert comptable.

Il résulte des éléments du dossier répressif, ainsi que du témoignage du curateur recueilli à l'audience que **X.)** n'avait pas tenu un livre journal présentant jour par jour les opérations financières de la société et notamment pour y inscrire toutes les opérations journalières, ni même une comptabilité digne de ce nom, mais s'est borné à classer toutes les factures des fournisseurs dans un classeur ; tous les autres documents avaient été classés par ordre chronologique dans un deuxième classeur.

Selon le curateur elle n'a pas pu découvrir un compte ou une liste faisant état des créances à recevoir des clients.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 al 6 du Code de commerce, la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans la tenue de ses livres suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de

mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple (R.P.D.B. op. cit. n° 2620 et Cour d'appel lux. 23 avril 1990 arrêt n° 68/90 VI), de sorte que l'infraction est caractérisée.

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultatif prévu par l'article 57a.6 du Code de commerce.

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).

Par l'exigence d'une tenue régulière et sérieuse de livres de commerce retraçant les opérations du commerçant, le législateur entend forcer le respect des dispositions des articles 8 et suivants du Code de commerce. Le tribunal est cependant d'avis que le prévenu a volontairement omis de tenir un livre journal et une comptabilité digne de ce nom dans le but précis de ne pas laisser de traces des mouvements réels des fonds et notamment de camoufler ses revenus.

Il y a dès lors lieu de retenir le prévenu dans les liens de cette prévention.

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

L'omission de l'aveu de cessation de paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour d'appel lux 23 avril 1990 arrêt n° 68/90 VI).

Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé et établi doit être sanctionné en tenant compte, par exemple, de la gravité de la faute commise, du préjudice causé ou de la position du failli (G. SCHUIND, op. cit. p. 438 S n°13 et références citées).

La loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif.

En l'espèce le tribunal est d'avis que le prévenu a volontairement négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu pour pouvoir profiter le plus longtemps possible de l'existence de la société, augmentant ainsi quotidiennement le préjudice accru aux tiers et les créances des créanciers publics. Il y a dès lors lieu de condamner X.) également du chef de cette infraction.

La partie poursuivante reproche encore au prévenu de ne pas avoir répondu aux convocations du curateur.

Il résulte du dossier répressif que le curateur avait convoqué le prévenu X.) par lettre recommandée à l'adresse de son domicile où il habite encore à l'heure actuelle.

Lors de son audition par les agents de gendarmerie français, X.) affirme que la lettre recommandée aurait été retirée par son épouse avec laquelle il se serait trouvé en instance de divorce et qui ne la lui aurait « pas remis immédiatement ».

Il ressort de la pièce versée par le curateur que la lettre recommandée a été envoyée au domicile du prévenu à (...),(...). Cette convocation est donc régulière.

A supposer cette affirmation exacte, il n'en reste pas moins que X.) ne s'est néanmoins pas non plus manifesté auprès du curateur après avoir pris connaissance tardive de la convocation.

Le fait pour X.) de ne pas contacter le curateur afin de convenir d'un rendez-vous est constitutif de l'infraction.

La circonstance que la gendarmerie de Fameck a dû convoquer X.) à quatre reprises avant qu'il ne se présente enfin au bureau aux fins d'interrogatoire s'inscrit dans la même ligne que X.) veut se soustraire à toute enquête menée dans le cadre de cette faillite.

Cette infraction doit partant également être retenue.

La partie poursuivante reproche encore à X.) au point 4) d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple obligatoire pour avoir fait des dépenses personnelles excessives en s'attribuant pendant les six derniers mois de

l'activité de la société « **SOC1.) SA** » un salaire mensuel de 11.195,37 euros et ceci à une époque à laquelle la société se trouvait déjà en état de cessation de paiements.

Pour juger si les dépenses sont excessives, les tribunaux ont égard aux luxe, à l'ostentation, à la prodigalité, à l'intempérance du débiteur. Ils apprécieront surtout l'époque où elles ont faites, car si les dépenses augmentent à mesure que diminuent les bénéfices du commerçant, s'il affectent une opulence menteuse pour surexciter la confiance et cacher sa ruine commencée, il trompe et vole, pour ainsi dire, l'argent de ses créanciers (G.SCHUIND, op cit. p. 438 Z).

C'est donc une question de fait ; l'appréciation de l'excès est entièrement abandonnée aux tribunaux.

Il ressort des fiches de salaires versées par le curateur que l'employé **X.)** percevait un salaire mensuel de 11.196, 37 euros, de sorte que ses déclarations faites auprès de la gendarmerie de Fameck au termes des quelles il aurait perçu un salaire de 30.000 francs (français) « environ » sont fausses.

Il ressort des pièces versées que ce salaire a encore été versé au prévenu le mois de la survenance de la faillite.

Eu égard au ressources de la société et en tenant compte de sa situation financière et notamment des dettes échues et non payées d'un montant de 293.963.- LUF et 928.083.- LUF, pour les seules créanciers « **SOC2.)** » et les organisme de sécurité sociale (179.700,31 euros) et l'Administration de l'enregistrement (379.453,22 euros), le paiement d'un salaire de 11.196,37 euros à l'administrateur-délégué constitue une dépense excessive pour la société.

Cette infraction est donc caractérisée.

Au point 5) de la citation à prévenu le Ministère Public reproche à **X.)** d'avoir encore commis le délit d'abus de biens sociaux.

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

- 1) la qualité de dirigeant
- 2) un usage des biens sociaux ou du crédit de la société
- 3) un usage contraire à l'intérêt social
- 4) l'élément moral : un usage conscient de mauvaise foi et la recherche d'un intérêt personnel.

Le prévenu occupait la position d'administrateur-délégué de droit depuis la constitution de la société en 1997 jusqu'au jour de jugement de faillite, le 24 avril 2002, 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.

Une rémunération si elle est considérée comme excessive, peut donner lieu à des poursuites du chef d'abus de biens sociaux. Ce caractère excessif résulte de rémunérations disproportionnées par rapport au travail effectivement fourni et la capacité financière de la société (Eva JOLY, L'Abus de biens sociaux à l'Epreuve de la Pratique, page 44 à 47).

Dans les circonstance de l'espèce, la rémunération de **X.)** ne peut être qu'excessive, contraire à l'intérêt social, puisque manifestement disproportionnée avec le travail fourni, qui consistait dans la gestion d'une entreprise de construction d'une taille réduite, n'occupant au jour de la faillite que 9 salariés et qui ne disposait pas de matériel d'exploitation et matériel de bureau propres.

La mauvaise foi du prévenu est établi par le fait qu'il n'ignorait pas le très grave état financier de la société. La façon d'agir de **X.)** consistait à dépouiller la société de ses revenus sous le couvert d'une rémunération mensuelle excessive et d'abandonner la société « **SOC1.) SA** » et notamment son passif qui au moment de la faillite était une coquille vidée.

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 de 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 (pour une synthèse de la jurisprudence: Eva JOLY, op. cit., page 44 à 47).

En l'espèce il n'est pas établi que le paiement de la rémunération ait conduit à la cessation des paiements de sorte qu'il convient de retenir que les faits doivent revêtir la qualification d'abus de biens sociaux jusqu'au 24 octobre 2001, date de la cessation des paiements et la qualification de banqueroute simple en raison des dépenses excessives depuis le 24 octobre 2001 jusqu'au 24 mars 2002, jour du prononcé du jugement déclaratif de faillite

La partie poursuivante retient comme période de la commission des faits la période « depuis un temps non prescrit, et notamment depuis le 24 octobre 2001 jusqu'au 24 avril 2002 ».

En principe le délit d'abus de biens sociaux est un délit instantané, le délit de prescription triennal devrait courir à compter du jour de la commission du délit. Ce délit est toutefois un délit « astucieux » et clandestin. Afin d'éviter que ce délit ne soit trop souvent impuni, la jurisprudence a décidé que le point de départ de la prescription ne commence à courir qu'à partir du « jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique » (Cass. crim. 10 août 1981, Bull 1981, n°244 et M. VERON, Clandestin et prescription, Revue de Droit pénal, juin 1998, p.4).

Pour le Ministère Public la date du départ du délai de prescription constitue la réception de la plainte ou de la dénonciation, donc en l'espèce l'entrée au Parquet du rapport du curateur de début d'activité du 9 juillet 2002.

En l'espèce le prévenu a commis chaque mois un nouveau fait d'abus de biens sociaux. Lorsque l'agent commet plusieurs infractions uniques successives qui procèdent d'une intention délictueuse unique, mais dont chacune est punissable en soi, il y a « infractions collectives ». Ces infractions supposent en effet des actes successifs qui constituent eux-même autant de faits punissables mais, qui en raison du but poursuivi par l'agent, ne tendent qu'à la consommation d'une seule et même intention délictueuse.

Dans ce cas il est admis qu'il y a lieu de ne prononcer qu'une seule peine, mais d'un autre côté, la prescription ne commencera à courir qu'à partir de la dernière infraction.

Il s'ensuit en l'espèce que les faits d'abus de biens sociaux commis avant le 9 juillet 1999 ne sont pas prescrits.

Le prévenu X.) est dès lors convaincu par les débats à l'audience ainsi que les éléments du dossier répressif :

comme auteur, ayant commis lui-même les infractions, en sa qualité d'administrateur délégué de la société anonyme SOCL.) , déclarée en état de faillite en date du 24 avril 2002, ayant eu son siège social à Luxembourg, (...), ayant été établie de fait à (...),(...),

01) depuis le 24 octobre 2001 au moins, jusqu'au 24 avril 2002, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment à Luxembourg, (...), et à (...),(...),

en infraction à l'article 8 du Code de Commerce, sanctionné par les articles 574 du Code de Commerce et 489 du Code Pénal,

de ne pas avoir tenu une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue de ses activités, conformément aux règles usuelles de la comptabilité en partie double,

en l'espèce, ne pas avoir inscrit sans retard toutes les opérations, de manière fidèle et complète, par ordre de date, dans un livre journal unique, sinon dans un système de journaux auxiliaires spécialisés en inscrivant toutes les données inscrites dans les journaux spécialisés avec indication des différents comptes mis en mouvement par voie de centralisation dans un livre centralisateur unique, et de la sorte avoir posé un acte de banqueroute simple facultative ;

02) depuis le 24 octobre 2001 au moins, jusqu'au 24 avril 2002, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment à Luxembourg, (...), et à (...),(...),

d'avoir posé un acte de banqueroute simple facultative aux termes de l'article 574,4° du Code de Commerce sanctionné par l'article 489 du Code Pénal,

soit, ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société anonyme dans le délai d'un mois à compter de sa production,

en l'espèce, ne pas avoir fait du tout l'aveu de la cessation des paiements de la société anonyme SOC1.) ;

03) depuis le 24 octobre 2001 au moins, jusqu'au 24 avril 2002, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment à Luxembourg, (...), et à (...),(...),

d'avoir posé un acte de banqueroute simple facultative aux termes de l'article 574,5° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code Pénal,

s'être absenté sans l'autorisation du juge-commissaire ou ne pas s'être rendu en personne, sans empêchement légitime, aux convocations qui lui ont été faites par le juge-commissaire ou par les curateurs,

en l'espèce, ne pas avoir réagi à la convocation envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception par Maître Marguerite RIES, curateur de la faillite SOC1.) S.A. ;

04) depuis le 24 octobre 2001 jusqu'au 24 avril 2002, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment à Luxembourg, (...), et à (...),(...),

d'avoir posé un acte de banqueroute simple obligatoire aux termes de l'article 573,1° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code Pénal,

avoir fait des dépenses personnelles excessives,

en l'espèce, s'être attribué pendant les 6 derniers mois de l'activité de la s.a. SOC1.) un salaire mensuel de 11.195,37 euros, à une époque à laquelle la société se trouvait déjà en état de cessation de paiements ;

05) depuis la constitution de la société jusqu'au 24 octobre 2001, date de la cessation des paiements,

d'avoir fait, de mauvaise foi, des biens de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles,

en l'espèce, d'avoir fait usage des biens de la société SOC1.) pour s'allouer personnellement une rémunération de 11.195,37 euros qu'il savait d'autant plus contraire aux intérêts de la société SOC1.) que cette dernière se trouvait en état de cessation des paiements.

Entre deux faits de banqueroute simple ou deux faits de banqueroute frauduleuse il n'y a ni concours matériel, ni concours idéal ; il n'y a qu'une seule infraction perpétrée, dans la première hypothèse, par deux faits de négligence, et dans la seconde hypothèse, par deux faits de fraude, et compromettant un seul et même intérêt, l'intérêt des créanciers du failli (R.P.D.B. op. cit. n° 2560 et références y citées).

En vertu de ce qui précède les infractions retenues sub 01) à 04) se trouvent en concours idéal et ce groupe d'infraction se trouvant en concours réel avec le délit retenu sub 05).

La gravité des infractions commises justifie la condamnation du prévenu X.) à une peine d'emprisonnement de **dix-huit mois** et à une amende **deux mille cinq cents euros**.

Il résulte encore du dossier répressif que l'huissier de justice, chargé par le Centre Commun de la Sécurité Sociale d'exécuter le titre exécutoire, procéda à la saisie du matériel de bureau de la société « **SOC1.) SA** », pour se voir ensuite opposer une tierce opposition à la vente par le propriétaire de ce matériel.

Selon les développements du mandataire de la société « **SOC2.) sàrl** » dans son assignation de faillite, le tiers opposant serait une société « **SOC3.) sàrl** ».

Il résulte des statuts de la société « **SOC3.) sàrl** », versées au dossier par la représentante du Ministère Public, que le prévenu X.) est l'associé unique de cette société et assure la gérance. Cette société a un objet social similaire à celui de la société faillie et exploite son établissement à l'ancienne adresse de la société faillie.

La publication obligatoire de la condamnation prévue par l'article 583 du Code de commerce n'est pas une peine, mais une mesure de sûreté prescrite dans l'intérêt des tiers.

Cette mesure de sûreté s'impose d'autant plus en l'espèce puisque le banqueroutier **X.)** exploite à nouveau un commerce similaire, à l'ancienne adresse du siège social de la société faillie « **SOCl.) SA** » avec le matériel utilisé auparavant par la société faillie.

Par ces motifs :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **douzième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **par défaut** à l'égard de **X.)** , la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

c o n d a m n e le prévenu **X.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **DIX-HUIT (18) MOIS** et

à une amende de **DEUX MILLE CINQ CENTS (2.500) EUROS**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 29,02 euros;

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

o r d o n n e que le présent jugement soit affiché en salle d'audience du tribunal de commerce à Luxembourg où il restera exposé pendant la durée de trois mois et inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout au frais du contrevenant.

Par application des articles 14, 15, 16, 17, 27, 28, 29, 30, 60, 65, 66 et 489 du Code pénal; articles 155, 179, 182, 184, 186, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'instruction criminelle; articles 472, 574, 577, 579 et 583 du Code de commerce ; article 171-1 de la loi modifiée du 10.08.1915 sur les sociétés commerciales ; articles 1, 2 et 17 de la loi du 19.11.1975; article IX de la loi du 13.06.1994, ainsi que des articles 1, 6 et 7 de la loi du 01.08.2001 qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente. »

II.

d'un jugement sur opposition rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 12^e chambre correctionnelle, le 24 février 2005, sous le numéro 607/05, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu la citation à prévenu du 2 décembre 2004 régulièrement notifiée à **X.)** .

Par jugement no 1200/2003 du 8 mai 2003 le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle a condamné **X.)** du chef de banqueroute simple et d'abus de biens sociaux à une peine d'emprisonnement de 18 mois, à une peine d'amende de 2.500 euros et a ordonné l'affichage du jugement en salle d'audience du tribunal de commerce et son insertion par extraits dans deux quotidiens luxembourgeois.

Ce jugement a été notifié le 6 juillet 2003 à la personne de **X.)**

Par courrier du 9 juillet 2003, entré au Ministère Public le 10 juillet, le mandataire de **X.)** releva opposition contre le prédit jugement.

L'opposition a été relevée dans les formes et délai de la loi, elle est partant recevable.

Par application des dispositions de l'article 187 du Code d'instruction criminelle, la condamnation prononcée à l'égard du prévenu est dès lors à considérer comme non-avenue et il y partant lieu de statuer à nouveau quant au bien fondé des préventions lui reprochées par le Ministère Public.

L'effet extinctif de l'opposition est absolue en ce sens que le tribunal saisi de l'opposition réexamine à fond toute l'affaire, pèse tous les éléments de fait et de droit, anciens et nouveaux et statue à nouveau sans à proprement dire confirmer ni infirmer, mais en remplaçant la décision attaquée par une autre, nouvelle et autonome, se suffisant à elle-même. L'effet extinctif n'est toutefois pas total et est limité au jugement et laisse subsister l'instruction faite à l'audience, lors du jugement par défaut : le tribunal peut donc se borner à ce qui a été instruit par défaut, il peut aussi ordonner une nouvelle instruction, et l'opposant peut la demander à son tours. (R. Thiry, Précis d'Instruction criminelle en Droit luxembourgeois, T I, no 515 à 517).

La juridiction recouvre encore son entière liberté pour juger et la plénitude de ses pouvoirs, de sorte elle peut améliorer la position du prévenu, ou au contraire, l'aggraver, suivant les résultats de l'instruction, en relevant p.ex. une circonstance aggravante, sans violer aucune loi ni aucun principe de droit. Le tribunal saisi de l'opposition à un jugement par défaut peut prononcer des peines plus sévères que celles appliquées par la décision frappée d'opposition (R. Thiry, précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, vol. I. et II no 515 et réf. citées).

Vu le dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice NOT. : 24276/02/CD.

Vu la farde de 55 pièces communiquée à l'audience par le mandataire du prévenu-opposant.

Le Ministère Public reproche à **X.)** d'avoir commis les infractions de banqueroute simple facultative par le fait 1) de ne pas avoir tenu le livre journal tel que prévu par l'article 8 du Code de commerce et de ne pas avoir tenu une comptabilité régulière, 2) de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai de un mois à compter de sa production et 3) de ne pas avoir répondu à la convocation du curateur de la faillite « **SOC1.) SA** ».

Il lui reproche en dernier lieu le délit de banqueroute simple et le délit d'abus de bien sociaux pour s'être attribué un salaire mensuel jugé excessif (4).

Le prévenu conteste les infractions au motif qu'il n'aurait reçu ni le courrier de convocation du curateur, ni sa demande de remise de la comptabilité. En ce qui concerne le grief relatif au défaut d'avoir fait l'aveu de la cessation de paiement, **X.)** fait valoir qu'il aurait été en pourparlers avec le Centre commun de la sécurité sociale et aurait tenté de relancer son entreprise. Il soutient enfin que le salaire de 11.000 euros aurait été un salaire fictif qui ne lui aurait à aucun moment été réellement versé ou viré. Son mandataire conclut partant à son acquittement et fait en ordre subsidiaire appel à la clémence du tribunal

Le curateur de la société faillie « **SOC1.) S.A.** », recité par le Ministère Public à l'audience du Tribunal correctionnel pour être réentendu à titre de témoin, a répété ses déclarations antérieures.

Il appert du dossier répressif que par jugement du 24 avril 2002 le Tribunal de commerce de Luxembourg a déclaré sur assignation du Centre commun de la sécurité sociale et de la société à responsabilité limitée « **SOC2.) SARL** », la société « **SOC1.) SA** » en état de faillite, a fixé provisoirement l'époque de la cessation des paiements au 24 octobre 2001 et a désigné aux fonctions de curateur Maître Marguerite RIES.

Les infractions de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple présupposent la réunion de plusieurs conditions communes. Ainsi la juridiction répressive doit constater l'état de faillite et vérifier la qualité de commerçant du prévenu. 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 (Garraud, Traité du Droit pénal français, 3^{ième} éd. T. VI, n°2667).

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490) de sorte qu'il convient tout d'abord de constater si la société « **SOC1.) SA** » se trouve effectivement en état de faillite.

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

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

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

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public et des déclarations du curateur de la faillite à l'audience du Tribunal correctionnel, la société « **SOC1.) SA** » est effectivement en état de faillite, fait d'ailleurs non contesté par le gérant **X.)** lors de son audition sur commission rogatoire internationale par la gendarmerie française.

Il résulte en effet du rapport de début d'activité du curateur du 9 juillet 2002 que l'actif recueilli par le curateur s'élève à 400 euros, tandis que la créance exécutoire du Centre commun de la sécurité sociale s'élève à elle seule suivant le dernier décompte, à 179. 000 euros.

Le créancier « **SOC2.) SARL** » dispose d'un jugement du tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette du 20 décembre 2000, coulé en force de chose jugée, ayant condamné la société « **SOC1.) SA** » au paiement de la somme de 293.963 anciens francs luxembourgeois augmentée des intérêts. Suivant ordonnance du juge des référés du 29 janvier 2001, « **SOC1.) SA** » a encore été condamnée à payer à la **SOC2.)**, la somme de 928.083 francs luxembourgeois augmentée des intérêts. Or « **SOC1.) SA** » n'a pu ou voulu payer les sommes dues.

Il résulte encore du « Tableau des créances » tenu en exécution de l'article 507 de la loi du 2 juillet 1870, que la créance de l'Administration des Contributions directes a été admise au passif privilégié de la faillite pour le montant de 78.981,91 euros et qu'en général la somme des déclarations de créances admises en juin 2002 au passif de la faillite, dépasse d'un multiple les disponibilités de la société.

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

Pour qu'il y ait cessation de paiement constitutif de faillite, il n'est pas non plus 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).

Le crédit de la société « **SOC1.) SA** » est encore ébranlé étant donné qu'aucun établissement de crédit n'acceptait plus d'accorder un crédit à la société et les principaux créanciers, le Centre commun de la sécurité sociale et la **SOC2.)**, n'ont plus accordé des délais de paiements à la société.

La société « **SOC1.) SA** » se trouve donc en état de faillite.

Il faut ensuite 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 (cf. G. SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, sub art 489-490, n°10 et références citées). Il appartient au juge répressif de rechercher la personne physique, organe ou préposé, sur laquelle pèse la responsabilité pénale d'une infraction commise par une société commerciale (Cass. belge, 1 octobre 1974, Pas. 1974, I, p. 34).

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

En l'espèce **X.)** occupait les fonctions d'administrateur-délégué et s'occupait de la gestion courante de la société.

Enfin 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 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. I, p.796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 601/87 doc. Credoc), 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).

A partir du 10 janvier 2002 l'huissier de justice avait procédé à la saisie du matériel d'exploitation et du mobilier de bureau de sorte qu'aucun actif saisissable n'a pu être trouvé sur les lieux. A défaut de matériel d'exploitation la société se trouvait donc dès cette époque dans l'impossibilité de générer un chiffre d'affaire, partant de réaliser un capital qui aurait permis de désintéresser les créanciers. Les principaux créanciers de « **SOC1.) SARL** » n'ont par ailleurs plus été payés depuis déjà fin 2001.

Il échet de fixer la cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit à l'instar du tribunal de commerce au 24 octobre 2001.

Le Ministère Public reproche en premier lieu à **X.)** de s'être rendu coupable du délit de banqueroute simple en omettant de tenir un livre journal tel que prévu par l'article 8 du Code de commerce.

Le prévenu a soutenu devant la gendarmerie française que la firme aurait occupé un comptable en la personne de **A.)** ainsi qu'un expert comptable. A l'audience du Tribunal correctionnel du 26 janvier 2005 il a concédé que la fiduciaire chargée de la tenue des livres comptables avait suspendu son travail étant donné que **SOC1.)** ne payait plus ses honoraires et a relevé que le dossier du Ministère Public contient pourtant des pièces comptables pour conclure qu'une comptabilité avait été tenue quoique de manière incomplète.

Il résulte des éléments du dossier répressif ainsi que du témoignage du curateur recueilli à l'audience par défaut et à l'audience sur opposition, que **X.)** n'avait pas tenu un livre journal présentant au jour par jour les opérations financières de la société, ni même une comptabilité digne de ce nom, mais s'est borné à classer toutes les factures des fournisseurs dans un classeur, tous les autres documents avaient été classés par ordre chronologique dans un deuxième classeur.

Le curateur a déposé à l'audience qu'elle n'a pas pu découvrir un compte ou une liste faisant état des créances à recevoir des clients, répertoire pourtant de première nécessité pour le curateur afin de recouvrer les créances auprès des anciens clients de cette société active dans le secteur de l'immobilier

Ces faits constituent le délit de la banqueroute simple facultative, sinon au cas où **X.)** aurait tenu les livres comptables mais les aurait dissimulés, le crime de banqueroute frauduleuse.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 al 6 du Code de commerce, la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans la tenue de ses livres suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple (R.P.D.B. op. cit. n° 2620 et Cour d'appel lux. 23 avril 1990 arrêt n° 68/90 VI).

Il appartient dès lors au dirigeant de la société de veiller à ce que la fiduciaire soit en mesure d'exécuter le travail en lui remettant toutes les pièces indispensables à la tâche, de veiller à ce que les honoraires de la fiduciaire soient réglés, puis de surveiller et de contrôler que la comptabilité et le livre journal seraient effectivement établis par ce mandataire.

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultatif prévu par l'article 57a.6 du Code de commerce.

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).

Par l'exigence d'une tenue régulière et sérieuse de livres de commerce retraçant les opérations du commerçant, le législateur entend forcer le respect de dispositions des articles 8 et suivants du Code de commerce. Le tribunal est cependant d'avis que le prévenu a volontairement omis de tenir un livre journal et une comptabilité digne de ce nom dans le but précis de ne pas laisser de traces des mouvements réels des fonds et notamment de camoufler ses revenus, de dissimuler au curateur les créances de la société vis-à-vis de ses clients mais aussi les fonds qu'il redoit encore en nom personnel à la société à titre d'avance en compte courant aux associés. Il appert encore des pièces versées par la défense que la société occupait le mois précédant la faillite dix-sept salariés et disposait d'une créance liquide et exigible sur l'AGENCE (...) de (...) de 6.279,57 euros suivant relevé de compte envoyé le 11 avril 2002, soit 11 jours avant le prononcé de la faillite à ce débiteur.

Il y a dès lors lieu de retenir le prévenu également dans les liens de cette prévention

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

L'omission de l'aveu de cessation des paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple «*faute infractionnelle qui existe dès que le fait est commis, qui est constituée par l'infraction même*» (Cour d'appel lux 23 avril 1990 arrêt n° 68/90 VI).

Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé est établi et doit être sanctionné en tenant compte, par exemple, de la gravité de la faute commise, du préjudice causé ou de la position du failli (G. SCHUIND, op. cit. p. 438 S n°13 et références citées).

La loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif.

Afin d'illustrer sa bonne foi, la défense avance les pourparlers menés avec le Centre commun de la sécurité sociale et les banques de la société. Il résulte toutefois des pièces communiquées par le mandataire du Centre commun à l'appui de sa demande en faillite, que la société redevait déjà au 13 février 2002, 15.6844,23 euros au créancier public et que l'assignation en faillite a été lancée pour l'audience du 12 avril 2002. Loin de constituer des pourparlers d'arrangement, il appert du relevé de compte versé à titre de pièce au tribunal de commerce que le prévenu payait aux compte-gouttes des acomptes afin de retarder la demande en faillite.

Les négociations menées avec les banques se limitaient à l'annulation le 28 mars 2002, des lignes de crédit ouvertes par les banques DEXIA/BIL et Banque Générale du Luxembourg et le règlement du solde débiteur était «*effectué en vue de l'annulation de mon engagement de caution envers la société **SOCI.***». Le but de l'opération était donc de mettre le patrimoine privé de **X.)**, caution solidaire et indivisible de la société agonisante, à l'abri des poursuites des banques, exposant le cas échéant l'opération effectuée un mois avant le prononcé de la faillite, soit en pleine période suspecte, à une action en annulation de la part du curateur conformément à l'article 445 du Code de commerce.

En l'espèce le tribunal est d'avis que le prévenu a volontairement négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu afin de pouvoir prendre ses précautions pour mettre son patrimoine privé à l'abri des poursuites et pour pouvoir profiter le plus longtemps possible de l'existence de la société. Dans cet ordre d'idées il convient de relever que suivant la note manuscrite communiquée à titre de pièce no 45, le prévenu a retiré en espèces du compte de la BGL, la somme de 5.000 euros, dont 1.300 euros ont été payés à **B.)** à titre d'acompte sur prime 2001 et le solde soit 3.700 euros a été versé au prévenu à titre d'acompte sur salaire.

En ne faisant pas l'aveu de la cessation des paiements dans le mois, le prévenu a augmenté quotidiennement le préjudice accru aux tiers et notamment aux salariés et aux créanciers publics. Il y a dès lors lieu de condamner **X.)** également du chef de cette infraction.

La partie poursuivante lui reproche encore de ne pas avoir répondu aux convocations du curateur.

Il résulte du dossier répressif que le curateur avait convoqué le prévenu **X.)** par lettre recommandée du 2 mai 2002, à l'adresse de son domicile à F-(...), (...).

Lors de son audition par les agents de gendarmerie français, **X.)** a affirmé que la lettre recommandée aurait été retirée par son épouse avec laquelle il se trouve en instance de divorce et qui ne la lui aurait « *pas remis immédiatement* ». A l'audience du Tribunal correctionnel du 26 janvier 2005, il a soutenu ne plus avoir habité à l'adresse à Fameck.

Le prévenu indiquait toutefois l'adresse à F-(...), (...) le 28 mars 2002 dans ses courriers aux banques DEXIA et BGL en vue de la résiliation de la ligne de crédit et avait encore été fournie comme étant celle de son domicile lors de son audition sur commission rogatoire internationale du Ministère Public luxembourgeois, par la gendarmerie nationale de Fameck le 5 novembre 2002. La convocation à cette adresse est donc régulière.

A supposer l'affirmation de **X.)** exacte, il n'en reste pas moins qu'il ne s'est pas non plus manifesté auprès du curateur après avoir pris connaissance tardive de la convocation. Ce fait de ne pas contacter le curateur afin de convenir d'un rendez-vous est constitutif de l'infraction.

La circonstance que la gendarmerie de Fameck a dû convoquer **X.)** à quatre reprises avant qu'il ne se présente enfin au bureau aux fins d'interrogatoire s'inscrit dans la même ligne que **X.)** veut se soustraire à toute enquête menée dans le cadre de cette faillite.

Cette infraction doit partant également être retenue.

La partie poursuivante reproche encore à **X.)** au point 4) d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple obligatoire pour avoir fait des dépenses personnelles excessives en s'attribuant pendant les six derniers mois de l'activité de la société « **SOC1.)** SA » un salaire mensuel suivant fiche de salaire établie par la fiduciaire de la société, de 11.195,37 euros brute et ceci à une époque à laquelle la société se trouvait déjà en état de cessation des paiements.

Pour juger si les dépenses sont excessives, les tribunaux ont égard au luxe, à l'ostentation, à la prodigalité, à l'intempérance du débiteur. Ils apprécieront surtout l'époque où elles sont faites, car si les dépenses augmentent à mesure que diminuent les bénéfices du commerçant, s'ils affectent une opulence menteuse pour surexciter la confiance et cacher sa ruine commencée, il trompe et vole, pour ainsi dire, l'argent de ses créanciers (G.SCHUIND, op cit. p. 438 Z).

C'est une question de fait. L'appréciation de l'excès est entièrement abandonnée aux tribunaux. Les juges prendront nécessairement en considération la position, le rang et la fortune du failli (NYPELS, Code pénal belge interprété, art. 489, n°14).

Il ressort des fiches de salaires versées par le curateur que l'employé **X.)** percevait un salaire de 11.196, 37 euros brut, de sorte que ses déclarations faites auprès de la gendarmerie de Fameck aux termes desquelles il aurait perçu un salaire de 30.000 francs (français) « *environ* » sont fausses.

Il ressort des pièces versées que ce salaire a encore été payé au prévenu le mois de la survenance de la faillite.

Eu égard aux ressources de la société et en tenant compte de sa situation financière et notamment des dettes échues et non payées d'un montant de 293.963 LUF et 928.083 LUF, pour les seules créanciers « **SOC2.)** », les organisme de sécurité sociale (179.700,31 euros) et l'Administration de l'enregistrement (379.453,22 euros), le paiement d'un salaire de 11.196,37 euros à l'administrateur-délégué constitue une dépense excessive pour la société.

Le prévenu conteste cette infraction en soutenant que le salaire ne lui aurait jamais été versé et que la fiche de salaire constituerait un faux. L'assertion du prévenu qu'il ne se serait pas fait verser de salaire est par ailleurs contredite par une note manuscrite émanant du prévenu lui-même faisant état d'un « *acompte sur rémunération* » à hauteur de 3.700 euros qui lui a été remis en espèces ainsi que par ses propres déclarations devant la gendarmerie française lorsqu'il a déclaré recevoir environ 3.000 francs français à titre de rémunération.

En matière pénale, le prévenu est couvert d'une présomption d'innocence aussi longtemps que la preuve contraire n'est pas rapportée par le Ministère Public ; c'est donc à celui-ci qu'incombe d'établir les conditions d'existence de l'infraction et par suite également l'absence des causes exclusives de la culpabilité, telle une contrainte ou la force majeure. Pour mettre le Ministère Public en mesure d'administrer cette preuve, il faut pourtant qu'à l'appui de son exception, le prévenu invoque des faits précis de nature à constituer la force majeure. (Cass. 23 décembre 1937, P. 14. 99).

En l'occurrence le prévenu n'invoque pas une cause exclusive de responsabilité, mais conteste la matérialité du détournement, partant de l'élément matériel de l'infraction.

Le Ministère Public produit les fiches de salaire officielles relatives aux mois d'octobre 2001 à février 2002, établies par la fiduciaire, faisant ressortir une rémunération de 11.195,37 euros brute, ventilant cette rémunération entre les postes d'assurances, cotisations sociales et de prélèvement d'impôt pour retenir une rémunération net de 6.850,56, écrit ayant une certaine force probante.

Ces pièces ne sauraient dès lors être écartées du dossier répressif sur la simple allégation faite avec nonchalance pour la première fois à l'audience du Tribunal correctionnel par prévenu, que les documents constitueraient des faux, établis dans le seul but d'amener les banques d'accorder des crédits à la société et qui seraient garantis par sa rémunération. Il allègue encore qu'au vu de la mauvaise situation de la société, il ne se serait pas fait verser cette rémunération.

En raison de l'absence de la tenue d'un livre journal qui aurait fait ressortir les paiements -infraction retenue contre X.) sub 1)- et la soustraction ou destruction de tous les extraits de comptes (le curateur n'a pas pu obtenir les extraits de comptes DEXIA et BGL) conjugués avec la pratique du paiement de salaires en espèces, il incombe au prévenu de démontrer que cette rémunération ne lui a pas été versée ou virée sinon au moins de fournir des éléments rendant vraisemblable ses allégations, en d'autres mots de fournir « un commencement de preuve », sans qu'il y ait dans les conditions données renversement de la charge de la preuve.

L'infraction doit partant être retenue.

Au point 5) de la citation à prévenu le Ministère Public reproche à X.) d'avoir encore commis le délit d'abus de biens sociaux.

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

- 1) la qualité de dirigeant
- 2) un usage des biens sociaux ou du crédit de la société
- 3) un usage contraire à l'intérêt social
- 4) l'élément moral : un usage conscient de mauvaise foi et la recherche d'un intérêt personnel.

Le prévenu occupait la position d'administrateur -délégué de droit depuis la constitution de la société en 1997 jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite, le 24 avril 2002, 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.

Une rémunération si elle est considérée comme excessive, peut donner lieu à des poursuites du chef d'abus de biens sociaux. Ce caractère excessif résulte de rémunérations disproportionnées par rapport au travail fourni et la capacité financière de la société. Est constitutive du délit d'abus de biens sociaux, la perception d'une rémunération hors proportion avec le travail effectivement réalisé, surtout lorsque cette rémunération dépasse les capacités financières de la société (Eva JOLY, L'Abus de biens sociaux à l'Epreuve de la Pratique, page 176 à 186).

Commet un abus de biens sociaux le dirigeant de société qui s'attribue une rémunération excessive en dépit des pertes importantes réalisées par la société (Cass. crim. 9 mai 1973 Bull. n°216, CA Paris 15 décembre 1994, Droit des Sociétés, mars 1995, n°63, p. 10).

Dans les circonstances de l'espèce, la rémunération de X.) ne peut être qu'excessive, contraire à l'intérêt social, puisque manifestement disproportionnée par rapport aux capacités financières de la société.

La mauvaise foi du prévenu est établie par le fait qu'il n'ignorait pas le très grave état financier de la société, savait que le montant des arriérés accumulés auprès des créanciers publics dépassait les fonds propres de la société et connaissait la baisse du chiffre d'affaire. La façon d'agir de X.) consiste à dépouiller la société de ses revenus sous le couvert d'une rémunération mensuelle excessive pour ensuite l'abandonner pour se défaire du passif accumulé et qui n'était plus au moment de la faillite, qu'une coquille vide.

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 (pour une synthèse de la jurisprudence: Eva JOLY, op. cit., page 44 à 47).

En l'espèce il n'est pas établi que le paiement de la rémunération a conduit à la cessation des paiements de sorte qu'il convient de retenir que les faits doivent revêtir la qualification d'abus de biens sociaux jusqu'au 24 octobre 2001, date de la cessation des paiements et la qualification de banqueroute simple en raison des dépenses excessives, depuis le 24 octobre 2001 jusqu'au 24 mars 2002, jour du prononcé du jugement déclaratif de faillite.

La partie poursuivante retient comme période de la commission des faits la période « *depuis un temps non prescrit, et notamment depuis le 24 octobre 2001 jusqu'au 24 avril 2002* ».

En principe le délit d'abus de biens sociaux est un délit instantané, le délai de prescription triennal devrait courir à compter du jour de la commission du délit. Ce délit est toutefois un délit « *astucieux* » et clandestin. Afin d'éviter que ce délit ne reste trop souvent impuni, la jurisprudence a décidé que le point de départ de la prescription ne commence à courir qu'à partir du « *jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique* » (Cass. crim. 10 août 1981, Bull 1981, n°244 et M. VERON, Clandestin et prescription, Revue de Droit pénal, juin 1998, p.4).

Pour le Ministère Public la date du départ du délai de prescription constitue la réception de la plainte ou de la dénonciation, donc en l'espèce l'entrée au Parquet du rapport du curateur de début d'activité du 9 juillet 2002.

En l'espèce le prévenu a commis chaque mois un nouveau fait d'abus de biens sociaux. Lorsque l'agent commet plusieurs infractions uniques successives qui procèdent d'une intention délictueuse unique, mais dont chacune est punissable en soi, il y a « *infractions collectives* ». Ces infractions supposent en effet des actes successifs qui constituent eux-même autant de faits punissables mais, qui en raison du but poursuivi par l'agent, ne tendent qu'à la consommation d'une seule et même intention délictueuse.

Dans ce cas il est admis qu'il y a lieu de ne prononcer qu'une seule peine, mais d'un autre côté, la prescription ne commencera à courir qu'à partir de la dernière infraction.

Il s'ensuit en l'espèce que les faits d'abus de biens sociaux commis avant le 9 juillet 1999 ne sont pas prescrits.

Le prévenu X.) est dès lors convaincu par les débats à l'audience ainsi que les éléments du dossier répressif :

comme auteur, ayant commis lui-même les infractions,

en sa qualité d'administrateur délégué de la société anonyme SOC1.), déclarée en état de faillite en date du 24 avril 2002, ayant eu son siège social à Luxembourg, (...), ayant été établie de fait à (...), (...),

01) depuis le 24 octobre 2001 au moins, jusqu'au 24 avril 2002, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment à Luxembourg, (...), et à (...),(...),

en infraction à l'article 8 du Code de Commerce, sanctionné par les articles 574 du Code de Commerce et 489 du Code Pénal,

de ne pas avoir tenu une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue de ses activités, conformément aux règles usuelles de la comptabilité en partie double,

en l'espèce, ne pas avoir inscrit sans retard toutes les opérations, de manière fidèle et complète, par ordre de date, dans un livre journal unique, sinon dans un système de journaux auxiliaires spécialisés en inscrivant toutes les données inscrites dans les journaux spécialisés avec indication des différents comptes mis en mouvement par voie de centralisation dans un livre centralisateur unique, et de la sorte avoir posé un acte de banqueroute simple facultative ;

02) depuis le 24 octobre 2001 au moins, jusqu'au 24 avril 2002, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment à Luxembourg, (...), et à (...), (...),

d'avoir posé un acte de banqueroute simple facultative aux termes de l'article 574,4° du Code de Commerce sanctionné par l'article 489 du Code Pénal,

ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société anonyme dans le délai d'un mois à compter de sa production,

en l'espèce, ne pas avoir fait du tout l'aveu de la cessation des paiements de la société anonyme SOCI.) ;

03) depuis le 24 octobre 2001 au moins, jusqu'au 24 avril 2002, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment à Luxembourg, (...), et à (...),(...),

d'avoir posé un acte de banqueroute simple facultative aux termes de l'article 574,5° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code Pénal,

s'être absenté sans l'autorisation du juge-commissaire ou ne pas s'être rendu en personne, sans empêchement légitime, aux convocations qui lui ont été faites par le curateur,

en l'espèce, ne pas avoir réagi à la convocation envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception par Maître Marguerite RIES, curateur de la faillite SOCI.) S.A. ;

04) depuis le 24 octobre 2001 jusqu'au 24 avril 2002, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment à Luxembourg, (...), et à (...),(...),

d'avoir posé un acte de banqueroute simple obligatoire aux termes de l'article 573,1° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code Pénal,

avoir fait des dépenses personnelles excessives,

en l'espèce, s'être attribué pendant les 6 derniers mois de l'activité de la s.a. SOCI.) un salaire mensuel de 11.195,37 euros, à une époque à laquelle la société se trouvait déjà en état de cessation de paiements ;

05) depuis la constitution de la société jusqu'au 24 octobre 2001, date de la cessation des paiements,

d'avoir fait, de mauvaise foi, des biens de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles,

en l'espèce, d'avoir fait usage des biens de la société SOCI.) pour s'allouer personnellement une rémunération de 11.195,37 euros qu'il savait contraire aux intérêts de la société SOCI.) .

Entre deux faits de banqueroute simple ou deux faits de banqueroute frauduleuse il n'y a ni concours matériel, ni concours idéal ; il n'y a qu'une seule infraction perpétrée, dans la première hypothèse, par deux faits de

négligence, et dans la seconde hypothèse, par deux faits de fraude, et compromettant un seul et même intérêt, l'intérêt des créanciers du failli (R.P.D.B. op. cit. n° 2560 et références y citées).

En vertu de ce qui précède les infractions retenues sub 1 à 4 ne constituent qu'une seule infraction, ce groupe d'infractions se trouve toutefois en concours réel avec le délit retenu sub 5) de sorte qu'il convient d'appliquer les dispositions de l'article 60 du Code pénal.

Il convient dès lors d'appliquer les seules peines comminées par l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales à titre de peine la plus forte qui pourra être portée au double du maximum sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

III) La peine

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

La conjugaison des trois fautes, ensemble avec le désintéret total que le prévenu a témoigné vis-à-vis du curateur et l'attitude général du prévenu dans la conduite des affaires de la société, le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi en ce qui concerne les infractions de banqueroute simple facultative.

Il résulte du dossier répressif que l'huissier de justice, chargé par le Centre Commun de la Sécurité Sociale d'exécuter le titre exécutoire, procéda à la saisie du matériel de bureau de la société « **SOC1.) SA** », pour se voir ensuite opposer une tierce opposition à la vente par le propriétaire de ce matériel.

Selon les développements dans son assignation de faillite du mandataire de la société « **SOC2.) sàrl** », le tiers opposant serait une société « **SOC3.) sàrl** ».

Il résulte des statuts de la société « **SOC3.) sàrl** », versées au dossier par la représentante du Ministère Public, que le prévenu **X.)** est l'associé unique de cette société et assure la gérance. Cette société a un objet social similaire à celui de la société faillie et exploite son établissement à l'ancienne adresse de la société faillie.

Le curateur a relevé aux audiences du Tribunal correctionnel du 26 mars 2003 et du 26 janvier 2005 qu'elle n'a jamais été contactée par les clients de la société **SOC1.) SA** en raison d'un chantier non fini, en vue d'une finition à exécuter même en raison d'une réclamation pour vice de construction, démarches pourtant fréquentes pour les clients d'une société de construction, particularité qui l'a amenée à soupçonner que le prévenu a repris avec la société « **SOC3.) sàrl** » tant les activités que les clients de la société faillie.

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

L'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 commine une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et une amende de 500 euros à 25.000 euros à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait qui de mauvaise foi ont fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-Centre d'intervention à des fins personnelles ou pour favoriser une autre entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

La publication obligatoire de la condamnation prévue par l'article 583 du Code de commerce n'est pas une peine, mais une mesure de sûreté prescrite dans l'intérêt des tiers.

Cette mesure de sûreté s'impose d'autant plus en l'espèce puisque le banqueroutier **X.)** exploite à nouveau un commerce similaire, à l'ancienne adresse du siège social de la société faillie « **SOC1.) SA** » avec le matériel utilisé auparavant par la société faillie.

Il convient dès lors de condamner le prévenu **X.)** à une peine d'emprisonnement inférieure à celle prononcée par défaut mais d'augmenter la peine d'amende.

PAR CES MOTIFS :

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

d é c l a r e l'opposition relevée par **X.)** contre le jugement numéro 1200/2003 du 8 mai 2003 recevable;

d é c l a r e non avenues les condamnations prononcées à son encontre par le jugement numéro 1200/2003 du 8 mai 2003;

statuant à nouveau :

c o n d a m n e le prévenu **X.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **QUINZE (15) mois** et à une amende de **TROIS MILLE (3.000) euros**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 74,27 (45,25 + 29,02) euros;

d i t qu'il sera sursis à l'exécution de **DOUZE (12) mois** de cette peine d'emprisonnement ;

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

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 que le présent jugement soit affiché en salle d'audience du tribunal de commerce à Luxembourg où il restera exposé pendant la durée de trois mois et inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais du contrevenant.

Par application des articles 14, 15, 16, 27, 28, 29, 30, 60, 66 et 489 du Code pénal; 154, 155, 179, 182, 184, 187, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196, 626, 627, 628 et 628-1 du Code d'Instruction Criminelle; 171-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, 472, 574, 577, 579 et 583 du Code de commerce, 1, 2 et 17 de la loi du 19.11.1975; IX de la loi du 13.06.1994; 1, 6 et 7 de la loi du 01.08.2001 qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Brigitte KONZ, vice-présidente, Jean ENGELS, premier juge, et Caroline ROLLER, juge, et prononcé par Madame la vice-présidente en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de Monique SCHMITZ, substitut du Procureur d'Etat, et de Andrée MOULIN, greffier, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement. »

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 4 avril 2005 par le mandataire du prévenu et par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 7 octobre 2005, le prévenu fut requis de comparaître à l'audience publique du 4 novembre 2005 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience le prévenu fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Alex PENNING, en remplacement de Maître Alex GROSS, avocats à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu.

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

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 13 décembre 2005, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclarations du 4 avril 2005 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le prévenu **X.)** ainsi que le procureur d'Etat ont régulièrement fait relever appel d'un jugement correctionnel rendu sur opposition du prévenu le 24 février 2005, décision dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

X.) conteste la matérialité des faits faisant l'objet des infractions retenues sous les numéros 4 et 5 par le tribunal, à savoir d'avoir commis en sa qualité d'administrateur délégué de la société anonyme **SOC1.)** le délit de banqueroute simple tel qu'énoncé par l'article 573,1° du code de commerce et sanctionné par l'article 489 du code pénal et d'avoir à la même occasion commis un abus de biens sociaux au sens de l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Il conclut par conséquent à son acquittement de ces préventions et demande à la Cour de réduire la peine d'emprisonnement prononcée, de lui accorder le bénéfice du sursis intégral à son exécution et d'adapter la peine d'amende à sa situation financière actuelle.

Le représentant du ministère public, reprochant à **X.)** d'avoir organisé l'insolvabilité de la société **SOC1.)** après avoir constitué dans les lieux même dans lesquels elle avait son siège social une nouvelle société à responsabilité limitée unipersonnelle ayant le même objet social et dont il est l'associé unique sans se préoccuper du sort de la société faillie laissant un découvert de presque un million d'euros, requiert le maintien du prévenu dans les liens de toutes les préventions retenues par la juridiction de première instance et la confirmation des peines prononcées.

Les faits ayant donné lieu aux poursuites contre **X.)** ont été exposés de façon complète par les juges de première instance de sorte que la Cour peut s'y référer. Il en est de même des développements en fait et en droit des éléments constitutifs des différentes infractions retenues par le tribunal.

Les infractions libellées sous les numéros 1 à 3 dans la citation du ministère public, à savoir l'absence de comptabilité appropriée (article 8 et 574 du code de commerce), l'absence d'aveu de la cessation de paiements dans le mois de sa production (article 574,4° du code de commerce) et le fait de s'être absenté sans autorisation du juge commissaire et de ne pas avoir répondu aux convocations du curateur (article 574,5° du code de commerce), infractions sanctionnées par l'article 489 du code pénal, se trouvent établies par les éléments du dossier pénal et ne sont d'ailleurs pas autrement contestées par le prévenu, les faits avancés par lui pouvant tout au plus valoir comme explication et non comme justification.

En ce qui concerne la prévention d'abus de biens sociaux et celle d'avoir fait des dépenses personnelles excessives, infractions libellées sous les numéros 4 et 5, contestées par **X.)**, celui-ci fait valoir en substance que les inscriptions dans la comptabilité concernant sa rémunération seraient fictives. Il conteste en tout cas qu'il se serait fait verser dans les six derniers mois précédant la mise en faillite de sa société un salaire mensuel dépassant 11.000 euros.

La Cour se rallie cependant aux considérations des premiers juges qui se sont basés sur les fiches de salaire officielles relatives aux six derniers mois de l'existence de la société et établies sur base des données fournies par le prévenu lui-même. Celui-ci avait donc prélevé pendant la période suspecte en qualité d'administrateur délégué un salaire brut de 11.195.37 euros correspondant à un salaire net de 6.850,56 euros et ce malgré le fait que la société était devenue insolvable. **X.)** est donc également à maintenir dans les liens des préventions retenues sous les numéros 4 et 5 par le tribunal.

Ces deux infractions se trouvent cependant en concours idéal comme procédant d'un fait unique et d'une intention délictuelle unique, de sorte qu'il convient de leur appliquer les dispositions de l'article 65 du code pénal. Ce groupe d'infractions se trouve en concours réel avec les infractions retenues sous les numéros 1, 2 et 3 qui se trouvent également en concours réel entre elles.

Compte tenu de la gravité des faits, les peines prononcées par le tribunal sont légales et adéquates et par conséquent à maintenir.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu entendu en ses explications et moyens de défense et le représentant du ministère public en son réquisitoire;

reçoit les appels en la forme;

réformant:

dit que les infractions retenues sous les numéros 4 et 5 par le tribunal se trouvent en concours idéal, groupe d'infractions se trouvant en concours réel avec les infractions retenues sous les numéros 1, 2 et 3 qui se trouvent en concours réel entre elles;

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

condamne X.) aux frais de sa poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 12,51 €.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en y ajoutant les articles 65 du code pénal et 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Roland SCHMIT, président de chambre, président, Messieurs Jean-Claude WIWINIUS et Marc KERSCHEN, premiers conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Cornelia SCHMIT.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, par Monsieur Roland SCHMIT, président de chambre, en présence de Madame Martine SOLOVIEFF, premier avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.