

Arrêt N° 334/10 V.
du 13 juillet 2010
(Not. 3017/09/CD)

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

e n t r e :

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

e t :

1. **X**, né le (...) à (...) (F), demeurant à F-(...), **appelant**

2. **Y**, né le (...) à (...) (F), demeurant à F-(...)

prévenus et défendeurs au civil

e n p r é s e n c e d e :

Maître Joëlle NICLOU, avocat à la Cour, demeurant à L-(...), prise en sa qualité de **curateur de la faillite** de la société à responsabilité limitée **SOC.1 S.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(...), déclarée en état de faillite par un jugement du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière commerciale en date du 29 janvier 2007, élisant domicile en l'étude de Maître Joëlle NICLOU

partie civile constituée contre les prévenus et défendeurs au civil **X** et **Y**, préqualifiés

demanderesse au civil, **appelante**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 7^e chambre correctionnelle, le 19 novembre 2009, sous le numéro 3326/09, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

« Vu l'ordonnance de renvoi no **529/09** rendue par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du **12 mars 2009** et vu la citation à prévenus du **14 juillet 2009** (not. **03017/2009cd**) régulièrement notifiées.

Vu le rapport d'activité du curateur Maître Joëlle NICLOU, curateur de la faillite de la société **SOC.1** s.à r.l., daté du 28.01.2008.

Vu l'ensemble du dossier répressif.

AU PENAL

Le Ministère Public reproche aux prévenus **X** et **Y** :

*comme auteurs, coauteurs ou complices ayant eux-mêmes exécuté les infractions en leur qualité de dirigeants responsables de la société **SOC.1** S.à r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement no. 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale*

*I) comme auteurs, co-auteurs ou complices ayant eux-mêmes exécuté les infractions en leur qualité de dirigeants responsables de la société à responsabilité limitée **SOC.1** s.à r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement n° 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale ;*

principalement

au courant du mois de novembre 2006, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

*en infraction à l'article 577 du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de s'être rendus coupables de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif de la société **SOC.1** s.à r.l. ;*

*en l'espèce d'avoir détourné ou dissimilé le véhicule Citroën C4, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à **X** sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit de cette cession,*

*d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Citroën Picasso, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession,*

*d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Peugeot 407, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession.*

II) 1) subsidiairement par rapport à la prévention libellée sub I)

au courant de novembre 2006 dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

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

en l'espèce, d'avoir, en tant que dirigeants responsables de la société **SOC.1** s. à r.l., de mauvaise foi et à des fins personnelles détourné au préjudice de cette société

- le véhicule Citroën C4, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à **X** sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession,

- le véhicule Citroën Picasso immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession,

- le véhicule Peugeot 407 immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession.

partant d'avoir fait des biens de cette société et des pouvoirs dont ils disposaient dans cette société un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ;

2) depuis le 1^{er} janvier 2005 au 29 janvier 2007, date du prononcé de la faillite, au siège de la société **SOC.1** s. à r.l. à L-(...), sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

principalement

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1** s. à r.l. les livres de commerce exigés par les articles 9 et suivants du Code de Commerce, de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article article 15 du Code de Commerce ;

subsidiairement

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive ;

3) depuis le 1^{er} janvier 2005, au siège de la société **SOC.1** s. à r.l. à L-(...), sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif de leur dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui leur seraient venus postérieurement ;

en l'espèce, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif figurant au bilan de clôture d'exercice social au 31 décembre 2004 de la société **SOC.1** s. à r.l. (actif immobilisé 24.071,22 euros, créances 62.914,90 euros, avoirs en banques 9.876,61 euros) ;

4) depuis un temps non-prescrit, mais au plus tard en septembre 2006, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

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

5) depuis la date du jugement déclaratif de faillite du 29 janvier 2007, en l'étude du curateur de faillite, Me Joëlle NICLOU, avocat demeurant à Luxembourg, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 574 5° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendus aux convocations qui leur ont été faites par le curateur ;

en l'espèce, ne pas s'être rendus aux convocations du curateur, Me Joëlle NICLOU, avocat demeurant à Luxembourg, qui leur ont été adressées au sujet de la faillite de la société **SOC.1** s. à r.l. ;

6) depuis le 1^{er} janvier 2005 au 29 janvier 2007 date du prononcé de la faillite, **SOC.1** s. à r.l. à L-(...), sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes

en infraction à l'article 163 2° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir établi chaque année pour la société **SOC.1** s. à r.l. l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes exigés par l'article 197 de cette loi et de ne pas avoir procédé à la publication de ces documents par dépôt au Registre de Commerce et des Sociétés.

Quant aux conditions de la banqueroute frauduleuse et de la banqueroute simple

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

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

a) la qualité de commerçant

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

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).

En effet, une société ne pouvant commettre des infractions, ce sont les personnes physiques par lesquelles elle agit qui sont, dans la réalité, les auteurs des infractions et qui doivent être poursuivies. Pour condamner l'organe de la société faillite, le juge n'a pas à constater, dans son chef, la qualité de commerçant failli (Cass. belge, 20.02.1956, Pas. b. 1956, I, p.633 ; Trib. Arr.lux., 02.12.1987, n°2022/87).

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.

Suivant extrait du Mémorial C n°118 du 9.2.2005, page 5661, la société **SOC.1** s.à r.l. avait été créée par changement de la raison sociale de la société **SOC.2** s.à r.l. (ci-après **SOC.2** s.à r.l.).

La société **SOC.2** s.à r.l. avait été créée en date du 4.02.1999 par changement de la dénomination de la société **SOC.3** s.à r.l., qui elle avait été constituée suivant acte notarié du 18 novembre 1994, publié au Mémorial C page 3725/95.

A la date du 4.02.1999, **Z** avait été nommé gérant de la **SOC.2** s.à r.l., avec le pouvoir d'engager valablement la société par sa seule signature.

Pour cette modification des statuts effectuée par devant notaire en date du 29.10.2004, les dénommés **Z**, **X** agissant tant en son nom personnel que pour le compte de **Z**, pour lequel il se portait fort et **Z** avaient comparu en tant qu'uniques associés de la société **SOC.2** s.à r.l.

A cette même date du 29.10.2004 et suite à la démission de Monsieur **Z**, **Y** fut nommé gérant de la société **SOC.1** s.à r.l. avec le pouvoir d'engager valablement la société par sa seule signature.

Aucune publication au Mémorial n'est intervenue quant à une démission de la part de **Y** comme gérant, de sorte qu'il devrait être considéré comme gérant jusqu'au jour de la déclaration en faillite de la société **SOC.1** s.à r.l., le 29. 01.2007.

Cependant, lors de son audition par la police française en date du 28.04.2008 à Thionville, suite à une demande d'entraide internationale du parquet de Luxembourg, **Y** a confirmé qu'il était le gérant technique de la société **SOC.1** s.à r.l., mais qu'il n'était pratiquement jamais au siège de cette société, mais toujours chez des clients.

Il a précisé que la société luxembourgeoise était en fait gérée par la société française **SOC.1** France sise à (...). Le gérant de **SOC.1** France était **X**. **Y** a encore expliqué qu'il ne s'est pas occupé de la comptabilité, qu'il ne se souvenait plus du nom du comptable et qu'il aurait du recevoir des parts de la société luxembourgeoise, sans jamais les recevoir cependant. Il a encore contesté avoir commis les infractions de banqueroute et d'abus de bien sociaux car il ne gérait rien.

A l'audience **Y** a maintenu qu'il s'occupait du volet technique et non pas de la gestion, qui était assurée par **X**. Il a maintenu qu'il était environ 7 mois par an à l'étranger, en Slovaquie, auprès de clients et qu'il n'avait pas de chantiers au Luxembourg.

Il a encore précisé qu'il ne se rendait au siège de la **SOC.1** s.à r.l. que pour préparer les chantiers et non pas pour la gestion de la société. Son travail consistait dans l'installation des automatismes et dans la programmation, la société travaillant en sous-traitance pour l'industrie automobile.

Il a encore rajouté qu'il était au courant des difficultés financières de la société puisqu'il avait compris que les rentrées d'argent ne suffisaient pas, mais qu'il ne savait rien de l'ampleur du passif, **X** s'occupant de la gestion.

Lors de son audition en date du 4.06.2008 auprès de la police française à Nancy suite à une demande d'entraide internationale du parquet de Luxembourg, **X** a maintenu que **Y** était le gérant de la société **SOC.1** s.à r.l. dont lui-même détenait 33 % des parts et qu'en tant qu'actionnaire il avait un droit de regard sur la gestion de la **SOC.1** Luxembourg.

Il a confirmé que **Y** n'était pas actionnaire de la société **SOC.1** s.à r.l. au Luxembourg. Il a encore confirmé que lui-même il était le gérant de plusieurs sociétés y compris de la société **SOC.1** en France, cette société ayant les mêmes actionnaires que la société **SOC.1** s.à r.l. au Luxembourg à savoir **X**, **Y** et **A**, pour rectifier ensuite et préciser que **Y** n'était pas actionnaire de la société luxembourgeoise, mais que c'était **Z**.

Maître Joëlle NICLOU en sa qualité de curateur de la faillite **SOC.1** s.à r.l. fait part dans son rapport d'activité du 28.01.2008 au parquet qu'un actionnaire, à savoir, **Z** avait signalé que **Y** était utilisé comme homme de paille par **X**.

Z a encore déclaré au curateur qu'**X** et **A** ne voulaient plus travailler au Luxembourg, mais utiliser la société luxembourgeoise **SOC.1** s.à r.l. pour y déclarer leurs salariés qui devaient réellement travailler en France pour les sociétés **SOC.4** et **SOC.1** France.

Par ailleurs, le curateur fait part au parquet dans son rapport, des déclarations de deux salariés de la société **SOC.1** s.à r.l., à savoir **B** et **C** que le vrai gérant serait **X**.

Ces salariés ont encore confirmé les dires d'**Z** en relation avec le travail en France. En fait la **SOC.1** France aurait payé à la **SOC.1** Luxembourg les montants du salaire des divers salariés pour que la **SOC.1** Luxembourg puisse les continuer à ses salariés.

D'après **Z**, aucun salarié de la **SOC.1** Luxembourg n'aurait effectivement travaillé sur le territoire luxembourgeois. Dans ce carrousel, seul le salaire net aurait souvent été payé par la société française à la société luxembourgeoise, les charges sociales restant cependant en souffrance, entraînant une accumulation des dettes auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale (ci-après CCSS) au Luxembourg.

Les copies des notes de frais de **Y**, qui d'après les statuts était pourtant le gérant pouvant engager seul la société sous sa signature, portent en bas de page la mention imprimée « Le responsable **X** ». Sur 7 de ces copies figure la seule signature d'**X** en dessous de cette mention, les autres copies ne portant pas de signature.

Au vu de ce qui précède le tribunal a acquis l'intime conviction que le véritable dirigeant de la société **SOC.1** s.à r.l. était **X** et que le gérant **Y** n'avait aucun pouvoir réel dans cette société.

En conséquence, **Y** n'avait dans la société **SOC.1** s.à r.l. aucune fonction de dirigeant responsable, fonction qui était assumée par **X**. Ce dernier doit dès lors assumer seul la responsabilité pénale pour le compte de la société **SOC.1** s.à r.l..

Y est dès lors à **acquitter** des infractions libellées à son encontre en sa qualité de dirigeant responsable de la société **SOC.1** s.à r.l., à savoir :

*comme auteur, coauteur ou complice ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable de la société **SOC.1** S.à r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement no. 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,*

*l) comme auteur, co-auteur ou complice ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable de la société à responsabilité limitée **SOC.1** s.à r.l., avec siège social à L-(...) déclarée en état de faillite suivant jugement n° 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale ;*

principalement

au courant du mois de novembre 2006, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

*en infraction à l'article 577 du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif de la société **SOC.1** s.à r.l. ;*

*en l'espèce d'avoir détourné ou dissimilé le véhicule Citroën C4, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à **X** sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit de cette cession,*

*d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Citroën Picasso, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession,*

*d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Peugeot 407, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession.*

II) 1) subsidiairement par rapport à la prévention libellée sub I)

au courant de novembre 2006 dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

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

en l'espèce, d'avoir, en tant que dirigeant responsable de la société **SOC.1** s. à r.l., de mauvaise foi et à des fins personnelles détourné au préjudice de cette société

- le véhicule Citroën C4, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à **X** sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession,

- le véhicule Citroën Picasso immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...)ans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession,

- le véhicule Peugeot 407 immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession.

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

2) depuis le 1^{er} janvier 2005 au 29 janvier 2007, date du prononcé de la faillite, au siège de la société **SOC.1** s. à r.l. à L-(...) sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

principalement

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1** s. à r.l. les livres de commerce exigés par les articles 9 et suivants du Code de Commerce, de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article article 15 du Code de Commerce ;

subsidiairement

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive ;

3) depuis le 1^{er} janvier 2005, au siège de la société **SOC.1** s. à r.l. à L-(...), sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif de leur dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement ;

*en l'espèce, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif figurant au bilan de clôture d'exercice social au 31 décembre 2004 de la société **SOC.1** s. à r.l. (actif immobilisé 24.071,22 euros, créances 62.914,90 euros, avoirs en banques 9.876,61 euros) ;*

4) depuis un temps non-prescrit, mais au plus tard en septembre 2006, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

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

5) depuis la date du jugement déclaratif de faillite du 29 janvier 2007, en l'étude du curateur de faillite, Me Joëlle NICLOU, avocat demeurant à Luxembourg, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 574 5° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par le curateur ;

*en l'espèce, ne pas s'être rendu aux convocations du curateur, Me Joëlle NICLOU, avocat demeurant à Luxembourg, qui lui ont été adressées au sujet de la faillite de la société **SOC.1** s. à r.l. ;*

*6) depuis le 1^{er} janvier 2005 au 29 janvier 2007 date du prononcé de la faillite, **SOC.1** s. à r.l. à L-(...), sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes*

*en infraction à l'article 163 2° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir établi chaque année pour la société **SOC.1** s. à r.l. l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes exigés par l'article 197 de cette loi et de ne pas avoir procédé à la publication de ces documents par dépôt au Registre de Commerce et des Sociétés.*

L'état de faillite

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 **SOC.1** s.à r.l. se trouve effectivement en état de faillite.

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

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

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

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).

En l'espèce, en faisant assigner en faillite la société **SOC.1** s.à.r.l., en date du 12 décembre 2006, le Centre Commun de la Sécurité Sociale n'accordait plus aucun délai de paiement à la société.

Le crédit de la société **SOC.1** s.à.r.l. était ébranlé, alors que le créancier qui l'a assignée en faillite, à savoir le Centre Commun de la Sécurité Sociale, ne lui a plus accordé de délai de paiement.

Par ailleurs, d'après le procès-verbal de carence dressé en date 27 septembre 2006 par l'huissier de justice chargé de l'exécution de la contrainte du Centre Commun de la Sécurité Sociale datée du 15.09.2006 et d'un montant de 30.549,67 euros, la valeur des biens saisissables trouvés par l'huissier de justice ne suffisait même pas à couvrir les frais d'une adjudication, de sorte qu'il y a ébranlement du crédit commercial.

Il résulte du rapport d'activité du curateur Maître Joëlle NICLOU du 28.01.2008 que la créance de l'Administration de l'Enregistrement s'élevait à 55.000 euros, la créance du Centre Commun de la Sécurité Sociale s'élevait à 61.860,21 euros et la créance des impôts directs à 18.640,91 euros.

Le curateur indiquant en définitive dans son rapport d'activité un passif approximatif de 116.655,28 euros et un actif de 1.479,61 euros.

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause ainsi que du rapport du curateur de la faillite, il faut constater que la société **SOC.1** s.à.r.l. est effectivement en état de faillite.

b) la date de la cessation des paiements

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

Dans le jugement de faillite du 29 janvier 2007, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 29 juillet 2006. Au vu des éléments du dossier répressif exposés ci-avant, il y a lieu de maintenir la date du 29 juillet 2006 comme date de la cessation de paiements.

I) Banqueroute frauduleuse par détournement ou dissimulation d'actif, subsidiairement abus de biens sociaux

A titre principal, il est reproché à **X** d'avoir :

*comme auteur, coauteur ou complice ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable de la société **SOC.1** S.à.r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement no. 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale*

principalement

au courant du mois de novembre 2006, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

*en infraction à l'article 577 du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de s'être rendus coupables de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif de la société **SOC.1** s.à.r.l. ;*

*en l'espèce d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Citroën C4, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à X sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit de cette cession,*

*d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Citroën Picasso, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession,*

*d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Peugeot 407, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession.*

II) 1) subsidiairement par rapport à la prévention libellée sub I)

au courant de novembre 2006 dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

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

*en l'espèce, d'avoir, en tant que dirigeant responsable de la société **SOC.1** s. à r.l., de mauvaise foi et à des fins personnelles détourné au préjudice de cette société*

*- le véhicule Citroën C4, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à X sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession,*

*- le véhicule Citroën Picasso immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession,*

*- le véhicule Peugeot 407 immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...) sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession.*

partant d'avoir fait des biens de cette société et des pouvoirs dont ils disposaient dans cette société un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles.

Il ressort des pièces du dossier et du rapport d'activité du curateur du 28.01.2008 que la société **SOC.1** s.à r.l. possédait trois voitures, à savoir :

*-une PEUGEOT 407 immatriculée (...)
date de première mise en circulation :12.10.2004,
date de mise hors circulation :13.11.2006.*

*-une CITROËN C4 immatriculée (...)
date de première mise en circulation :30.05.2005,
date de mise hors circulation :21.11.2006.*

*-une CITRËN Xara Picasso immatriculée (...),
date de première mise en circulation :30.05.2005*

date de mise hors circulation 21.11.2006.

Les trois déclarations de mises hors circulation ont été signées par **Y**.

Sur les déclarations en question figurent en tant que nouveau propriétaire de la CITROËN C4 immatriculée (...), **X**, en tant que nouveau propriétaire de la CITROËN Xara Picasso immatriculée (...), et en tant que nouveau propriétaire de la Peugeot 407, immatriculée (...), la **SOC.1** France, dont le gérant était **X**.

Lors de son audition en France par la police de Thionville en date du 28.04.2008, **Y** a déclaré en relation avec les certificats de vente des 3 véhicules, que c'était lui qui les avait faits et qu'il avait été amené par **X** pour ce faire « dans un centre près de l'aéroport de Luxembourg dans une zone. »

Lors de son audition en France, par la police de Nancy, en date du 4.09.2008, **X** a déclaré que les trois véhicules de la société **SOC.1** s.à r.l. ont été vendus, à savoir deux à la **SOC.1** FRANCE et une à lui-même. Il a encore précisé que le prix de vente de ces trois véhicules n'a jamais été payé « parce qu'on n'a jamais réussi à les payer. » Il a encore précisé qu'il ne restait pas d'actif au Luxembourg, à part les voitures.

X fait plaider à ce sujet qu'il avait été dans l'intérêt de la société **SOC.1** s.à r.l. de procéder à la vente des véhicules pour obtenir des liquidités, vu que la société connaissait à cette époque des problèmes de trésorerie.

Le tribunal ne saurait suivre cette argumentation, puisque qu'il aurait surtout été dans l'intérêt de la société de se faire payer immédiatement les actifs vendus, à supposer déjà que cette vente en soi était dans l'intérêt de la société.

A l'audience **X** a précisé qu'il avait finalement payé 8.000 euros pour l'achat de son véhicule, mais que la **SOC.1** France n'avait pas réglé le prix de vente à la société **SOC.1** s.à r.l..

Aux termes de l'article 577 du Code de commerce, sera déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui a détourné ou dissimulé une partie de son actif.

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

Deux éléments constitutifs composent la banqueroute frauduleuse, à savoir :

- un élément matériel – acte de détournement ou de dissimulation d'une partie de l'actif

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

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

- un élément moral – une intention dolosive caractérisée

L'élément moral de l'infraction de banqueroute frauduleuse, le dol spécial, consiste dans le fait de soustraire volontairement une partie de l'actif de la société au gage des créanciers.

Le détournement et la dissimulation font, en fait, présumer l'intention frauduleuse (J. SPREUTELS, La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse, n° 32, p. 439 K). De même, l'intention frauduleuse peut être déduite légalement de la circonstance que le désordre dans la comptabilité et dans les comptes annuels d'un commerce était si considérable qu'il ne peut avoir été causé que volontairement pour

donner lieu à des faits constituant la prévention de banqueroute frauduleuse (Cass., 28.4.1981, I, p. 984).

Il est établi que les trois véhicules, constituant le seul actif disponible de la société **SOC.1** s.à r.l. à cette époque, ont été vendus environ deux mois avant le jugement de faillite, donc pendant la période de cessation de paiements et que seul le véhicule acheté par **X** a finalement été payé au curateur, après la faillite.

Le détournement est dès lors intervenu à l'époque de la cessation de paiements, l'infraction de banqueroute frauduleuse est en conséquence établie.

II) Banqueroute simple

Quant au fait de banqueroute simple par la non tenue des livres de commerce prescrits par le Code de commerce

Il est reproché à **X** d'avoir

*comme auteur, coauteur ou complice ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable de la société **SOC.1** S.à r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement no. 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale*

*2) depuis le 1^{er} janvier 2005 au 29 janvier 2007, date du prononcé de la faillite, au siège de la société **SOC.1** s. à r.l. à L-(...), sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;*

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

principalement

*en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1** s. à r.l. les livres de commerce exigés par les articles 9 et suivants du Code de Commerce, de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de Commerce ;*

subsidiairement

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive.

Maître Joëlle NICLOU en sa qualité de curateur indique dans son rapport d'activité du 28.01.2008 ainsi qu'à l'audience publique du 27.10.2009 que la comptabilité a été tenue jusqu'en 2004, alors que l'activité réelle sur le territoire luxembourgeois de la société **SOC.1** s.à r.l. aurait été arrêtée en 2001/2002.

Lors de son audition en France en date du 4.09.2008, **X** a déclaré à la police de Nancy que les livres comptables devaient se trouver chez le comptable **D** et que lui-même il devait en posséder une petite partie, quelques classeurs.

En relation avec l'absence de publication de comptes depuis 2004, **X** a déclaré qu'il avait des classeurs, mais que « les comptes n'ont peut-être pas publiés aux administrations. »

Il y a lieu de retenir que depuis 2004 la société **SOC.1** s.à r.l. n'a pas tenu de comptabilité en bonne et due forme conformément à l'article 9 du Code de commerce et n'a pas tenu l'inventaire exigé par les dispositions de l'article 15 du même code.

Il faut remarquer que l'article 574 alinéa 6 du Code de commerce dispose que pourra être déclaré banqueroutier simple, tout commerçant qui n'a pas tenu une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue de ses activités.

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 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 574 al.6 du Code de commerce.

Quant à l'absence de justification de l'existence ou de l'emploi de l'actif de leur dernier inventaire

Il est reproché à **X** d'avoir :

*comme auteur, coauteur ou complice ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable de la société **SOC.1** S.à r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement no. 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,*

*3) depuis le 1^{er} janvier 2005, au siège de la société **SOC.1** s. à r.l. à L-(...), rue de l'Industrie, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;*

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif de leur dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui leur seraient venus postérieurement ;

*en l'espèce, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif figurant au bilan de clôture d'exercice social au 31 décembre 2004 de la société **SOC.1** s. à r.l. (actif immobilisé 24.071,22 euros, créances 62.914,90 euros, avoirs en banques 9.876,61 euros).*

Le tribunal retient qu'il n'existe aucune pièce dans le dossier pénal qui permettrait de déterminer le devenir des trois postes comptables libellés à la citation sub 3), à savoir de l'actif immobilisé d'un montant de 24.071,22 euros, des créances pour un montant de 62.914,90 euros et des avoirs en banque de 9.876,61 euros.

Dans son rapport d'activité du 28.01.2008 le curateur reprend au poste de l'actif réalisé un montant de 1.476,61 euros provenant d'un reliquat de comptes en banque en France et au Luxembourg.

A l'audience du 27.10.2009 le curateur n'a pas pu fournir de nouvelles informations en relation avec le devenir de ces postes comptables.

X n'a pas pu fournir une quelconque explication ou pièce en relation avec ces postes comptables. Il a cru savoir que l'actif immobilisé d'un montant de 24.071,22 euros correspondrait aux trois véhicules de la société.

Quant à l'omission de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal

Il est reproché à **X** d'avoir :

*comme auteur, coauteur ou complice ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable de la société **SOC.1** S.à r.l., avec siège social à L-(...), , déclarée en état de faillite*

suivant jugement no. 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale

4) depuis un temps non-prescrit, mais au plus tard en septembre 2006, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

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

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

L'omission de l'aveu de cessation des paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour d'appel lux. 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibérée ou le résultat d'une simple négligence (en ce sens Cour 12 juillet 1994, n° 270/94).

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

Lors de son audition en France en date du 4.09.2008, **X** a déclaré à la police de Nancy, qu'il n'avait pas fait l'aveu de la cessation des paiements dans le mois parce qu'il ne savait pas comment cela marchait.

Par ailleurs il a encore déclaré en relation avec les charges impayées de 50.000 euros que « quand on ne peut plus rien faire, on laisse filer ».

En l'espèce, il est établi que le prévenu **X** en sa qualité de dirigeant responsable de la société **SOC.1** s.à r.l., a négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu.

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

Quant à la non réponse aux convocations du curateur

Il est reproché à **X** d'avoir

*comme auteur, coauteur ou complice ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable de la société **SOC.1** S.à r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement no. 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale*

5) depuis la date du jugement déclaratif de faillite du 29 janvier 2007, en l'étude du curateur de faillite, Me Joëlle NICLOU, avocat demeurant à Luxembourg, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ;

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 574 5° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendus aux convocations qui leur ont été faites par le curateur ;

en l'espèce, ne pas s'être rendus aux convocations du curateur, Me Joëlle NICLOU, avocat demeurant à Luxembourg, qui leur ont été adressées au sujet de la faillite de la société SOC.1 s. à r.l..

Il ressort du rapport du curateur du 28.01.2008 qu'**X** a été convoqué par le curateur par courrier adressé à son nom à l'adresse de la société **SOC.1** France. La convocation n'a pas été retournée au curateur, mais aucune personne ne s'est manifestée auprès de lui.

Lors de son audition en France en date du 4.09.2008, **X** a déclaré à la police de Nancy « bah, parce que moi je n'étais pas le gérant. J'avais d'autres soucis à ce moment là ». Interrogé une nouvelle fois sur le fait de ne pas avoir répondu à la convocation du curateur, **X** a déclaré qu'il « n'avait jamais reçu de courrier du curateur. »

Lorsque la police lui a signalé une discordance entre ses deux réponses, **X** a répondu « je n'avais pas compris votre formulation »

A l'audience du 27.10.2009, **X** a confirmé qu'il n'avait pas répondu au curateur parce qu'à l'époque il avait d'autres soucis.

Le tribunal retient dès lors qu'**X** ne s'est pas rendu aux convocations faites par le curateur, si bien que le fait de banqueroute simple mis à sa charge est à retenir dans son chef.

Quant au non-établissement annuel de l'inventaire, du bilan et du compte de profits et pertes.

Il est reproché à **X** d'avoir

comme auteur, coauteur ou complice ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable de la société SOC.1 S.à r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement no. 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale

6) depuis le 1^{er} janvier 2005 au 29 janvier 2007 date du prononcé de la faillite, SOC.1 s. à r.l. à L-(...), sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes,

en infraction à l'article 163 2° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir établi chaque année pour la société SOC.1 s. à r.l. l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes exigés par l'article 197 de cette loi et de ne pas avoir procédé à la publication de ces documents par dépôt au Registre de Commerce et des Sociétés.

Il ressort du rapport d'activité du curateur du 28.01.2008 que la comptabilité a été faite jusqu'en 2004, alors que l'activité réelle sur le territoire luxembourgeois aurait été arrêtée en 2001/2002.

Le curateur a expliqué à l'audience du 27.10.2009 que le dernier bilan est celui de l'année 2004, que pour 2006 il y avait des factures, pour 2005 une balance provisoire, mais rien de définitif.

X n'a pas pu fournir la comptabilité en relation avec les années 2005 et 2006.

Il résulte des développements qui précèdent que le prévenu **X** est **convaincu** des infractions suivantes, à savoir :

comme auteur, ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable de la société SOC.1 S.à r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement no. 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale

l) comme auteur, ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant responsable de la société à responsabilité limitée SOC.1 s.à r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état

de faillite suivant jugement n° 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale ;

au courant du mois de novembre 2006, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 577 du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif de la société SOC.1 s.à r.l. ;

en l'espèce d'avoir détourné ou dissimilé le véhicule Citroën C4, immatriculé (...) (L), appartenant à la société SOC.1 s.à r.l., cédé en novembre 2006 à X sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit de cette cession,

d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Citroën Picasso, immatriculé (...) (L), appartenant à la société SOC.1 s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français SOC.1 avec siège à F-(...)sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession,

d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Peugeot 407, immatriculé (...) (L), appartenant à la société SOC.1 s.à r.l., cédé en novembre 2006 à la société de droit français SOC.1 avec siège à F-(...)sans paiement du prix de vente, sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession ;

II)

2) depuis le 1^{er} janvier 2005 au 29 janvier 2007, date du prononcé de la faillite, au siège de la société SOC.1 s. à r.l. à L-(...),

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir tenu pour la société SOC.1 s. à r.l. les livres de commerce exigés par les articles 9 et suivants du Code de Commerce, de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article article 15 du Code de Commerce ;

3) depuis le 1^{er} janvier 2005, au siège de la société SOC.1 s. à r.l. à L-(...),

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif de leur dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement ;

en l'espèce, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif figurant au bilan de clôture d'exercice social au 31 décembre 2004 de la société SOC.1 s. à r.l. (actif immobilisé 24.071,22 euros, créances 62.914,90 euros, avoirs en banques 9.876,61 euros) ;

4) depuis un temps non-prescrit, mais au plus tard en septembre 2006, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

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

5) depuis la date du jugement déclaratif de faillite du 29 janvier 2007, en l'étude du curateur de faillite, Me Joëlle NICLOU, avocat demeurant à Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 574 5° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par le curateur ;

en l'espèce, ne pas s'être rendu aux convocations du curateur, Me Joëlle NICLOU, avocat demeurant à Luxembourg, qui lui ont été adressées au sujet de la faillite de la société SOC.1 s. à r.l. ;

6) depuis le 1^{er} janvier 2005 au 29 janvier 2007 date du prononcé de la faillite, SOC.1 s. à r.l. à L-(...),

en infraction à l'article 163 2° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir établi chaque année pour la société SOC.1 s. à r.l. l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes exigés par l'article 197 de cette loi et de ne pas avoir procédé à la publication de ces documents par dépôt au Registre de Commerce et des Sociétés.

Quant à la peine à prononcer

L'infraction établie sub II)3) constitue un cas de banqueroute simple obligatoire.

Le prévenu encourt partant la sanction prévue par la loi pour ce cas de banqueroute ainsi que pour les deux cas de banqueroute simple facultative retenus.

Entre plusieurs faits de banqueroute simple 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).

Ainsi les préventions de banqueroute simple, retenues sub II) 2),3),4) et 5) de la citation ne constituent qu'une seule infraction, laquelle se trouve en concours réel avec les préventions retenues contre X sub I) et sub II) 6), de sorte qu'il y a lieu d'appliquer l'article 60 du Code pénal.

Eu égard à la gravité des faits et à la circonstance que les infractions retenues à charge de X sont le fruit d'une volonté d'utiliser la société **SOC.1** s.à r.l. pour y déclarer les salariés qui en fait travaillaient en France pour les sociétés **SOC.4** et **SOC.1** France, ceci pour des raisons économiques, les salaires étant en fait payés par les sociétés françaises alors que les cotisations sociales auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale accumulaient des retards, ainsi que d'un manque de diligence de sa part, ce qui n'enlève pourtant rien à la gravité du trouble causé à l'ordre public, il y a lieu de condamner X à un emprisonnement de **24 mois** .

Le prévenu n'ayant pas encore subi de peine excluant le sursis à l'exécution de la peine d'emprisonnement, il y a lieu de lui accorder la faveur du **sursis intégral** quant à cette peine d'emprisonnement.

Il y a encore lieu d'ordonner que le présent jugement soit affiché en la salle d'audience du tribunal de Commerce de et à Luxembourg et qu'il y reste exposé pendant la durée de trois mois et qu'il soit inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt.

AU CIVIL

A l'audience publique du 27.10.2009, Maître Joëlle NICLOU, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, curateur de la société **SOC.1** s.à r.l., se constitua partie civile au nom et pour le compte de la société **SOC.1** s.à r.l., déclarée en état de faillite, contre les prévenus X et Y.

Cette partie civile déposée sur le bureau du tribunal correctionnel de Luxembourg est conçue comme suit: (cf en annexe).

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

Eu égard à la décision d'acquiescement à intervenir au pénal à l'égard de **Y**, le tribunal est incompétent pour connaître de la demande civile dirigée à son encontre.

Le tribunal est cependant compétent pour statuer sur la demande civile à l'encontre de **X**.

La demande civile est recevable pour avoir été faite dans les formes et délais de la loi.

Le curateur réclame l'attribution d'un montant de

*« 96.862,73 Euro, renseigné à titre d'actif dans le bilan de 2004, sinon le montant de 41.929,07 Euro (27.245,48 Euro avoirs en banque et 6.054,42 Euro compte courant associé et le prélèvement de 8.629,17 Euro), sinon le montant de 14.683,59 Euro (virement de 8.629,17 Euro et dette en compte courant de 6.054,42 Euro), sinon le montant de 8.629,17 Euro correspondant au prélèvement effectué par le sieur **X** le 2 décembre 2005, sinon 6.054,42 Euro ou à tout autre montant à apprécier ex æquo et bono sur base de la dette de compte courant associé, à titre de préjudice subi par la masse de la faillite par les fautes de gestion du sieur **X** lesquelles sont en relation causale directe avec les infractions reprochées au prévenu, avec les intérêts légaux à partir du jour des faits poursuivis jusqu'à solde. »*

Au vu de l'ensemble des éléments du dossier, des explications du curateur et des déclarations des prévenus et plus particulièrement du bilan de clôture au 31.12.2004, le tribunal estime ex æquo et bono que les montants revendiqués par le demandeur au civil sont fondés à hauteur de **24.071,22** euros au titre de l'actif immobilisé + **9.876,61** euros au titre des avoirs en banque + **62.914,90** euros au titre des créances ; soient **96.862,73** euros. De ce montant il convient de déduire les **8.000** euros payées par **X** pour le véhicule CITROËN C4 et les **1.476,61** euros récupérés par le curateur sur des comptes en banque au Luxembourg et en France, soient **9.476,61** euros.

Le solde redû par le défendeur au civil s'élève dès lors à $96.862,73 - 9.476,61 = 87.386,12$ euros.

Il y a dès lors lieu de condamner **X** à payer Maître Joëlle NICLOU, avocat à la Cour, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.1 S.à r.l.**, le montant de **87.386,12 euros** avec les intérêts légaux à partir du 29 janvier 2007, date du jugement de faillite, jusqu'à solde.

PAR CES MOTIFS :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **septième chambre**, siégeant en **matière correctionnelle**, statuant **contradictoirement**, les prévenus et défendeurs au civils et leurs mandataires entendus en leurs explications et moyens de défense, la demanderesse au civil entendue en ses conclusions, et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

AU PENAL

a c q u i t t e le prévenu **Y** des infractions non établies à sa charge et le renvoie des fins de sa poursuite pénale sans peine ni dépens;

l a i s s e les frais de sa poursuite pénale à charge de l'Etat;

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 **vingt-quatre (24) mois**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 20,03 euros;

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

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

o r d o n n e que le présent jugement sera **affiché** en la salle d'audience du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, où il restera exposé pendant trois mois et sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais d'**X** ;

AU CIVIL

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

se d é c l a r e i n c o m p é t e n t pour connaître de la demande en tant qu'elle est dirigée à l'encontre de **Y** ;

se d é c l a r e c o m p é t e n t pour connaître de la demande en tant qu'elle est dirigée à l'encontre d'**X** ;

d é c l a r e la demande **recevable**;

f i x e ex æquo et bono à **87.386,12 (QUATRE-VINGT-SEPT MILLE TROIS CENT QUATRE-VINGT-SIX VIRGULE DOUZE) euros** l'indemnisation redue du chef du préjudice subi par la société **SOC.1** s.à.r.l.;

c o n d a m n e **X** à payer à la société **SOC.1 s.à.r.l.** la somme de **87.386,12 (QUATRE-VINGT-SEPT MILLE TROIS CENT QUATRE-VINGT-SIX VIRGULE DOUZE) euros**, avec les intérêts légaux à partir du 29 janvier 2007, date du jugement de faillite, jusqu'à solde;

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

Par application des articles 14, 15, 16, 60, 66 et 489 du Code pénal; articles 3, 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 626, 628 et 628-1 du Code d'instruction criminelle; articles 9, 440, 574 et 583 du Code de commerce ainsi que de l'article 163-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Alexandra HUBERTY, vice-président, Paul VOUEL, premier juge, et Patrice HOFFMANN, juge, et prononcé en présence de Tania NEY, substitut du Procureur d'Etat, en l'audience publique dudit tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, date qu'en tête, par Madame

le vice-président, assistée du greffier Marion FUSENIG, 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 2 décembre 2009 par le représentant du Ministère Public, appel limité au prévenu **Y**, le 16 décembre 2009 au pénal et au civil par le mandataire du prévenu et défendeur au civil **X** et par le représentant du Ministère Public, appel général, et le 18 décembre 2009 au civil par Maître Joëlle NICLOU, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.1** s. à r.l..

En vertu de ces appels et par citation du 29 mars 2010, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 15 juin 2010 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience les prévenus et défendeurs au civil furent entendus en leurs explications et moyens de défense.

Monsieur l'avocat général Jean ENGELS, assumant les fonctions de Ministère Public, fut entendu en son réquisitoire.

Maître Joëlle NICLOU, avocat à la Cour, fut entendue en ses déclarations.

Maître Alexandra CORRE, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu et défendeur au civil **X**.

Maître Emilie MELLINGER, en remplacement de Maître Antoine STOLTZ, avocats à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense du prévenu et défendeur au civil **Y**.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 13 juillet 2010, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 2 décembre 2009, le Procureur d'Etat a relevé appel, limité au prévenu **Y**, contre un jugement contradictoirement rendu le 19 novembre 2009 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, et dont la motivation et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration au même greffe en date du 16 décembre 2009, **X** a relevé appel au pénal et au civil contre le jugement précité.

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 16 décembre 2009, le Procureur d'Etat a relevé appel général contre le précité jugement. Dans la mesure où le prévenu **Y** se trouve déjà intimé par l'appel du ministère public interjeté le 2 décembre 2009, l'appel du ministère public du 16 décembre 2009 ne tend qu'à étendre l'effet dévolutif de l'appel, en intimant également le prévenu **X**.

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 18 décembre 2009, Maître Joëlle NICLOU, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.1** s. à r.l., a relevé appel au civil du jugement précité.

Ces appels sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délai de la loi.

Au pénal

Par son appel du 2 décembre 2009, le ministère public fait grief aux premiers juges d'avoir acquitté le prévenu **Y** des préventions libellées à son encontre, au motif que ce prévenu n'aurait exercé aucune fonction de dirigeant responsable dans la société **SOC.1** s. à r.l., alors pourtant que le prévenu **Y** aurait été le dirigeant de droit de la société. Le ministère public fait encore valoir que le prévenu **Y** aurait posé des actes de gestion en fait, alors que c'est lui qui a signé auprès de la Société Nationale de Contrôle Technique pour compte de **SOC.1** s. à r.l. les déclarations de mise hors circulation des véhicules de la société **SOC.1** s. à r.l. en vue de leur cession à **SOC.1** France et à **X**.

Le représentant du ministère public requiert de retenir les deux prévenus, **Y** en tant que gérant de la société, **X** en tant que dirigeant de fait de la société, dans les liens des préventions d'infractions aux articles 574, 6°, 574, 5° et 577 du Code de commerce. En tout état de cause, le prévenu **Y** devrait être retenu dans les liens de la prévention de banqueroute frauduleuse visée à l'article 577 du Code de commerce, sa participation criminelle à cette prévention, en tant que coauteur ou complice du prévenu **X**, étant en l'espèce établie. S'agissant des préventions d'infractions aux articles 574, 4° du Code de commerce et 163,

2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, seul le gérant, c'est-à-dire **Y**, serait à retenir dans les liens de ces préventions. Pour ce qui est finalement de la prévention d'infraction à l'article 573,4° du Code de commerce, l'obligation de justifier de l'existence et de l'emploi des éléments d'actif incomberait au dirigeant de droit comme au dirigeant de fait. Il incomberait aux deux prévenus d'établir ce qui est advenu de l'actif. Le prévenu **X** produirait certes des pièces permettant de retracer pour partie l'origine d'éléments d'actif, mais ces pièces ne justifieraient pas de leur destination. Le représentant du ministère public se rapporte en définitive à la sagesse de la Cour d'appel pour ce qui est de cette prévention.

Le prévenu **Y** demande la confirmation de la décision rendue à son encontre. Il explique qu'il a accepté la nomination en tant que gérant de la **SOC.1** s. à r.l., parce qu'il était prévu qu'il devienne associé de la société. Comme ce projet d'association ne s'est cependant pas réalisé, le prévenu explique qu'il ne se serait pas occupé de **SOC.1** s. à r.l.. Il aurait été salarié de **SOC.1** s. à r.l. et se serait en conséquence limité à son travail ; ainsi, après avoir fini les missions lui dévolues en tant que salarié de **SOC.1** s.à.r.l. en France, il serait parti travailler en Slovénie, où il aurait passé en tout près de 9 mois à la réalisation d'un projet pour lequel **SOC.1** s. à r.l. était sous-traitant d'une grande société allemande. Il renvoie à ses notes de frais pour établir la réalité de ses affirmations.

En fait, **SOC.1** s. à r.l. aurait été gérée depuis la France. Il n'y aurait eu aucun document comptable à (...). Ses notes de frais il les aurait envoyées à la secrétaire qui travaillait en France.

La défense d'en conclure que le prévenu **Y**, tout en étant le gérant de la société **SOC.1** s.à r.l., était en fait sous la subordination totale d'**X**, et que les premiers juges auraient en conséquence fait une juste appréciation des faits de la cause.

Pour ce qui est du défaut de se rendre à la convocation du curateur, le prévenu **Y** explique que les courriers ont bien été envoyés à l'adresse à laquelle il était déclaré. Toutefois il n'y aurait plus habité en fait depuis longtemps, de sorte qu'il n'aurait matériellement pas été touché.

La défense du prévenu **Y** conclut encore à l'acquittement du prévenu de la prévention de banqueroute frauduleuse libellée à son encontre, alors qu'il n'aurait eu aucune initiative dans la vente des 3 véhicules ayant appartenu à **SOC.1** s. à r.l., son intervention s'étant limitée à signer les documents réclamés par la Société Nationale de Contrôle Technique pour la mise hors circulation des véhicules.

Le prévenu **X** fait grief aux premiers juges d'avoir considéré qu'il était le seul responsable de la société. Il n'aurait fait que remplacer le prévenu **Y**, durant les absences de ce dernier, et, à ce titre, il aurait assuré la comptabilité de la société.

Le prévenu **X** conteste la prévention de banqueroute frauduleuse retenue à son encontre. Il conteste encore les préventions d'infraction à l'article 574,6° du Code de commerce (non tenue d'une comptabilité), et à l'article 573, 4° du même code (défaut de justifier de l'existence ou de l'emploi de l'actif). Concernant cette dernière prévention, le prévenu **X** verse toute une série de pièces qui permettraient de retracer ce qui est advenu des différents postes d'actif. En ce qui concerne la prévention d'infraction à l'article 574, 4° du Code

de commerce (défaut de l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal), le prévenu **X** conteste avoir agi fautivement. Finalement, en ce qui concerne la prévention d'infraction à l'article 574, 5° du Code de commerce (défaut de se rendre aux convocations du curateur), le prévenu déclare avoir commis une erreur en ne se rendant pas à la convocation du curateur, tandis que son défenseur, en réitérant les moyens développés en première instance dans le cadre de la note de plaidoiries également réitérée en instance d'appel, conclut à voir déclarer cette prévention non établie, le prévenu ayant rencontré une fois le curateur.

C'est à bon droit et pour les motifs que la Cour d'appel adopte, que les premiers juges ont retenu que la société à responsabilité limitée **SOC.1** se trouvait en état de faillite et qu'ils ont fixé la date de la cessation des paiements au 29 juillet 2006.

C'est à tort que les premiers juges ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de retenir la responsabilité pénale de **Y** à raison des infractions liées à la faillite de la société **SOC.1** s. à r.l..

Il résulte du dossier répressif que le prévenu **Y** a été nommé le 29 octobre 2004 gérant de la société **SOC.1** s. à r.l.. Il résulte des déclarations du prévenu **Y** lui-même que cette nomination n'était pas purement factice, mais s'inscrivait dans un projet réel d'association du prévenu **Y**. Le prévenu **Y** avait dès lors, de par sa nomination aux fonctions sociales de gérant, un pouvoir réel de gestion de la société **SOC.1** s. à r.l.. S'il n'a pas exercé par la suite, en conséquence apparemment des déboires de son projet d'association, les fonctions de gérant, ce fait n'est pas de nature à le dégager de sa responsabilité pénale. S'il ne voulait plus occuper les fonctions de gérant, il lui aurait appartenu de démissionner de ces fonctions, ce que le prévenu **Y** n'a cependant pas fait.

Les affirmations du prévenu **Y** qu'il aurait été sous une totale dépendance d'**X** sont dénuées de tout fondement objectif. Le prévenu **Y** était le dirigeant de droit de la société, **X** n'ayant aucun pouvoir d'engager juridiquement la société. Les affirmations du prévenu **Y** manquent également de fondement en fait. En admettant que le prévenu **Y** se soit plié en tous points à la volonté d'**X**, cela ne le dégage pas de sa responsabilité pénale en tant que dirigeant de droit de la société, alors qu'il faudrait déjà qu'il fournisse des éléments desquels résulterait qu'il n'a pas pu faire autrement. Or de tels éléments font défaut en l'espèce, la seule circonstance qu'il eût été salarié de **SOC.1** étant insuffisante pour admettre qu'il n'avait d'autre choix que d'abandonner la gestion de la société à **X**.

C'est également en vain que le prévenu **X** tente de se dérober à sa responsabilité pénale en argumentant que le responsable serait **Y**, qu'il n'aurait fait que remplacer lors de ses déplacements à l'étranger. Il résulte au contraire des pièces au dossier, que le prévenu **X** exerçait une activité positive et indépendante de gestion de la société **SOC.1** s. à r.l.. Il importe peu que cette activité ait été développée au su ou à l'insu des dirigeants de droit. Cette activité était non pas ponctuelle, mais continue, ainsi que le corroborent d'ailleurs les propres pièces du prévenu (extraits de compte courant ING, portant la mention « c/o **X** », correspondance du comptable **D** au sujet des documents comptables de **SOC.1** s. à r.l., adressée à **X**). S'y ajoutent les pièces au dossier auxquels ont renvoyé les premiers juges. Le prévenu **X** était donc bien dirigeant de fait de la société **SOC.1** s. à r.l. et à ce titre les premiers

juges ont à bon droit retenu qu'il devait répondre pénalement des infractions liées à la faillite de **SOC.1** s. à r.l..

a) prévention de banqueroute frauduleuse

L'infraction de banqueroute frauduleuse visée à l'article 577 du Code de commerce consiste à détourner une partie de l'actif sans substitution d'une contrevaletur. Tel est le cas pour la vente des trois véhicules ayant appartenu à **SOC.1** s. à r.l.. Il résulte des déclarations mêmes du prévenu **X** que cette cession s'est faite sans substitution d'une contrevaletur, les véhicules vendus à **SOC.1** France n'ayant jamais été payés, le véhicule vendu au prévenu **X** ayant finalement été réglé au curateur de la faillite **SOC.1** s. à r.l., cette dernière circonstance ne faisant que confirmer qu'il n'était jamais dans l'intention des acquéreurs de payer le prix d'acquisition de ces véhicules.

X a organisé cette cession. Sa participation criminelle est dès lors acquise.

La mauvaise foi du prévenu **X** est également manifeste, alors qu'il savait qu'il s'agissait des seuls éléments d'actif qui restaient à **SOC.1** s. à r.l.

Le prévenu **Y** conteste en vain sa participation criminelle à cette infraction. Il a signé les déclarations de mise hors circulation, en parfaite connaissance de ce que les nouveaux propriétaires seraient respectivement **X** et **SOC.1** France dont **X** était le gérant. Il ne saurait donc argumenter qu'il ignorait tout des cessions sous-jacentes à ces mises hors circulation. Il ne saurait pareillement argumenter avoir été dans l'ignorance si le prix avait ou non été payé. Ce soi-disant désintéret du sort d'éléments d'actifs de la société – alors qu'il reconnaît qu'il n'ignorait pas que la société avait des difficultés ; ainsi le paiement de ses notes de frais aurait pris du retard les derniers mois -, ne s'explique que par l'intention frauduleuse du prévenu **Y** qui a coopéré directement avec **X** au détournement de ces éléments d'actifs. Il est significatif de constater que c'est justement à cette occasion que le prévenu **Y** s'est souvenu de ce qu'il était dirigeant de droit de la société **SOC.1** s. à r.l., et que sa signature était en conséquence indispensable, et qu'il a accepté de se faire conduire par **X** jusqu'à la station de contrôle technique pour y apposer sa signature sur les documents en question. Il y a donc lieu de retenir le prévenu **Y** dans les liens de la prévention :

*« comme auteur, ayant coopéré directement à l'exécution de l'infraction en sa qualité de gérant de la société **SOC.1** s. à r.l., avec siège social à (...), déclarée en état de faillite suivant jugement n ° 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,*

au courant du mois de novembre 2006, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

*en infraction à l'article 577 du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif de la société **SOC.1** s. à r.l.,*

*en l'espèce d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Citroën C4, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s. à r.l. cédé en novembre 2006 à **X** sans paiement du prix de vente,*

*d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Citroën Picasso, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s. à r.l. cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...), sans paiement du prix de vente,*

*d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Peugeot 407, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC.1** s. à r.l. cédé en novembre 2006 à la société de droit français **SOC.1** avec siège à F-(...), sans paiement du prix de vente ».*

Comme il est établi en cause que la cession des véhicules s'est faite sans contrepartie, il y a lieu de biffer à chaque fois dans le libellé de la prévention sous I retenue à charge d'**X** le bout de phrase « *sinon d'avoir détourné le produit résultant de cette cession* ».

b) préventions de banqueroute simple

La Cour d'appel suit le réquisitoire du représentant du ministère public comme quoi seul le dirigeant de droit peut être rendu pénalement responsable du défaut de faire l'aveu de la cessation de paiements dans le délai légal, seul le dirigeant de droit étant habilité à faire cet aveu.

Il y a en conséquence lieu d'acquitter le prévenu **X** de la prévention d'infraction à l'article 574,4° du Code de commerce. Le prévenu **Y** est par contre à retenir dans les liens de ladite prévention. Ce dernier ne saurait se disculper en arguant du fait qu'il ne s'est pas autrement occupé de la société. De plus, le prévenu **Y** a reconnu qu'il n'ignorait pas que la société était en difficultés les derniers mois, a qui aurait dû l'amener à vérifier l'état de la société et à faire l'aveu de la cessation des paiements. Le prévenu **Y** est dès lors convaincu:

*« comme auteur, ayant lui-même exécuté l'infraction, en sa qualité de dirigeant de droit de la société **SOC.1** s. à r.l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement n° 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,*

depuis un temps non prescrit, mais au plus tard le 29 août 2006, au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour:

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

La prévention d'infraction à l'article 574, 6° du Code de commerce a, à bon droit, été retenue à l'encontre du prévenu **X**, et elle est également à retenir à l'encontre du prévenu **Y**. C'est en vain que le prévenu **X** fait valoir qu'il y aurait eu une comptabilité en bonne et due forme, et que les documents comptables pour l'année 2005 étaient sur le point d'être finalisés. Il résulte en effet du rapport d'activité du curateur que celui-ci n'a pu obtenir la comptabilité que pour les années 1999 à 2004, de sorte qu'une comptabilité en bonne et due forme fait défaut à partir du 1^{er} janvier 2005. De plus, la prévention d'infraction à l'article 574, 6° serait donnée, même s'il y avait encore eu un semblant de

comptabilité. En effet, le prédit article sanctionne également le fait de ne pas tenir de comptabilité complète, hypothèse en tout état de cause donnée en l'espèce, ni le prévenu **X** ni le prévenu **Y** n'étant à même de produire des livres de commerce et un inventaire renseignant de manière complète et exacte sur la situation de la société à partir du 1^{er} janvier 2005. La Cour d'appel relève à ce sujet encore que selon les propres déclarations du prévenu **Y**, aucun document comptable n'était tenu à (...). En tant que dirigeant de droit et en tant que dirigeant de fait de la société **SOC.1** s. à r.l., les deux prévenus ne sauraient se disculper en arguant qu'une secrétaire ou un comptable externe étaient en charge de la comptabilité, l'obligation de veiller en tout état de cause à la bonne tenue des livres de commerce leur incombant. C'est dès lors à bon droit que la prévention à l'article 574, 6° a été retenue à l'encontre du prévenu **X**. Elle est également à retenir contre le prévenu **Y** qui se trouve partant convaincu:

*« comme auteur, ayant lui-même exécuté l'infraction, en sa qualité de dirigeant de droit de la société **SOC.1** s. à r. l., avec siège social à L-3895 (...), déclarée en état de faillite suivant jugement n° 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,*

*depuis le 1^{er} janvier 2005 au 29 janvier 2007, date du prononcé de la faillite, au siège de la société **SOC.1** s. à r.l. à L-3895 (...), sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes,*

s'être rendu coupable de banqueroute simple pour:

*en infraction à l'article 574, 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1** s.à.r.l. les livres de commerce exigés par les articles 9 et suivants du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de commerce ».*

La prévention d'infraction à l'article 574, 5° du Code de commerce est encore à retenir à l'encontre du prévenu **Y**. La convocation du curateur lui a été adressée par lettre recommandée du 30 janvier 2007 et par lettre simple du 22 février 2007 à son adresse officielle, et même s'il n'a pas été touché en temps utile, n'habitant de fait plus à cette adresse, il a cependant récupéré son courrier, et il lui aurait appartenu pour le moins de contacter le curateur, ce qu'il n'a pas fait, sans autre explication d'ailleurs.

Le prévenu **Y** est partant convaincu:

*« comme auteur, ayant lui-même exécuté l'infraction, en sa qualité de dirigeant de droit de la société **SOC.1** s. à r. l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement n° 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,*

depuis la date du jugement déclaratif de faillite du 29 janvier 2007, en l'étude du curateur de faillite, Maître Joëlle NICLOU, avocat, demeurant à Luxembourg, sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour:

en infraction à l'article 574, 5° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par le curateur,

*en l'espèce ne pas s'être rendu aux convocations du curateur Me Joëlle NICLOIU, avocat demeurant à Luxembourg, qui lui ont été adressées au sujet de la faillite de la société **SOC.1** s. à r. l. ».*

La prévention d'infraction à l'article 574,5° du Code de commerce a par ailleurs été retenue à bon droit à l'encontre du prévenu **X**. S'il est exact que celui-ci a pris rendez-vous avec le curateur et l'a rencontré à son étude le 23 octobre 2008, cette entrevue se situe plus d'une année et demie après la convocation qui lui avait été adressée par lettre recommandée du 16 mars 2007, et à laquelle il n'a aucunement réagi.

Les deux prévenus se voient encore reprocher une infraction à l'article 573, 4° du Code de commerce en ce que cet article incrimine le fait de ne pas justifier de l'existence ou de l'emploi de l'actif du dernier inventaire. Le prévenu **X** a été retenu en première instance dans les liens de la prévention de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif figurant au bilan de clôture d'exercice social au 31 décembre 2004 de la société **SOC.1** s. à r.l. (actif immobilisé 24.071,22 euros, créances 62.914,90 euros, avoirs en banques 9.876,61 euros).

Le comportement visé par la prévention libellée à charge des deux prévenus exige qu'il y ait effectivement un inventaire (Schuind, Traité pratique de droit criminel, 3^e édition, t.I, n° 28, page 439D ; Répertoire pratique du droit belge, verbo Faillite et Banqueroute, n° 2581 ; Pandectes belges, verbo Banqueroute, n° 268). Le bilan de clôture de l'exercice social ne constitue pas l'inventaire visé aux articles 15 du Code de commerce ou 197 de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales. Il en résulte qu'une des conditions pour que l'infraction soit établie fait en l'espèce défaut, et il y a lieu d'acquitter le prévenu **X** de la prévention d'infraction à l'article 573, 4° du Code de commerce retenue à son encontre. Pour la même raison, cette prévention n'est pas établie à charge du prévenu **Y**.

c) Infraction à l'article 163,2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales

Au regard du texte d'incrimination, n'encourent la peine prévue à l'article 162, auquel renvoie l'article 163 de la loi de 1915 précitée, que « les gérants ou les administrateurs ». Il n'y a donc pas lieu de retenir contre le prévenu **X** la prévention d'infraction à l'article 163,2°, ce prévenu n'ayant pas eu la qualité de gérant de la société en cause dans la présente affaire.

Il y a par contre lieu de retenir le prévenu **Y** dans les liens de ladite prévention, celui-ci étant tenu, de par ses fonctions de gérant de la société à responsabilité limitée **SOC.1**, à observer les prescriptions légales. Le prévenu ne fait état d'aucun élément susceptible de valoir cause de justification de son inaction fautive.

Il y a lieu de préciser dans le libellé de la prévention que ce n'est que pour l'année 2005 que les documents exigés par la loi n'ont pas été établis ni publiés.

Le prévenu **Y** est partant convaincu:

*« comme auteur, ayant lui-même exécuté l'infraction, en sa qualité de gérant de la société **SOC.1** s. à r. l., avec siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement n° 92/2007 du 29 janvier 2007 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,*

*depuis le 1^{er} janvier 2005 au 29 janvier 2007, date du prononcé de la faillite, au siège de la société **SOC.1** s. à r.l. à L-(...),*

*en infraction à l'article 163, 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir établi pour l'année 2005 pour la société **SOC.1** s. à r. l. l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes exigés par l'article 197 de la loi de 1915 précitée et de ne pas avoir procédé à la publication de ces documents par dépôt au registre de commerce et des sociétés ».*

Contrairement à ce qu'ont admis les premiers juges, les infractions de banqueroute simple restant retenues contre le prévenu **X** se trouvent entre elles en concours réel et en concours réel avec l'infraction de banqueroute frauduleuse restant retenue contre ce prévenu.

Il y a également concours réel entre les infractions de banqueroute simple retenues à charge du prévenu **Y**, et concours réel de ces infractions avec l'infraction de banqueroute frauduleuse et l'infraction à l'article 163, 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 retenue contre ce prévenu.

Le représentant du ministère public a requis contre le prévenu **Y** une peine d'emprisonnement, en ne s'opposant pas à voir assortir l'exécution de l'intégralité de cette peine d'un sursis. Pour le prévenu **X**, le représentant du ministère public a requis une peine d'emprisonnement de 18 mois, tout en ne s'opposant également pas à un sursis à l'exécution de l'intégralité de cette peine.

Au regard de la gravité objective des faits retenus à charge des deux prévenus, et compte tenu de leurs rôles respectifs, la Cour d'appel décide de condamner le prévenu **Y** à une peine d'emprisonnement de 12 mois et le prévenu **X** à une peine d'emprisonnement de 15 mois. Il y a lieu de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a accordé au prévenu **X** le sursis à l'exécution de la peine d'emprisonnement. Le prévenu **Y**, vu l'absence d'antécédents judiciaires, n'est pas non plus indigne d'une telle faveur, de sorte qu'il y a également lieu d'assortir l'exécution de la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre d'un sursis.

Au civil

Au regard de la décision à intervenir au pénal à l'égard du défendeur au civil **Y**, il y a lieu à réformation de la décision entreprise, en ce que les premiers juges se sont déclarés incompétents pour connaître de la demande civile du curateur dirigée contre le défendeur au civil **Y**.

Ayant également relevé appel au civil du jugement, le curateur fait grief aux premiers juges de n'avoir pas statué sur les détournements frauduleux retenus

à charge du défendeur au civil **X**. Il réitère sa partie civile et conclut à la condamnation solidaire sinon in solidum des deux défendeurs au civil au paiement de la somme de 19.100 euros.

Il résulte des pièces du dossier répressif, et plus particulièrement de la constitution de partie civile, que la demande civile du curateur comportait deux volets, un premier chef de demande en relation avec la prévention de banqueroute frauduleuse par détournement d'éléments d'actifs, en l'espèce des deux véhicules Citroën Picasso et Peugeot 407, un deuxième chef de demande en relation avec la prévention d'infraction à l'article 573, 4° du Code de commerce (non justification d'éléments d'actif). Les premiers juges ont omis de statuer sur le premier chef de la demande civile, et leur décision, quant à ce, encourt l'annulation. L'affaire étant en état de recevoir une décision définitive, il y a lieu à évocation.

Le représentant du ministère public donne à considérer que conformément à l'article 579, alinéa 1^{er} du Code de commerce, il y aurait lieu d'ordonner la réintégration à la masse des biens frauduleusement soustraits.

Comme il ne résulte cependant d'aucun élément à la connaissance de la Cour que les deux véhicules existent encore, il n'y a pas lieu d'en ordonner leur réintégration à la masse.

Les deux prévenus sont en revanche à condamner in solidum à payer au curateur, agissant ès-qualités, la contre-valeur des deux véhicules frauduleusement détournés. Comme il résulte des pièces produites par le défendeur au civil **X** que les deux véhicules en cause ont été vendus pour 11.200 euros (Citroën Picasso) et 7.900 euros (Peugeot), la demande du curateur est fondée pour le montant de 19.100 euros tel que demandé.

Au regard de la décision à intervenir au pénal, la Cour devient incompétente pour connaître du deuxième volet de la demande en relation avec la non-justification de l'emploi d'éléments d'actifs. Les conclusions subsidiaires du curateur, de condamner pour le moins le défendeur au civil **X** au paiement des sommes qu'il a prélevées et qui figurent au débit de son compte courant associé, ne sauraient pas non plus être accueillies, la Cour d'appel n'étant pas saisie d'une prévention de détournement frauduleux de sommes d'argent à charge d'**X**, et étant en conséquence sans compétence pour statuer sur une demande civile y relative.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, les prévenus entendus en leurs explications et moyens de défense, les parties demanderesse et défenderesses au civil en leurs conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

déclare les appels recevables;

au pénal:

dit fondés les appels du ministère public et du prévenu **X**;

réformant:

statuant sur l'action publique dirigée contre le prévenu **Y**;

acquitte le prévenu **Y** des préventions non établies à sa charge;

condamne le prévenu **Y** du chef des infractions retenues à sa charge, et qui se trouvent entre elles en concours réel, à une peine d'emprisonnement de douze (12) mois;

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

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 « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent arrêt, aux frais de **Y**;

condamne le prévenu **Y** aux frais de sa poursuite pénale dans les deux instances, ces frais liquidés à 20,03 € + 12,88 €;

statuant sur l'action publique dirigée contre le prévenu **X**;

acquitte le prévenu **X** des préventions d'infractions aux articles 573,4° et 574,4° du Code de commerce et de la prévention d'infraction à l'article 163,2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales retenues à son encontre en première instance;

précise le libellé de l'infraction sub I retenue à charge du prévenu **X** en supprimant à chaque fois le bout de phrase « *sinon d'avoir détourné le produit de cette cession* »;

condamne le prévenu **X** du chef des préventions restant retenues à son encontre, et qui se trouvent entre elles en concours réel, à une peine d'emprisonnement de quinze (15) mois, avec maintien du sursis à l'exécution de l'intégralité de cette peine d'emprisonnement;

condamne le prévenu **X** aux frais de sa poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 12,88 €;

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

au civil:

dit partiellement fondés les appels du curateur de la faillite de la société **SOC.1** s. à r.l. et du défendeur au civil **X**;

réformant:

se déclare compétente pour connaître de la demande civile dirigée contre le défendeur au civil **Y**;

annule le jugement en ce qu'il a omis de statuer sur la demande civile en relation avec le détournement frauduleux de deux véhicules ayant appartenu à **SOC.1** s. à r.l. et retenu au pénal à charge des défendeurs au civil **X** et **Y**;

évoquant quant à ce volet de la demande civile:

dit la demande civile dirigée contre les défendeurs au civil **X** et **Y** fondée à concurrence de dix-neuf mille et cent euros (19.100 €);

condamne les défendeurs au civil **X** et **Y** in solidum à payer à Maître Joëlle NICLOU, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.1**, le montant de dix-neuf mille et cent euros (19.100 €), avec les intérêts légaux à partir du 13 novembre 2006 jusqu'à solde;

se déclare incompétente pour connaître de la demande civile en relation avec la non justification d'éléments d'actif;

décharge pour autant que de besoin le défendeur au civil **X** de la condamnation au paiement du montant de quatre-vingt-sept mille trois cent quatre-vingt-six euros et douze cents (87.386,12 €) intervenue à son encounter en première instance;

condamne les défendeurs au civil in solidum aux frais de la demande civile en instance d'appel.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges, et par application des articles 3, 199, 202, 203, 209, 211 et 215 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 Nico EDON, président de chambre, et Mesdames Marianne PUTZ et Lotty PRUSSEN, conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Cornelia SCHMIT.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Monsieur Nico EDON, président de chambre, en présence de Madame Martine SOLOVIEFF, premier avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.