

Arrêt N° 442/12 V.
du 9 octobre 2012
(Not. 26099/07/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du neuf octobre deux mille douze 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 :

P.1., né le (...) à (...) (P), demeurant à L-(...)

prévenu, **appelant**

FAITS :

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

I.

d'un jugement rendu par défaut par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 16^e chambre correctionnelle, le 13 juillet 2010, sous le numéro 2659/10, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu l'ordonnance de renvoi numéro 1048/08 de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 5 juin 2008.

Vu la citation à prévenu du 11 mai 2010 régulièrement notifiée à **P.1.)** le 18 mai 2010.

Il y a lieu de procéder à la rectification de l'erreur purement matérielle contenue dans la citation à prévenu, alors que l'ordonnance de renvoi date de 2008 et non comme erronément indiqué de 2009. L'ordonnance de renvoi ayant été jointe à la citation à prévenu, **P.1.)** n'a dès lors pas pu se méprendre quant à l'ordonnance de renvoi pour laquelle il a été cité à l'audience.

Vu le rapport d'activité du curateur de la faillite du 2 juillet 2007.

Vu l'instruction menée en cause.

P.1.), quoique régulièrement cité, ne comparut pas à l'audience, il y a donc lieu de statuer par défaut à son égard.

Le Ministère Public reproche à **P.1.)**, en sa qualité de dirigeant de droit de la société **SOC.1.)** s.à.r.l., déclarée en état de faillite par jugement du 19 mars 2007 :

*I. de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse, pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif social, notamment en prélevant le jour du prononcé de la faillite 12.600 euros auprès de la **BQUE.1.)** et 7.200 euros auprès de **BQUE.2.)**;*

*II. depuis le 12 novembre 2004, date de la constitution de la société **SOC.1.)** s.à.r.l. :*

*1. de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, principalement, ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** s.à.r.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de commerce, subsidiairement, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète et irrégulière, sinon de façon à ce qu'ils ne reflètent pas la situation active et passive ;*

2. de ne pas avoir publié les bilans des années 2004 et 2005 dans le délai légal ;

III. depuis un temps non prescrit, au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour 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 ;

IV. depuis le 19 mars 2007, jour du prononcé de la faillite, en l'étude du curateur, de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

1. ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par Maître Fanny MAZEAUD, notamment en date du 19 mars 2007 (convocation pour le 26 mars 2007) ;

2. ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés.

Il résulte des éléments du dossier que la société **SOC.1.)** s.à.r.l. a été constituée le 12 novembre 2004. Le 7 décembre 2004, **P.1.)** a été nommé gérant administratif de la société. Il a détenu 97 parts sur 100.

Par jugement du 19 mars 2007 la société **SOC.1.)** s.à.r.l. a été déclarée en état de faillite sur assignation du Centre Commun de la Sécurité Sociale.

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

a) la qualité de commerçant

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

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

Il résulte des pièces versées au dossier qu'en date du 7 décembre 2004 **P.1.)** a été nommé gérant administratif de la société **SOC.1.)** s.à.r.l.

Il est partant établi que **P.1.)** était commerçant au sens des dispositions précitées.

b) l'état de faillite

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple étant indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490) 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 correctionnel trouve en effet son pouvoir de constater la faillite dans les poursuites dont il est saisi et sans qu'il soit tenu par un jugement du tribunal de commerce, ce qui enlèverait toute liberté pour rechercher et apprécier l'état légal de la faillite, c'est-à-dire l'élément constitutif de la banqueroute sur l'existence de laquelle il est appelé à statuer. Aussi ne peut-il pas, sur les déclarations du prévenu relatives aux conditions d'incrimination, se borner à invoquer le caractère définitif d'une décision déclarative même si le prévenu était réellement en faillite (Bruxelles 18 janvier 1956, J.T. 1956, p. 513 et suiv. et Cass. belge, 18 avril 1956, id.).

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

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

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

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

Ainsi, en faisant assigner en faillite la société **SOC.1.)** s.à.r.l., le Centre Commun de la Sécurité Sociale n'accordait plus aucun délai de paiement à la société, aucun bien saisissable n'ayant pu être trouvé par l'huissier de justice chargé de l'exécution de la contrainte qui a dû rédiger un acte de carence, de sorte qu'il y a eu ébranlement du crédit commercial.

Il résulte encore du rapport d'activité du curateur et de ses déclarations à l'audience que la société **SOC.1.)** s.à.r.l. dispose d'un actif de 679,42 euros, tandis que le passif de la société se chiffre à environ 205.000 euros.

c) la date de la cessation des paiements

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

Dans le jugement de faillite du 19 mars 2007, le tribunal de commerce a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 19 septembre 2006.

Il est établi en cause au vu des développements qui précèdent que le crédit de la société **SOC.1.)** s.à.r.l. est ébranlé depuis le 5 septembre 2005, date d'un commandement à toutes fins de l'huissier de justice Yves TAPPELLA, suivi en date du 20 octobre 2005 d'un procès-verbal de saisie-exécution transformé en procès-verbal de carence de l'huissier de justice Tom NILLES. En effet, la société **SOC.1.)** s.à.r.l. n'a plus été en mesure de faire face à ses dettes depuis cette date, les créanciers étant dans l'impossibilité de procéder au recouvrement forcé faute d'actif de la société **SOC.1.)** s.à.r.l.

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

Le Ministère Public reproche au prévenu de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse, pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif social de la société **SOC.1.)** s.à.r.l., notamment en prélevant le 19 mars 2007 - jour du prononcé de la faillite - 12.600 euros auprès de la **BQUE.1.)** et 7.200 euros auprès de **BQUE.2.)**.

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

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

Deux éléments constitutifs composent la banqueroute frauduleuse, à savoir :

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

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

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

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

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

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

Il résulte du jugement déclaratif de faillite que l'affaire a été exposée le 12 mars 2007 devant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale et que le jugement a été rendu le 19 mars 2007. Le mandataire de la société **SOC.1.)** s.à.r.l. s'est rapporté à prudence de justice lors de l'audience du 12 mars 2007.

Le jour du prononcé de la faillite, le 19 mars 2007, **P.1.)** a procédé à deux prélèvements de 5.000 et à un prélèvement de 2.600 du compte courant ouvert au nom de la société **SOC.1.)** s.à.r.l. auprès de la **BQUE.1.)** (...). Le même jour, **P.1.)** a encore procédé à (...) au retrait de 5.000 euros du **BQUE.2.)** de la société **SOC.1.)** s.à.r.l. et à (...) au retrait de 2.200 euros du compte **BQUE.2.)** de la société.

Lors de son audition par les agents verbalisants en date du 24 janvier 2008, **P.1.)** a soutenu que ces retraits ont été faits pour payer les salaires restants ainsi que quelques factures.

Or, il résulte des éléments de la cause, notamment des déclarations de créances des salariés, que les salaires n'ont pas été payés. Aucune pièce justifiant l'emploi de ces sommes ne figure au dossier.

Il s'ensuit que **P.1.)**, en détournant 19.800 euros, s'est ainsi rendu coupable de banqueroute frauduleuse.

P.1.) est partant convaincu :

I) en sa qualité de dirigeant de droit de la société SOC.1.) s.à.r.l., déclarée en état de faillite par jugement du 19 mars 2007,

en date du 19 mars 2007, aux bureaux BQUE.2.) à (...) et (...) ainsi qu'à la BQUE.1.) (...),

de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse, pour

en infraction à l'article 577 2° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, avoir détourné et dissimulé une partie de l'actif social de la société à responsabilité limitée SOC.1.) s.à.r.l. et notamment :

- 12.600 euros prélevés le jour du prononcé de la faillite auprès de la BQUE.1.) (...) et***
- 7.200 euros prélevés le jour du prononcé de la faillite auprès de BQUE.2.)***

II) quant aux infractions de banqueroute simple

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

Le Parquet reproche à **P.1.)** de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, principalement, ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** s.à.r.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de commerce, subsidiairement, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète et irrégulière, sinon de façon à ce qu'ils ne reflètent pas la situation active et passive.

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

Il y a dès lors lieu d'acquitter **P.1.)** de la prévention libellée sub II. 1) principalement à son encontre :

« II. depuis le 12 novembre 2004, date de la constitution de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** S.A.R.L., à L(...), et au registre de commerce et des sociétés

Comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de dirigeant de droit de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** S.A.R.L, ayant eu son dernier siège social à L(...)

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

principalement , en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** S.A.R.L. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de Commerce (actuellement article 11 du Code de Commerce suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés), de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de Commerce (actuellement article 15 du Code de Commerce, suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés). »

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

II. depuis le 12 novembre 2004, date de la constitution de la société à responsabilité limitée SOC.1.) S.A.R.L., à L(...), et au registre de commerce et des sociétés

comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de dirigeant de droit de la société à responsabilité limitée SOC.1.) S.A.R.L, ayant eu son dernier siège social à L(...),

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

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 et irrégulière et d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive.

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

Le Parquet reproche à **P.1.)** de ne pas avoir publié les bilans des années 2004 et 2005 dans le délai légal.

Il résulte des éléments du dossier que le bilan de la société **SOC.1.)** s.à.r.l. de l'année 2004 a été déposé au Registre de Commerce et des Sociétés le 9 novembre 2005. Il ne résulte pas de l'instruction menée en cause que le bilan de l'année 2005 a été établi, il n'est dès lors pas non plus établi qu'il a été publié.

Etant donné qu'en application des articles 75 et 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales il faut procéder à la publication des bilans au plus tard dans les sept mois suivant la clôture de l'exercice, il y a lieu de retenir **P.1.)** également dans les liens de la prévention libellée à sa charge en ce qui concerne le bilan de 2004, alors qu'il n'a fait l'objet d'un dépôt en vue de sa publication qu'après l'expiration du délai légal.

P.1.) est convaincu :

II. depuis le 12 novembre 2004, date de la constitution de la société à responsabilité limitée SOC.1.) S.A.R.L., à L(...), et au registre de commerce et des sociétés

comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de dirigeant de droit de la société à responsabilité limitée SOC.1.) S.A.R.L., ayant eu son dernier siège social à L-(...),

2) en infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir publié les bilans des années 2004 et 2005 dans le délai légal.

III) quant à l'absence d'aveu de la cessation des paiements endéans le mois

Le Parquet reproche à **P.1.)** de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour ne pas avoir fait la déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal d'un mois à partir de la cessation des paiements.

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

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

En l'espèce, il est établi que **P.1.)** a volontairement négligé depuis le 5 octobre 2005 de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu pour échapper aux dettes contractées antérieurement, augmentant ainsi quotidiennement les créances et notamment celle du créancier public.

Il y a partant lieu de retenir que **P.1.)** a violé l'article 440 du Code de commerce auquel renvoie l'article 574 4° du Code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal.

P.1.) est partant convaincu :

III. depuis un temps non-prescrit mais au plus tard à partir du 5 octobre 2005, 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 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.

IV) quant au défaut de répondre aux convocations du curateur et au défaut de collaboration avec le curateur

Le Parquet reproche à **P.1.)**, depuis le 19 mars 2007, jour du prononcé de la faillite, en l'étude du curateur, de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

1. ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par Maître Fanny MAZEAUD, notamment en date du 19 mars 2007 (convocation pour le 26 mars 2007) ;
2. ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés.

Aux termes de l'article 574 du Code de commerce, « pourra être condamné aux peines de la banqueroute simple, tout commerçant qui se trouvera dans l'un des cas suivants :

(...) 5° (...) si, sans empêchement légitime, il ne se sera pas rendu en personne aux convocations qui lui ont été faites par le juge-commissaire ou par les curateurs ».

Aux termes de l'article 576 du Code de commerce, « pourront être condamnés aux peines de la banqueroute simple, les gérants des sociétés anonymes qui n'auront pas fourni les renseignements qui leur auront été demandés, soit par le juge commissaire, soit par les curateurs, ou qui auront donné des renseignements inexacts. »

Il résulte d'un courrier du curateur du 29 mars 2007 adressé au Parquet, du rapport du curateur ainsi que de sa déposition à l'audience, que **P.1.)** n'a pas fourni au curateur tous les renseignements demandés et qu'il ne s'est pas présenté aux rendez-vous lui fixés d'un commun accord au 26 mars 2007, respectivement au 29 mars 2007.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir **P.1.)** dans les liens de ces préventions.

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

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

Au vu de la gravité des fautes commises par **P.1.)**, qui n'a pas donné de suite aux convocations du curateur et aux demandes du curateur de lui fournir les renseignements et documents nécessaires à l'administration de la faillite de la société, le Tribunal estime que ces faits de banqueroute simple facultative encourent la sanction prévue par la loi.

P.1.) est partant convaincu :

IV. depuis le 19 mars 2007, jour du prononcé de la faillite, en l'étude du curateur de la faillite de la société SOC.1.) S.A.R.L., Maître Fanny MAZEAUD, à Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

1) 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 de ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par Maître Fanny MAZEAUD, notamment en date du 19 mars 2007 (convocation pour le 26 mars 2007 à 17.30 heures) ;

2) en infraction à l'article 576 du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés, respectivement avoir fourni des renseignements inexacts ;

en l'espèce de ne pas avoir fourni au curateur Maître Fanny MAZEAUD les renseignements demandés.

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

En tenant compte de la gravité des infractions retenues le tribunal condamne **P.1.)** à une peine d'emprisonnement de **dix-huit mois**.

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

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

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

Il appert de l'infraction retenue sub I) que **P.1.)** a détourné de l'actif de la société **SOC.1.)** s.à.r.l. le montant de 19.800 euros, de sorte qu'il y a lieu de réintégrer ce montant à la masse de la faillite de la société **SOC.1.)** s.à.r.l.

Par ces motifs :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **seizième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **par défaut** à l'égard de **P.1.)**, la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

rectifie l'erreur matérielle contenue dans la citation;

acquitte P.1.) du chef de l'infraction non établie à sa charge;

condamne P.1.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **dix-huit mois** ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 20,17 euros;

ordonne la réintégration du montant frauduleusement soustrait à la masse de la faillite de la société **SOC.1.)** s.à.r.l., soit la somme de 19.800 (dix-neuf mille huit cents euros) euros;

ordonne que le présent jugement sera affiché en la salle d'audience du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, où il restera exposé pendant trois mois et sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais de Laurent DESTUMENT.

Par application des articles 14, 15, 60, 65, 66 et 489 du Code pénal; 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 191, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'instruction criminelle; 489, 573 4°, 574 4°, 574 6°, 577 et 583 du Code de commerce et de l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente ».

II.

d'un jugement sur opposition rendu par défaut par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 16^e chambre correctionnelle, le 5 avril 2011, sous le numéro 1240/11, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu le jugement numéro **2659/2010** rendu, par défaut, par le tribunal correctionnel, en date du **13 juillet 2010** à l'encontre de **P.1.)**.

P.1.) a régulièrement relevé opposition en date du 2 novembre 2010 contre ce jugement.

Vu la citation du 23 février 2011 régulièrement notifiée au prévenu le 1^{er} mars 2011.

Le prévenu **P.1.)**, quoique régulièrement cité, ne comparut pas à l'audience du 15 mars 2011, il échet donc de statuer par défaut à son égard.

Comme le prévenu n'a pas comparu à l'audience du 15 mars 2011, son opposition est réputée **non avenue** par application des dispositions de l'article 188 du Code d'instruction criminelle.

Par ces motifs :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **seizième chambre**, statuant **par défaut** à l'égard de **P.1.)**, le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

d é c l a r e l'opposition relevée par **P.1.)** contre le jugement par défaut numéro **2659/2010** du **13 juillet 2010 non avenue;**

c o n d a m n e P.1.) aux frais de l'instance d'opposition, ces frais étant liquidés à 45,29 euros.

Par application des articles 179, 182, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196 et 389 du Code d'instruction criminelle qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Marie-Laure MEYER, vice-présidente, Henri BECKER et Joëlle GEHLEN, premiers juges et prononcé par la vice-présidente en audience publique au Tribunal d'Arrondissement à Luxembourg, en présence de D.PETERS, 1^{er} substitut du Procureur d'Etat et de Maité LOOS, greffière, qui, à l'exception de la représentante du Ministère Public, ont signé le présent jugement ».

De ce dernier jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 24 mai 2011 par le mandataire du prévenu et le 25 mai 2011 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 5 août 2011, le prévenu fut requis de comparaître à l'audience publique du 29 novembre 2011 devant la Cour d'appel de Luxembourg, 5^e chambre correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience l'affaire fut remise au 20 janvier 2012.

Sur citation du 7 décembre 2011 le prévenu fut requis de comparaître à l'audience publique du 20 janvier 2012.

L'affaire fut décommandée.

Sur citation du 7 mai 2012 le prévenu fut à nouveau requis de comparaître à l'audience publique du 8 juin 2012.

A cette audience l'affaire fut contradictoirement remise à l'audience publique du 21 septembre 2012, lors de laquelle le prévenu fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Jean-Jacques SCHONCKERT, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu.

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

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 9 octobre 2012, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à la date du 24 mai 2011, **P.1.)** a fait relever appel d'un jugement d'une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, rendu le 5 avril 2011 par défaut à l'encontre de l'appelant, et par lequel son opposition relevée contre un premier jugement par défaut du 13 juillet 2010 a été déclarée non avenue. Tant le jugement du 13 juillet 2010 que le jugement rendu le 5 avril 2011 se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

Le Procureur d'Etat a formé appel contre le jugement du 5 avril 2011 par notification au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à la date du 25 mai 2011.

Le jugement du 5 avril 2011 a été notifié à **P.1.)** le 18 avril 2011, de sorte que son appel, de même que l'appel du Parquet sont recevables, pour avoir été introduits dans les formes et délai de la loi.

L'appel contre le jugement de débouté d'opposition, à raison de la non-comparution de l'opposant, saisit la Cour d'appel de l'entière de la cause, c'est-à-dire du fond même du litige.

La Cour d'appel constate d'emblée par la dénomination sociale de la société dont **P.1.)** était le dirigeant social est erronément indiquée dans le jugement du 13 juillet 2010 comme **SOC.1.)** sàrl, alors que cette dénomination sociale est en réalité **SOC.1.)** sàrl. Il y a lieu de redresser cette erreur matérielle.

Le prévenu **P.1.)** a été retenu, en sa qualité de dirigeant de droit de la société **SOC.1.)** sàrl, dans les liens de la prévention de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné et dissimulé partie de l'actif social de la société, en prélevant le jour même de la déclaration de faillite de la société en tout 19.800 euros des comptes de la société auprès de la **BQUE.1.)** et de **BQUE.2.)**. Il a encore été retenu dans les liens de différentes préventions de banqueroute simple (tenue d'une comptabilité incomplète et irrégulière, défaut de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal, défaut de se rendre aux convocations qui lui ont été faites par le curateur, défaut de fournir au curateur les renseignements demandés). Il a finalement été retenu dans les liens de la prévention de défaut de publication dans le délai légal des bilans 2004 et 2005 de la société. Il a été condamné du chef de ces préventions à une peine d'emprisonnement de 18 mois.

Le prévenu conteste avoir détourné les 19.800 euros prélevés le jour du jugement déclaratif de faillite de la société **SOC.1.)** sàrl. Cet argent aurait servi à payer les salaires des salariés. Questionné à quels salariés il aurait remis de l'argent, - compte tenu de ce que trois salariés, à savoir **A.)**, **B.)** et **C.)** ont produit au passif de la faillite pour des créances de salaire d'un montant total de plus de 19.400 euros, et que leurs déclarations de créance ont d'ailleurs été admises au passif privilégié suivant procès-verbal de vérification de créances du 20 avril 2007 -, le prévenu n'est pas à même de dire si c'est à ces salariés

ou à d'autres salariés qu'il aurait effectué des paiements. Le prévenu n'est pas non plus à même de dire combien de salariés étaient aux services de la société. Il n'est par ailleurs pas à même de produire une quelconque quittance.

S'agissant de la non-tenue d'une comptabilité régulière, ainsi que du défaut de publication des bilans, le prévenu fait valoir que ce serait **D.**), avec lequel il avait fondé la société **SOC.1.)** sàrl, et qui était gérant technique jusqu'à sa démission le 8 août 2005, qui aurait assuré la gestion de la société, comprenant aussi le volet de la comptabilité.

Le prévenu explique encore qu'au moment où il a repris 47 des 50 parts sociales détenues par **D.**) (suivant contrat de cession de parts du 21 avril 2005), la société aurait déjà été mal en point. Il aurait d'ailleurs pris conseil auprès d'un avocat (Me Pierrot Schiltz) qui lui aurait conseillé de déposer le bilan, ce qu'il n'aurait cependant pas voulu faire, espérant pouvoir encore sauver l'entreprise.

Le prévenu fait encore valoir qu'il n'aurait pas été touché par les convocations du curateur. Il déclare qu'il a certes rencontré le curateur au siège social de la société et qu'il a discuté avec lui. Il est cependant un fait qu'à l'audience de la Cour d'appel, le prévenu a amené avec lui plusieurs dossiers représentant, selon lui, la comptabilité de la société, dossiers qu'il a en sa possession depuis la faillite de la société. Le prévenu n'a pas été à même d'expliquer pourquoi il n'a pas remis ces documents au curateur, se limitant à soutenir que ces dossiers se seraient trouvés au siège social de la société et qu'il aurait appartenu au curateur de les récupérer au moment où il s'est rendu au siège social.

Le prévenu explique qu'il n'aurait pas agi de manière intentionnelle, ayant vécu en 2004-2005 un divorce très pénible.

La défense demande la clémence de la Cour d'appel, en exposant que le prévenu vit dans une situation familiale (après un divorce très pénible en 2004-2005) et professionnelle (il est actuellement en chômage) très précaire. Elle sollicite à voir assortir une éventuelle peine d'emprisonnement d'un sursis intégral.

Le représentant du ministère public conclut à la confirmation du jugement entrepris, pour ce qui est des infractions retenues à charge du prévenu. La banqueroute frauduleuse par détournement et dissimulation de partie de l'actif de la faillite serait établie. Le prévenu aurait vidé le jour même de la déclaration de faillite – qu'il devait connaître, la société ayant été assignée en faillite par le Centre commun de la sécurité sociale, et la société étant représentée lors des plaidoiries par un avocat, qui n'a pas manqué d'informer la société du jour fixé pour le prononcé du jugement -, les comptes en se présentant à plusieurs agences différentes. Le prévenu ne produirait aucun justificatif concernant l'emploi des sommes ainsi prélevées. Les préventions de banqueroute simple auraient également été retenues à bon droit, quitte à ce que le représentant du ministère public demande à la Cour d'appel de préciser le laps de temps durant lequel le prévenu a contrevenu à l'article 574, 6° du Code de commerce (tenue d'une comptabilité incomplète et irrégulière) comme débutant le 5 septembre 2005, date de la cessation de paiements retenue par les premiers juges. L'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales serait également établie.

Le représentant du ministère public ne s'oppose pas à voir réduire la peine d'emprisonnement à prononcer à 12 mois, et à l'assortir d'un sursis, qui, aux yeux du représentant du ministère public ne devrait toutefois être qu'un sursis partiel.

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

Il est en l'espèce acquis en cause et non contesté que le prévenu **P.1.)** était depuis la constitution de la société **SOC.1.)** sàrl et jusqu'à la déclaration en faillite de la société un des dirigeants de droit de la société.

Les premiers juges ont encore à bon droit, et sur base d'une motivation que la Cour d'appel fait sienne, retenu que la société se trouvait effectivement en état de faillite et qu'ils ont fixé la date de la cessation des paiements au 5 septembre 2005.

S'agissant de la prévention de banqueroute frauduleuse par détournement et dissimulation de partie de l'actif de la société, le prévenu ne conteste pas avoir lui-même effectué les prélèvements à hauteur de 19.800 euros en espèces auprès de la banque **BQUE.1.)** et des **BQUE.2.)**. Il ne conteste pas non plus qu'il s'agit d'avoirs de la société prélevés sur les comptes de celle-ci.

Le prévenu ne justifie pas de l'emploi des sommes ainsi prélevées. Ses affirmations qu'il aurait payé les salaires des salariés de la société restent à l'état de pure allégation, alors qu'elles ne sont étayées par aucune pièce justificative. Le prévenu ne saurait se limiter à prétendre qu'il y aurait quand même de telles pièces, alors qu'il sait depuis plus de cinq ans (courrier recommandé du curateur du 26 mars 2007) qu'il doit justifier de l'emploi des sommes prélevées, et que nonobstant ce fait il n'est toujours pas à même de produire les prétendues pièces justificatives, qu' il est pourtant, à supposer qu'elles existent, le seul à pouvoir détenir. Les affirmations du prévenu quant à l'emploi des sommes prélevées sont par ailleurs encore contredites par les éléments objectifs du dossier : trois salariés ont produit au passif de la faillite et leurs déclarations de créances ont été admises au passif privilégié pour les rémunérations en souffrance. Le prévenu n'est même pas à même de préciser quel(s) autre(s) salarié(s) il aurait soi-disant payé(s). La Cour d'appel fait encore siens les motifs tant en fait qu'en droit des premiers juges pour retenir le prévenu dans les liens de la prévention de banqueroute frauduleuse mise à sa charge.

Les préventions de banqueroute simple par infraction aux articles 574,6°, 574,4°, 574,5° et 576 du Code de commerce, sanctionnés par l'article 489 du Code pénal, ont également à bon droit été déclarées établies. La comptabilité de la société n'a pas été tenue de manière complète et régulière, ainsi qu'il résulte du rapport d'activité du curateur. Dans la mesure où le bilan de la société pour 2004 a encore pu être établi par la société **SOC.2.)** de (...), et que selon le rapport d'activité du curateur il n'existe plus que des traces de comptabilité à partir de 2005, il y a lieu de suivre les conclusions du représentant du ministère public, et de préciser les circonstances de temps et de lieu de la prévention d'infraction à l'article 574,6° du Code de commerce comme suit : « *depuis le 5 septembre 2005, date de la cessation des paiements de la société **SOC.1.)** sàrl, à (...)* ». Sur base de ses propres déclarations faites à l'audience de la Cour d'appel, le prévenu a manqué à son obligation de faire

l'aveu de la cessation des paiements dans le mois de la survenance de celle-ci. Le prévenu ne saurait justifier son omission de faire ledit aveu par l'espoir qu'il nourrissait de pouvoir sauver la société. Cet espoir était chimérique, compte tenu de ce que le prévenu déclare lui-même qu'au moment où il lui fut conseillé de faire l'aveu de la cessation des paiements, le passif dépassait déjà 100.000 euros, et qu'il n'y avait plus d'actif, ainsi que cela résulte du procès-verbal de carence de l'huissier de justice Tom NILLES du 20 octobre 2005. Le prévenu n'a d'ailleurs pas non plus fait l'aveu de la cessation de paiements à une époque ultérieure. La non collaboration avec le curateur au sens des articles 574,5° et 576 du Code de commerce est en l'espèce également établie. Le prévenu est mal venu de faire état d'une prétendue non réception des courriers recommandés lui adressés par le curateur de la faillite, ceux-ci lui étant adressés à sa dernière adresse officielle connue. Si le prévenu a été radié d'office par le service compétent de la Ville de Luxembourg, ceci est dû à sa propre négligence dont il ne saurait actuellement tirer profit. Par ailleurs, il résulte du rapport d'activités du curateur, qu'il a été en contact téléphonique avec le prévenu et lui a fixé un rendez-vous auquel le prévenu ne s'est pas présenté. Le prévenu n'a pas fourni la moindre information au curateur. S'il fallait encore une preuve supplémentaire, elle résulte de la détention jusqu'à ce jour par le prévenu de partie de la comptabilité de la société faillie, que le prévenu n'a donc jamais continuée au curateur.

S'agissant de la prévention d'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915, elle se trouve établie tant pour le bilan de 2004 que pour le bilan 2005 de la société. Dans la mesure toutefois où le délai de sept mois après la clôture de l'année sociale à observer en l'espèce pour le dépôt des bilans de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** résulte de l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, et que ces dispositions ne s'appliquent qu'à partir du 1^{er} janvier 2005, le bilan de 2004 échappe aux nouvelles dispositions et l'infraction n'est consommée, pour le bilan de l'année 2004, que le 1^{er} février 2006, compte tenu des anciennes dispositions légales régissant la publication de ce bilan. Il reste que le bilan de 2004 n'a pas été publié et que cette obligation incombait au prévenu en sa qualité de dirigeant de droit de la société. Les circonstances de temps dans lesquelles le prévenu s'est rendu coupable de cette prévention sont, compte tenu des délais respectifs applicables aux deux bilans en cause, à redresser comme suit : « depuis respectivement le 1^{er} février 2006 et le 1^{er} août 2006, à Luxembourg ».

La peine prononcée est légale, compte tenu d'une exacte application des règles du concours d'infractions. Même si les agissements du prévenu méritent une peine d'emprisonnement, au regard de la méconnaissance fautive des règles régissant le fonctionnement des sociétés et de la violation flagrante des règles sur la faillite, la Cour d'appel considère toutefois la peine prononcée comme étant trop sévère. Il y a lieu de ramener la peine d'emprisonnement à 12 mois, et d'assortir cette peine d'un sursis partiel à son exécution, ainsi qu'il sera dit au dispositif du présent arrêt.

La réintégration à la masse de la faillite des 19.800 euros faisant l'objet de la prévention de banqueroute frauduleuse a à bon droit été ordonnée, sur base de l'article 579 du Code de commerce. La publication a de même été ordonnée à bon droit sur base de l'article 583 du code de commerce.

PAR CES MOTIFS,

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

déclare les appels recevables;

les **dit** partiellement fondés;

réformant:

redresse la dénomination sociale **SOC.1.)** sàrl comme étant en réalité **SOC.1.)** sàrl et ce tant dans la motivation du jugement du 13 juillet 2010 que dans le libellé des préventions retenues à charge du prévenu;

précise les circonstances de temps et de lieu de la prévention d'infraction à l'article 574,6° du Code de commerce, laquelle a été commise:

« depuis le 5 septembre 2005, date de la cessation des paiements de la société **SOC.1.)** sàrl, à (...) »;

précise les circonstances de temps et de lieu de la prévention d'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, laquelle a été commise:

« depuis respectivement le 1^{er} février 2006 et le 1^{er} août 2006, à Luxembourg »;

ramène la peine d'emprisonnement à prononcer contre le prévenu **P.1.)** du chef des infractions restant retenues à sa charge à douze (12) mois;

dit qu'il sera sursis à l'exécution de six (6) mois de cette peine d'emprisonnement;

confirme pour le surplus la décision entreprise;

condamne le prévenu **P.1.)** aux frais de sa poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 799,75 €.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges et par application des articles 188, 202, 203, 209, 211 et 626 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, Madame Lotty PRUSSEN, premier conseiller, et Madame Danielle SCHWEITZER, conseiller, 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 Jeanne GUILLAUME, premier avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.