

**Arrêt N° 201/13 V.**  
**du 16 avril 2013**  
(Not. 25788/10/CD)

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

e n t r e :

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

e t :

**X.**), né le (...) à (...) (D), demeurant à D-(...), (...)

prévenu, défendeur au civil et **appelant**

e n p r é s e n c e d e :

**Maître Alexandre DILLMANN**, demeurant à L-(...), (...), agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC1.)** sàrl

partie civile constituée contre le prévenu et défendeur au civil **X.**), préqualifié

demandeur au civil

---

**F A I T S :**

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 12<sup>e</sup> chambre correctionnelle, le 10 juillet 2012, sous le numéro 2510/12, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu le rapport numéro 35097/2009 du 4 juin 2009 de la Police Grand-Ducale, circonscription régionale de Luxembourg, Centre d'Intervention, le procès-verbal numéro 39/2009 du 28 décembre 2009, de la Police Grand-Ducale, circonscription régionale de Grevenmacher, Service Régional des Polices Spéciales et le rapport numéro SPJ-BABF-2010-JDA 9165/1-METO du 11 juin 2010, de la Police Grand-Ducale, Service de Police Judiciaire, Service : Section Banques, Assurances Bourses et Fiscalité.

Vu le rapport d'activité de la curatrice Maître Suzanne OZCAN, déposé le 2 juillet 2009 au Parquet de Luxembourg.

Vu l'ordonnance numéro 2362/10 rendue le 10 novembre 2010 par la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, confirmée par un arrêt numéro 46/11 du 21 janvier 2011 rendu par la chambre du Conseil de la Cour d'appel, renvoyant X.) et Y.) devant une chambre correctionnelle du Tribunal d'arrondissement des chefs de banqueroute frauduleuse, par admission de circonstances atténuantes.

Vu la citation à prévenus du 1<sup>er</sup> juin 2012 régulièrement notifiée à X.) et Y.) (not. 25788/10).

Le Ministère Public reproche à X.) et Y.) :

« comme auteurs, co-auteurs ou complices ayant eux-mêmes exécuté les infractions en leur qualité de dirigeants responsables de la société à responsabilité limitée **SOCl.)** INVEST s.à r.l, avec siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement n° 633/08 du 2 mai 2008 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

#### D) Y.) et X.)

1) au courant du mois de juin 2007, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

##### principalement:

*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 **SOCl.)** s.à r.l.,*

en l'espèce, d'avoir détourné ou dissimulé le véhicule Audi A3, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOCl.)** s.à r.l. qui l'a acquis le 14 juillet 2006 pour la somme de 33.600.- euros ;

##### subsidiatement :

*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 **SOCl.)** s. à r.l., de mauvaise foi et à des fins personnelles détourné au préjudice de cette société le véhicule Audi A3, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOCl.)** s.à r.l. qui l'a acquis le 14 juillet 2006 pour la somme de 33.600 euros,

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) entre décembre 2006 et mars 2007, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

##### principalement :

*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 **SOCI.)** s.à r.l.,*

en l'espèce, d'avoir détourné au préjudice de la société **SOCI.)** s.à r.l. les sommes d'argent suivantes prélevées en espèces du compte de cette société auprès de la banque **BQUE1.)** Luxembourg S.A. :

- 100.000.- € prélevés le 21/12/2006
- 5.000.- € prélevés le 11/01/2007
- 3.500.- € prélevés le 24/01/2007
- 12.000.- € prélevés le 07/02/2007
- 5.000.- € prélevés le 21/02/2007
- 10.000.- € prélevés le 26/02/2007
- 6.000.- € prélevés le 19/03/2007
- 8.000.- € prélevés le 27/03/2007 ;

subsidiatement :

*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 **SOCI.)** s. à r.l., de mauvaise foi et à des fins personnelles détourné au préjudice de cette société les sommes d'argent suivantes prélevées en espèces du compte de cette société auprès de la banque **BQUE1.)** LUXEMBOURG S.A. ;

- 100.000 euros prélevés le 21 décembre 2006 ;
- 5.000 euros prélevés le 11 janvier 2007 ;
- 3.500 euros prélevés le 24 janvier 2007 ;
- 12.000 euros prélevés le 7 février 2007 ;
- 5.000 euros prélevés le 21 février 2007 ;
- 10.000 euros prélevés le 26 février 2007 ;
- 6.000 euros prélevés le 19 mars 2007 ;
- 8.000 euros prélevés le 27 mars 2007 ;

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 ;

**3)** le 28/12/2006, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

principalement :

*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 **SOCI.)** s.à r.l.,*

en l'espèce, d'avoir détourné au préjudice de la société **SOCI.)** s.à r.l., la somme de 20.000.- € virée du compte de cette société auprès de la banque **BQUE1.)** Luxembourg S.A. vers le compte de l'épouse du prévenu **X.)**, à savoir **A.)**, auprès de la banque **BQUE2.)** S.A. ;

subsidiatement :

*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 **SOC1.)** s. à r.l., de mauvaise foi et à des fins personnelles détourné au préjudice de cette société la somme d'argent de 20.000 euros virée du compte de cette société auprès de la banque **BQUE1.)** LUXEMBOURG S.A. vers le compte de l'épouse du prévenu **X.)**, à savoir **A.)**, auprès de la banque **BQUE2.)** S.A.,

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 ;

**4)** depuis le 29 juin 2005, date de la constitution de la société **SOC1.)** S. à r.l., au 2 mai 2008, date du prononcé de la faillite, au siège de la société **SOC1.)** 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 **SOC1.)** 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 ;

**5)** depuis un temps non-prescrit, mais au plus tard depuis le 19 septembre 2007, date de l'établissement d'un procès-verbal de carence par l'huissier de justice Yves TAPPELLA, au greffé 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 ;

**6)** depuis le 29 juin 2005, date de la constitution de la société **SOC1.)** S. à r.l., au 2 mai 2008, date du prononcé de la faillite, au siège de la société **SOC1.)** 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 procédé pour la société **SOC1.)** S. à r.l. à la publication des comptes annuels pour les années 2005 et 2006 par dépôt au Registre de Commerce et des Sociétés.

## **II. Y.)**

**1)** Le 28/12/2006, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

principalement :

*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 **SOC1.)** s.à r.l.,*

en l'espèce, d'avoir détourné au préjudice de la société **SOC1.)** s.à r.l. la somme d'argent de 10.000.- € virée du compte de cette société auprès de la banque **BQUE1.)** Luxembourg S.A. vers le compte de son ex-épouse **B.)** auprès de la banque **BQUE3.)** ;

subsidiarement :

*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 **SOC1.)** s. à r.l., de mauvaise foi et à des fins personnelles détourné au préjudice de cette société la somme d'argent de 10.000 euros virée du compte de cette société auprès de la banque **BQUE1.)** LUXEMBOURG S.A. vers le compte de son ex-épouse **B.)** auprès de la banque **BQUE3.)**,

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 la date du jugement déclaratif de faillite du 2 mai 2008, en l'étude du curateur de faillite, Me Suzanne OZCAN, 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 Suzanne OZCAN, avocat demeurant à Luxembourg, qui lui ont été adressées au sujet de la faillite de la société **SOC1.)** s. à r.l. «

**AU PENAL**

**Faits et rétroactes :**

La société **SOC1.)** INVEST Sàrl a été constituée en date du 29 juin 2005, avec comme gérant unique **Y.)**, qui détenait une part dans le capital social. Les 124 autres parts sociales étaient détenues par une société holding **SOC2.)** S.A. L'objet social consistait en l'activité de participation dans des entreprises, sous quelque forme que ce soit.

En date du 2 mai 2008, la société **SOC1.)** INVEST Sàrl a été déclarée en état de faillite suivant jugement d'une chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sur assignation du Centre Commun de la Sécurité Sociale. Par ce même jugement, Maître Suzanne OZCAN a été nommée curatrice de ladite société.

En date du 4 juin 2009, Maître Suzanne OZCAN a porté plainte auprès des agents du Centre d'Intervention de Luxembourg contre **Y.)**, pour détournement d'un véhicule de marque AUDI A3, immatriculé au nom de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl, en faillite, sous le numéro (...) (L).

En date du 2 juillet 2009, le rapport d'activité de la curatrice de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl a été déposé auprès du Parquet de Luxembourg. Outre le détournement du véhicule prémentionné dont elle a fait état dans sa plainte auprès du Centre d'Intervention de Luxembourg, Suzanne OZCAN a indiqué dans son rapport, soupçonner **Y.)**, gérant de droit, d'avoir, ensemble avec un certain **X.)**, supposé gérant de fait, détourné également d'importantes sommes d'argent au détriment de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl, sans que des justifications aient été apportées, et d'avoir versé à leurs épouses respectives, des salaires fictifs. Par ailleurs, la curatrice a estimé que des faits de banqueroute simple étaient également établis à l'encontre des deux prévenus.

Suite audit rapport, la continuation de l'enquête policière commencée sur base de la plainte de Suzanne OZCAN du 4 juin 2009, a été ordonnée par le Ministère Public et confiée au Service Régional des Polices Spéciales de Grevenmacher et au Service de Police Judiciaire, Section Banques, Assurances Bourses et Fiscalité.

Sur base des conclusions de l'enquête policière et des constatations faites par la curatrice dans son rapport du 2 juillet 2009, le Ministère Public a demandé à la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement le renvoi de **X.)** et **Y.)** devant une chambre correctionnelle, par admission de circonstances atténuantes, pour plusieurs faits de banqueroute frauduleuse.

Par ordonnance numéro 2362/10 rendue le 10 novembre 2010 par la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, confirmée par un arrêt numéro 46/11 du 21 janvier 2011 rendu par la chambre du Conseil de la Cour d'appel, **X.)** et **Y.)** ont été renvoyés devant une chambre correctionnelle du Tribunal d'arrondissement des chefs de banqueroute frauduleuse, par admission de circonstances atténuantes.

Par plusieurs citations dont la dernière date du 12 juin 2012, les prévenus ont été cités à comparaître devant la chambre correctionnelle du Tribunal d'arrondissement pour les faits de banqueroute frauduleuse reprochés dans le renvoi, pour des faits d'abus de biens sociaux, libellés subsidiairement par rapport aux faits de banqueroute frauduleuse, mais encore pour des faits de banqueroute simple.

## **I. Quant aux conditions de l'infraction de banqueroute**

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.

### **I.1. 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).

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

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. Il peut s'agir des dirigeants de fait. (Cass. belge 1er octobre 1973 Pas. 1974, I, 94).

#### *I.1.a. Qualité de Y.)*

**Y.)** fait valoir qu'il n'aurait plus été gérant de droit de la société **SOC1.) INVEST** Sàrl depuis le 19 septembre 2007, date à laquelle il a démissionné avec effet immédiat. Il ne pourrait de ce fait pas être tenu pour responsable de la faillite de la société **SOC1.) INVEST** Sàrl.

Il résulte de l'acte de constitution de la société **SOC1.) INVEST** Sàrl, daté du 25 juin 2005 que **Y.)** était gérant unique. Il appert également des pièces versées au dossier répressif que **Y.)** a bien démissionné en date du 19 septembre 2007 en sa qualité de gérant et qu'il en a informé par courrier daté du même jour, l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines. Toutefois, **Y.)** ne s'est pas acquitté du paiement du droit d'enregistrement de sorte que sa démission n'a été

publiée ni au Mémorial C, ni au Registre du Commerce et des Sociétés. Ce fait n'est d'ailleurs pas contesté par le prévenu.

L'article 9 § 4 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales énonce : « *Les actes ou extrait d'actes ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication au Mémorial C, Recueil des Sociétés et Associations ...* ».

Il incombe au gérant qui veut démissionner de procéder à toutes les formalités nécessaires, et de convoquer le cas échéant une assemblée générale pour faire accepter sa démission.

En outre, les faits qui sont reprochés à Y.) se sont partiellement produits avant la date de sa démission de sorte que là encore, son argument est inopérant.

Il ressort dès lors des développements précédents, qu'au jour de la faillite, Y.) avait la qualité de gérant et qu'il était explicitement investi de tous pouvoirs de signature.

Le prévenu Y.) est par conséquent, en sa qualité de dirigeant de droit, responsable des actes posés par la société à son initiative ou avec son soutien.

#### *1.1.b. Qualité de X.)*

X.) a formellement contesté tout au long de la procédure, avoir été dirigeant de fait au sein de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl.

Il a prétendu, tant lors de son audition devant les agents du Service de Police Judiciaire, Section Banques, Assurances, Bourses et Fiscalité, en date du 11 juin 2010, qu'à l'audience du 7 avril 2011, qu'il aurait été simple salarié de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl. Il aurait, dans le cadre de l'objet social de l'entreprise, conseillé des clients et de ce fait, aurait beaucoup voyagé entre le Luxembourg et la Suisse. Son salaire s'élevait à 10.000 euros par mois. Il a contesté être, sous couvert de la société holding **SOC2.)** S.A., bénéficiaire économique de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl. Il a indiqué ne pas avoir eu de pouvoir de signature ou de quelconque pouvoir administratif dans la société.

A l'audience du 19 juin 2012, le mandataire de X.) a estimé que ce dernier ne pourrait pas être qualifié de dirigeant de fait et, par voie de conséquence, de commerçant, puisque le Ministère Public n'aurait pas rapporté de preuves précises, voire d'actes positifs de direction posés par X.) dans la société **SOC1.)** INVEST Sàrl. Les seules suppositions des témoins T1.), Suzanne OZCAN et d'T2.) ne suffiraient pas à prouver la qualité de commerçant dans le chef de X.). Le véritable dirigeant de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl serait donc Y.).

Il est constant en cause que le prévenu X.) n'avait pas la qualité de dirigeant de droit de la société.

Entendu par les agents du Service Régional des Polices Spéciales de Grevenmacher en date du 29 janvier 2010 et le 11 juin 2010 par les agents de la Police Judiciaire, Section Banque, Assurances, Bourses et Fiscalité, ainsi qu'à l'audience du 7 avril 2011, Y.) a déclaré qu'en réalité, c'était X.) qui était le dirigeant de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl. Il aurait donné des ordres tant sur le plan financier que sur le plan administratif à Y.), qui n'aurait été, au sein de la société litigieuse, qu'un exécutant. X.) aurait disposé, avec Y.), du pouvoir de signature sur le compte bancaire de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl, ouvert auprès de la BANQUE **BQUE1.)**.

Y.) a indiqué que l'achat de l'Audi A3 enregistrée au nom de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl, aurait été payé par X.), qui aurait ramené de l'argent liquide provenant d'un compte bancaire suisse et que ce dernier avait insisté pour payer le véhicule au comptant. Le garage **GAR1.)** avait à l'époque refusé de recevoir le prix entier du véhicule au comptant, de sorte que X.) avait effectué un versement de 35.000 euros par le biais d'un chèque postal au garage. D'ailleurs, X.) avait ensuite exigé que le véhicule soit amené par Y.) auprès des beaux-parents de X.) à Heidelberg, sans qu'une explication ne lui soit donnée.

Quant aux nombreux prélèvements et virements effectués à partir du compte bancaire de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl ouvert auprès de la BANQUE **BQUE1.)**, Y.) a déclaré qu'il aurait exécuté les ordres donnés par X.).

Y.) a également précisé que c'est X.) qui aurait amené l'argent pour la constitution de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl, et qu'il serait effectivement bénéficiaire économique réel de la société en faillite, par le biais de la société holding **SOC2.)** S.A.

Tant lors de son audition du 28 décembre 2009 devant les agents du Service Régional des Polices Spéciales de Grevenmacher, qu'à l'audience du 7 avril 2011, la curatrice de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**, Maître Suzanne OZCAN, a déclaré que selon elle, **X.)** serait le bénéficiaire économique de la société holding **SOC2.) S.A.**, détenant 124 parts sur 125 dans la société **SOC1.) INVEST Sàrl**. Maître Suzanne OZCAN soupçonnait également **X.)** d'être le bénéficiaire économique de la société **SOC1.) INVEST Sàrl** à travers sa participation dans la société holding **SOC2.) S.A.**. Elle était venue à cette conclusion après avoir eu un entretien avec **X.)** suite à la convocation de ce dernier dans le cadre de la faillite. Il lui avait confirmé avoir détenu la société holding **SOC2.) S.A.**, mais avait prétendu avoir vendu ses parts, sans toutefois en amener la preuve à la curatrice.

**T1.)**, expert-comptable auprès de la **FID1.)**, a été entendu le 22 juin 2010 par les agents de la Police Judiciaire, Section Banques, Assurances, Bourses et Fiscalité, ainsi qu'à l'audience du 7 avril 2011. Il a déclaré avoir été mandaté afin de s'occuper de la domiciliation de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**. Les fiches de salaire étaient établies par la fiduciaire et le témoin a indiqué avoir été en contact tant avec **Y.)** qu'avec **X.)**. Il a été formel pour dire que lors d'entrevues avec les deux prévenus, il était évident que c'est **X.)** qui dirigeait réellement la société en faillite et que **Y.)** n'était qu'un simple exécutant des ordres donnés par **X.)**. Il a également confirmé que **X.)** était, selon ses souvenirs, dirigeant de la société holding **SOC2.) S.A.** qui détenait majoritairement la société **SOC1.) INVEST Sàrl**.

La Cour de cassation a retenu que l'auteur pénalement responsable de l'infraction est la personne physique par l'intermédiaire de laquelle la personne morale a agi dans chaque cas particulier, cette personne physique étant responsable non pas en tant qu'organe compétent de la société, mais comme individu ayant commis l'acte illicite (Cass., 29 mars 1962, Pas., 18, 450).

Le fait de ne pas être dirigeant de droit d'une société n'exclut dès lors pas qu'une personne physique puisse être tenue responsable des infractions qu'elle a fait poser à une société.

Ainsi, la notion de dirigeant de fait, vise toute personne qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale d'une société, sous le couvert ou aux lieux et place de ses représentants légaux. L'autorité de fait n'est pas liée exclusivement à la détention d'une fraction du capital (Traité de droit commercial, Georges Ripert, René Roblot, Tome 2, p. 1220).

Le dirigeant de fait se définit comme « celui qui en toute indépendance et liberté exerce une activité positive de gestion et de direction et se comporte, sans partage, comme maître de l'affaire. » (C. Cass. Fr 10.10.1995). Il va exercer cette « activité positive de gestion et de direction de l'entreprise sous le couvert et au lieu et place du représentant légal » (Cass. Crim. Fr 12.9.2000). En quelques mots, le dirigeant de fait va exercer toutes les attributions qui sont dévolues au dirigeant de droit alors qu'il n'en a pas le pouvoir. La gestion de la société peut être attribuée au dirigeant de fait, en ce cas le dirigeant de droit n'est qu'un homme de paille ou elle peut résulter de l'action de concert entre ces deux personnes.

Il appert du dossier répressif et des déclarations de **Y.)** tant lors de ses auditions devant les enquêteurs qu'à l'audience du 7 avril 2011, qu'il ne touchait pas de salaire au sein de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**. **X.)** lui avait fait miroiter des gains importants, ce qui ne s'était toutefois pas produit.

Quant à **X.)**, il était rémunéré, selon ses propres dires, 10.000 euros par mois pour son travail de consultant. C'est donc lui qui touchait le salaire le plus élevé au sein de la société.

En outre, il disposait d'une procuration sur le compte de la société **SOC1.) INVEST Sàrl** ouvert auprès de la BANQUE **BQUE1.)**, tel que cela ressort d'un courrier de ladite banque du 11 avril 2011 à l'attention de Maître Suzanne OZCAN.

Ainsi, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent et notamment des déclarations de **Y.)**, confirmées par les témoins Suzanne OZCAN et **T1.)**, que **X.)** avait au sein de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**, une position équivalente, sinon hiérarchiquement supérieure, au dirigeant de droit **Y.)**.

**X.)** décidait ainsi des stratégies fondamentales de la société, prenait des décisions essentielles concernant son fonctionnement et interagissait directement avec **Y.)** en donnant des instructions. Il a ainsi exercé des pouvoirs réservés ordinairement aux dirigeants de droit d'une société.

Par conséquent, il avait un pouvoir de direction effectif quant aux activités de la société, de sorte qu'il est à considérer comme dirigeant de fait de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**.

## 1.2. Etat 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 « S.A. BENALUX » se trouve effectivement en état de faillite.

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

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

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

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause et des déclarations de la curatrice de la faillite, Suzanne OZCAN, à l'audience du 7 avril 2011 devant le Tribunal correctionnel, il y a lieu de constater que la société **SOCl.)** INVEST Sàrl est effectivement en état de faillite.

Il résulte des éléments du dossier que le passif de la société **SOCl.)** INVEST Sàrl avoisinait les 29.461,90 euros, créances du Centre Commun de la Sécurité Sociale et de l'Administration des Contributions Directes, tandis que le curateur n'a su recouvrer que 469,09 euros sur un compte ouvert auprès de la Poste. La société litigieuse a d'ailleurs été assignée en faillite par le Centre Commun de la Sécurité Sociale.

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

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

Il résulte des développements qui précèdent que la société **SOCl.)** INVEST Sàrl n'a plus du honorer les dettes à l'égard de ses créanciers, et qu'au moins un des créanciers, à savoir le Centre Commun de la Sécurité Sociale, a refusé d'accorder des délais de paiement.

La société **SOCl.)** INVEST Sàrl se trouve donc en état de faillite.

### 1.3. Ebranlement de crédit et époque de la cessation des paiements

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

Le jugement déclaratif de faillite du 2 mai 2008 a fixé provisoirement l'époque de la cessation des paiements au 2 novembre 2007.

Or, il appert de l'assignation du Centre Commun de la Sécurité Sociale du 4 avril 2008, qu'une contrainte exécutoire pour arriérés de cotisations sociales datant du **15 juin 2007**, avait été émise à l'encontre de la société en faillite.

Au regard de ces éléments, il y a lieu de fixer comme date de cessation des paiements le 15 juin 2007, le Centre Commun de la Sécurité Sociale ne lui ayant accordé plus aucun crédit ni délai de paiement. Au plus tard à partir de ce moment, la société **SOCl.)** INVEST Sàrl n'était plus en mesure d'honorer ses dettes auprès de ses créanciers.

## II. Quant aux faits de banqueroute frauduleuse, subsidiairement d'abus de biens sociaux

Le Ministère Public reproche à **X.)** et **Y.)**, d'avoir principalement commis plusieurs faits de banqueroute frauduleuse, subsidiairement, des faits d'abus de biens sociaux.

Les reproches formulés à l'encontre de **X.)** et **Y.)** sont les suivants :

- Détournement ou dissimulation d'un véhicule de marque AUDI A3, immatriculé (...) (L), appartenant à la société **SOC1.)** INVEST Sàrl courant du mois de **juin 2007**.
- Détournements de sommes d'argent pour un total de 149.500 euros prélevées sur le compte ouvert au nom de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl auprès de la BANQUE **BQUE1.)**, **entre le 21 décembre 2006 et le 27 mars 2007**.
- Détournement de 20.000 euros versés le **28 décembre 2006** à partir du compte de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl ouvert auprès de la BANQUE **BQUE1.)**, à l'épouse de **X.)**, **A.)**, sous forme de salaire fictif.

Il est encore reproché à **Y.)** d'avoir détourné 10.000 euros versés le **28 décembre 2006** à partir du compte de la société **SOC1.)** INVEST Sàrl ouvert auprès de la BANQUE **BQUE1.)**, à son épouse, **B.)**, sous forme de salaire fictif.

### Eléments constitutifs de l'infraction de banqueroute frauduleuse

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).

- 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).

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).

### Eléments constitutifs de l'infraction d'abus de biens sociaux

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

Il faut la réunion des éléments constitutifs suivants :

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

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 (Synthèse de la jurisprudence: Eva JOLY, page 44 à 47).

Dans le cas d'espèce, il ne ressort pas à suffisance des éléments soumis au Tribunal par le Ministère Public, que les détournements allégués ont été la cause exclusive de la cessation des paiements.

Ainsi, le détournement du véhicule, s'il s'avère établi, serait à qualifier de banqueroute frauduleuse, dès lors que les faits reprochés se sont produits fin du mois de juin 2006, conformément aux déclarations de Y.) en date du 29 janvier 2010 devant les agens du Service des Polices Spéciales de Grevenmacher et celles du 11 juin 2010 devant les enquêteurs de la Police Judiciaire, Section Banques Assurances, Bourses et Fiscalité, soit après la date de la cessation des paiements fixée dans les développements précédents au 15 juin 2007.

Quant aux autres détournements reprochés, à savoir les prélèvements d'argent sur le compte de la société **SOC1.) INVEST Sàrl** ouvert auprès de la **BANQUE BQUE1.)**, ainsi que les versements des salaires fictifs aux épouses de Y.) et de X.), force est de constater qu'ils se sont produits avant la date de la cessation des paiements, de sorte que dans l'hypothèse où ces détournements seraient établis, il seraient à qualifier d'abus de biens sociaux.

#### II.1. Détournement de l'AUDI A3 immatriculée (...) (L)

X.) et Y.) contestent avoir détourné la véhicule AUDI A3 immatriculé (...) (L) au préjudice de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**, dès lors qu'il aurait appartenu à une société suisse, la société **SOC3.) AG (c/o SOC4.) S.A.**, qui aurait financé l'acquisition du véhicule et loué ce dernier à la société **SOC1.) INVEST Sàrl**, alors même que le contrat de vente et l'immatriculation auprès de la Société Nationale de Contrôle Technique renseigneraient la société **SOC1.) INVEST Sàrl** comme propriétaire.

Il ressort de la plainte déposée le 4 juin 2009 par Maître Suzanne OZCAN auprès des agents du Centre d'Intervention de Luxembourg, de son rapport déposé le 2 juillet 2009 au Parquet de Luxembourg et de ses déclarations en audience du Tribunal en date du 7 avril 2011, que la société **SOC1.) INVEST Sàrl** était propriétaire d'un véhicule de marque AUDI A3 immatriculé (...) (L), acquis le 20 juillet 2006 auprès du Garage **GARI.) S.e.c.s.** à Luxembourg pour le prix de 33.600 euros. L'assurance pour ledit véhicule était au nom de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**.

Lors de l'inventaire dressé par la curatrice après le jugement de faillite du 2 mai 2008, elle s'est aperçue que le véhicule en question avait disparu et que, selon les informations récoltées auprès de la Société Nationale de Contrôle Technique (courrier du 30 mai 2008), le véhicule n'avait pas été mis hors circulation ou transcrit à un autre nom.

Elle a alors tenté de contacter Y.), qui ne s'est jamais manifesté auprès d'elle, afin de fournir les informations nécessaires. Fin du mois de juillet, début du mois d'août 2009, un certain C.) de la société **SOC3.) AG** a fait parvenir par fax à Maître Suzanne OZCAN, deux contrats signés le 18 juillet 2006 intitulés « Sicherungsübereinungsvertrag » et « Mietvertrag », sensés prouver que la société **SOC3.) AG (c/o SOC4.) S.A.** aurait acquis le véhicule de marque AUDI A3 immatriculé (...) (L). C.) avait alors expliqué à la curatrice que le véhicule aurait été loué sous forme de leasing contre le paiement d'un loyer de 500 euros par mois. C.) n'a pas versé à la curatrice la preuve du paiement de ce prétendu loyer et lui avait indiqué que le véhicule se trouverait sur le parking de la société **SOC3.) AG** à (...) en Suisse, suite au non paiement des loyers par la société **SOC1.) INVEST Sàrl**.

Y.), entendu le 29 janvier 2010 par les agents du Service de Polices Spéciales de Grevenmacher, ainsi qu'à l'audience du 7 avril 2011, a déclaré que le véhicule en question avait été payé en juillet 2006 par X.), par le versement, fait à partir d'un compte chèque postal, d'environ 35.000 euros au profit du Garage **GARI.) S.e.c.s.** à Luxembourg. L'argent avait été apporté par X.) de Suisse et le véhicule aurait appartenu à une société suisse dénommée **SOC4.) S.A. (c/o SOC3.) AG**. Y.) a déclaré avoir utilisé le véhicule en question comme voiture de fonction, mais ne jamais avoir versé,

par le biais de la société **SOC1.) INVEST** Sàrl, de loyer de 500 francs suisses, pour une prétendue location. Fin du mois de juin 2007, **X.)** lui avait finalement ordonné d'amener le véhicule à Heidelberg auprès de ses beaux-parents, ce que **Y.)** avait fait. Il a encore confirmé que le rapatriement du véhicule s'était fait suite à la demande de restitution de la société **SOC4.) S.A. (c/o SOC3.) AG**, et qu'à sa connaissance, le véhicule se trouverait encore sur le parking de ladite société.

Il ressort des pièces versées au dossier que le véhicule litigieux a été acquis le 20 juillet 2006 et immatriculé le 25 juillet 2006, au nom de la société **SOC1.) INVEST** Sàrl.

Par ailleurs, la curatrice a annexé à son rapport d'activité déposé le 2 juillet 2009 au Parquet de Luxembourg, deux contrats intitulés « Sicherungsübereignungsvertrag » et « Mietvertrag » signés le 18 juillet 2006 par **Y.)** pour le compte de la société **SOC1.) INVEST** Sàrl, et par **C.)** pour la société **SOC3.) AG (c/o SOC4.) S.A.**, desquels il ressort que le véhicule a été donné en location à la société **SOC1.) INVEST** Sàrl et que la propriété du véhicule a été donné en garantie à la société **SOC3.) (c/o SOC4.) S.A.**

Maître Suzanne OZCAN a estimé lors de l'audience du 7 avril 2011, qu'il s'agirait selon toute vraisemblance, de faux documents établis postérieurement à la faillite afin de masquer le détournement. Par ailleurs, **X.)** serait probablement le bénéficiaire économique, sinon au moins dirigeant de la société **SOC3.) AG (c/o SOC4.) S.A.**, puisqu'elle avait aperçu lors d'un entretien avec **X.)**, son nom inscrit sur une carte de visite de cette société. Finalement, les loyers de 500 francs suisses mensuels n'auraient apparemment jamais été payés par la société **SOC1.) INVEST** Sàrl.

A l'audience du 19 juin 2012, **X.)** a versé, par l'intermédiaire de son mandataire, un reçu établi au nom de la société **SOC4.) S.A. (c/o SOC3.) AG** duquel il appert que **X.)** a reçu 35.000 euros au comptant en date du 15 mai 2006 pour l'achat et les frais y afférents, du véhicule au nom de la société **SOC1.) INVEST** Sàrl, décision qui a été approuvée par l'assemblée générale de la société **SOC4.) S.A.** en date du 12 avril 2006 (pièce n° 1 de la farde de Maître ENTRINGER). **X.)** verse également la preuve que la somme de 30.000 euros et de 5.000 euros ont été prélevées les 25 avril 2006 et le 4 mai 2006 sur le compte bancaire de la société **SOC4.) S.A.** et que le montant de 35.000 euros est répertorié au bilan de ladite société comme actif (« Forderungen : Fahrzeug NFI Lux/EUR. 35.0000 ») (pièces n° 2 et 3 de la farde de Maître ENTRINGER). Par ailleurs, il résulte de la pièce n° 4 de la farde de Maître ENTRINGER, que la société **SOC3.) AG (c/o SOC4.) S.A.** a payé le 14 août 2008 l'assurance du véhicule litigieux pour un montant de 1.600 euros.

Force est de constater que même si les soupçons de Maître Suzanne OZCAN concernant le véritable bénéficiaire économique de la société **SOC4.) S.A.** ne sont pas dénués de tout fondement, toujours est-il qu'il existe bien, au vu des pièces versées en cause et non attaquées par la voie judiciaire pour faux et usage de faux, un doute sur la propriété du véhicule AUDI A3, immatriculé (...) (L). En effet, les documents présentés par **X.)** laissent croire que la société **SOC4.) S.A. (SOC3.) AG** est effectivement propriétaire dudit véhicule. Concernant les loyers impayés, **Y.)** a indiqué avoir versé à une reprise le loyer, tout en précisant ne pas savoir si **X.)** avait payé les autres loyers. Le doute est renforcé par un courrier adressé le 8 septembre 2008 par le dirigeant de la société **SOC3.) AG (c/o SOC4.) S.A.**, **C.)**, à la curatrice, que suite au non paiement des loyers conformément au « Mietvertrag » du 18 juillet 2006, la société **SOC3.) AG (c/o SOC4.) S.A.** s'était vue dans l'obligation de récupérer le véhicule qui trouvait désormais en sa possession.

Le moindre doute devant profiter aux prévenus, il y a lieu d'**acquitter X.)** et **Y.)** de l'infraction de banqueroute frauduleuse, subsidiairement d'abus de bien social, libellées contre eux aux termes de l'ordonnance de renvoi (sub I.1) et de la citation à prévenus du 1<sup>er</sup> juin 2012 (sub I.2.).

## II.2. Détournements de diverses sommes d'argent

**X.)** conteste avoir détourné les sommes d'argent reprises sous sub 2) dans la citation à prévenus. Il prétend que c'est **Y.)** qui serait le seul et unique responsable de ces prélèvements litigieux et qu'il n'en aurait pas été au courant.

**Y.)**, pour sa part, a indiqué lors de son audition du 11 juin 2010 devant les agents de la Police Judiciaire, Section Banques, Assurances, Bourses et Fiscalité, ainsi qu'à l'audience du 7 avril 2011, que c'est bien lui qui a procédé aux prélèvements litigieux, mais que c'était sur ordre de **X.)**. Ce serait ce dernier qui aurait empoché les montants, sans donner d'explications quant à leur utilisation ultérieure. Notamment, concernant le prélèvement litigieux de 100.000 euros effectué le 21 décembre 2006 sur le compte de la société **SOC1.) INVEST** Sàrl ouvert auprès de la BANQUE **BQUE1.)**, il a affirmé que cette somme avait été remise à **X.)**, à la demande de ce dernier, le même jour, au domicile de **Y.)** à (...), en présence de deux témoins.

Pour prouver ces dires, il a fait citer comme témoin **T2.)** qui était présente lors de cette réunion. Cette dernière a déclaré à l'audience du Tribunal en date du 7 avril 2011, que le 21 décembre 2006 dans l'après-midi, elle avait accompagné **Y.)** à la BANQUE **BQUE1.)** pour qu'il prélève 100.000 euros en coupures de 500 euros. Ils avaient ensuite rejoint **X.)** et un autre homme, un certain Monsieur (...), au domicile de **Y.)** (...). Les trois hommes avaient discuté affaires et soudain **X.)** avait ordonné de manière agressive à **Y.)** de lui remettre les 100.000 euros. **X.)** s'était alors énervé de ne recevoir que 100.000 euros. **Y.)** avait alors rétorqué qu'il avait déjà eu du mal à obtenir 100.000 euros en liquide au guichet de la banque et que c'était déjà pas mal. **X.)** avait demandé à **Y.)** de prélever encore de l'argent. **T2.)** n'a pas su dire si ce prélèvement a été effectué par **Y.)**.

A l'audience du 19 juin 2012, **X.)** a versé une attestation testimoniale d'un certain **D.)**, qui déclare que le 21 décembre 2006, il se serait rendu en train à Heidelberg en Allemagne et que **X.)** serait venu le récupérer à la gare. Il serait resté en compagnie de **X.)** jusqu'au soir, avant son départ de Heidelberg.

Force est de constater que cette attestation, même si elle a été faite devant notaire, n'est pas établie selon les règles de l'article 402 du Nouveau code de procédure civile. Elle ne mentionne pas la profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec **X.)**, de subordination à son égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec lui. Elle n'indique pas non plus qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales. L'attestation n'est pas écrite et datée de la main de son auteur qui n'a pas annexé, en original ou en photocopie, un document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature, formalités destinées notamment à vérifier si la personne en question remplit les conditions requises pour être entendue comme témoin, de sorte que l'attestation ne présente pas des garanties suffisantes pour emporter la conviction du Tribunal.

L'attestation datée du 18 juin 2012 émanant de **D.)**, est donc à rejeter des débats.

Les déclarations de **Y.)** sont amplement confortées par le témoignage clair et précis d'**T2.)**, qui était personnellement présente le 21 décembre 2006 lors de la remise des 100.000 euros à **X.)**. Ce témoignage n'est énervé par aucun élément du dossier répressif, ni par aucun témoin.

Ainsi, le Tribunal estime qu'il est établi que les 100.000 euros prélevés par **Y.)** le 21 décembre 2006 ont été remis à **X.)** et que ce dernier n'a pas rapporté la preuve que l'argent a été utilisé dans l'intérêt de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**.

Quant aux autres prélèvements litigieux repris sub I. 2) dans la citation à prévenus, **Y.)** a déclaré qu'il les avait effectués à la demande de **X.)** et que c'est ce dernier qui les avait empochés, sans indiquer leur utilisation.

Les déclarations de **Y.)** sont à considérer comme crédibles alors qu'il est établi que **X.)** était le dirigeant de fait de la société **SOC1.) INVEST Sàrl** et qu'il dirigeait la société tant sur le plan financier que sur le plan administratif. Il y a lieu de se référer au précédents développements quant à la qualité de commerçant de **X.)**, d'où il ressort que c'est lui qui était bénéficiaire économique de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**, par l'intermédiaire de la société holding **SOC2.) S.A.**.

Le Tribunal a ainsi acquis l'intime conviction que c'est **Y.)** qui a prélevé les montants litigieux et que c'est **X.)** qui les a gardés dans un intérêt purement personnel, sans en faire un usage dans l'intérêt de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**. L'intention frauduleuse des deux prévenus ressort encore du fait qu'il n'ont jamais daigné donner des explications concrètes sur ces prélèvements et leur destination.

Au vu de ces développements, il y a lieu de retenir **Y.)** et **X.)** dans les liens de l'infraction d'abus de biens sociaux telle que libellée sub I.2) dans la citation à prévenus du 1<sup>er</sup> juin 2012.

### II.3. Salaires fictifs

- Fait reproché à **X.)** et **Y.)**

Le Ministère Public reproche encore à **Y.)** et **X.)** d'avoir versé 20.000 euros à titre de salaire fictif à l'épouse de **X.)**, en date du 28 décembre 2006.

**Y.)** a, lors de son audition du 29 janvier 2009 devant les agents du Service Régional des Polices Spéciales de Grevenmacher, admis avoir viré ce montant au profit de **A.)** sur ordre de **X.)**, mais a déclaré que ce serait en

contrepartie d'une « due diligence » établie par elle pour la société **SOCl.) INVEST** Sàrl. Il n'a toutefois pas pu fournir de documents prouvant ses dires.

Quant à **X.)** il a fait valoir que son épouse **A.)** aurait été salariée de la société **SOCl.) INVEST** Sàrl, ainsi que gérante adjointe. Il a versé un contrat de travail daté du 16 juin 2006 (pièce n°6 de la farde de Maître ENTRINGER), aux termes duquel, **A.)** est engagée comme « Generalbevollmächtigte » au sein de la société **SOCl.) INVEST** Sàrl. Il a prétendu que son épouse aurait travaillé comme consultante pour la société litigieuse et que de ce fait elle aurait perçu 20.000 euros de salaire.

Maître Suzanne OZCAN a confirmé lors de son audition à l'audience du 7 avril 2011, les conclusions émises dans son rapport d'activité du 2 juillet 2009, à savoir qu'elle n'a trouvé aucune trace d'un quelconque travail effectué par **A.)** pour la société **SOCl.) INVEST** Sàrl, en contrepartie des 20.000 euros touchés par elle le 28 décembre 2006.

Au vu cet élément et vu du fait que le seul contrat de travail ne peut valoir comme preuve d'un travail réellement effectué par **A.)**, il y a lieu de retenir **Y.)** et **X.)** comme coauteurs dans les liens de l'infraction d'abus de biens sociaux libellée sub II.3) dans la citation à prévenus du 1<sup>er</sup> juin 2012, **Y.)** ayant procédé au virement de cette somme et **X.)** ayant donné à **Y.)** l'ordre de virer cette somme sur le compte de son épouse, tout en sachant qu'il n'existait pas de contrepartie.

- Fait reproché à **Y.)**

Le Ministère Public reproche encore à **Y.)** d'avoir viré 20.000 euros à titre de salaire fictif à son épouse, **B.)**, en date du 28 décembre 2006.

A l'audience du 7 avril 2011, **Y.)** a admis cette infraction, expliquant son geste par le fait qu'il n'avait jamais perçu un quelconque salaire dans le cadre de la gérance de la société **SOCl.) INVEST** Sàrl, et qu'il s'était ainsi payé, malgré l'opposition de **X.)** qui lui avait demandé de rembourser cet argent, ce que **Y.)** avait refusé de faire.

Au vu des aveux du prévenu, il y a lieu de constater que l'infraction d'abus de biens sociaux libellée sub II.1) à l'encontre de **Y.)** est établie.

### **III. Quant aux faits de banqueroute simple**

#### **III.1. Faits reprochés à **X.)** et **Y.)****

##### *II.1.a. Défaut de tenir les livres de commerce*

En premier lieu, le Ministère Public reproche à **X.)** et **Y.)** de ne pas avoir tenu les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce, subsidiairement de les avoir tenus de manière incomplète ou irrégulière.

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

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultative prévu par l'article 574 alinéa 6 du Code de commerce.

La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges, appartient aux juridictions de jugement (cf. R.P.D.P. op. cit. n°2591 et 2592).

Par l'exigence d'une tenue régulière et sérieuse de livres de commerce retraçant les opérations du commerçant, le législateur entend forcer le respect des dispositions des articles 11 et suivants du Code de commerce.

Lors de son audition en date du 26 janvier 2010 devant les agents du Service Régional des Polices Spéciales de Grevenmacher, **Y.)** a prétendu que la tenue de la comptabilité de la société **SOCl.) INVEST** Sàrl aurait été confiée à la **FID1.)**, et plus particulièrement à **T1.)**. Il n'a toutefois pas été en mesure de fournir à la curatrice le moindre document permettant de déterminer si une comptabilité, fût-elle incomplète ou irrégulière, avait été tenue depuis la constitution de la société le 29 juin 2005.

**X.)** conteste pour sa part l'infraction lui reprochée en ce sens qu'il n'aurait été que simple salarié et non gérant de droit ou de fait dans la société **SOCl.)** INVEST Sàrl, de sorte que cette obligation de tenue de comptabilité ne lui incomberait pas.

Concernant la qualité de **X.)** au sein de la société litigieuse, il y a lieu de renvoyer aux développements précédents desquels il ressort qu'il était gérant de fait et de ce fait, l'obligation de tenir une comptabilité en bonne et due forme lui incombe également.

Il appert du rapport d'activité de la curatrice Maître Suzanne OZCAN et de ses déclarations en audience du 7 avril 2011, que ni **Y.)**, ni **X.)** pourtant gérant de fait, ne se sont jamais préoccupés de la tenue la comptabilité pour le compte de la société **SOCl.)** INVEST Sàrl et qu'elle n'a jamais reçu aucun document lui permettant de retracer ne serait-ce qu'un début de comptabilité.

En outre, le témoin **T1.)** qui s'occupait de la domiciliation de la société **SOCl.)** INVEST Sàrl, a déclaré tant lors de son audition devant les enquêteurs de la Police Judiciaire, Section Banques, Assurances, Bourses et Fiscalité, ainsi qu'à l'audience du 7 avril 2011, que la **FID1.)** ne tenait pas de comptabilité pour les sociétés y domiciliées, mais qu'elle était déléguée à une autre fiduciaire. Il a déclaré ne pas avoir reçu suffisamment de documents pour qu'une comptabilité en bonne et due forme puisse être tenue.

Le Tribunal retient que **Y.)**, en sa qualité de gérant de droit de la société litigieuse, et **X.)**, en sa qualité de gérant de fait, avaient l'obligation de s'occuper de la tenue des livres ou de vérifier si les livres étaient correctement tenus, en cas de délégation à une fiduciaire.

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

En conséquence des développements précédents, l'infraction libellée sub 4) dans la citation à prévenus, à titre principal, doit être considérée comme étant établie, puisque **Y.)** et **X.)** n'ont, en leur qualité de gérant de droit, respectivement gérant de fait, de la société **SOCl.)** INVEST Sàrl, jamais tenu de livres de commerce tel que légalement exigé.

#### *II.1.b. Défait d'aveu de la cessation des paiements*

En second lieu, le Ministère Public reproche à **X.)** et **Y.)** de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à compter de sa production.

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

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

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

Lors de son audition du 26 janvier 2010 devant les agents du Service Régional des Polices Spéciales, ainsi qu'à l'audience du 7 avril 2011, **Y.)** a expliqué ne pas avoir fait l'aveu de la faillite dès lors qu'il ne pensait pas que la société **SOCl.)** INVEST Sàrl était en état de cessation des paiements, puisqu'il avait été proposé au Centre Commun de la Sécurité Sociale de régler la dette de 1.800 euros restants au jour de la mise en faillite. Par ailleurs, lui et **X.)** avaient tenté de faire rabattre la faillite, ce qui avait toutefois échoué.

**X.)** conteste pour sa part l'infraction lui reprochée en ce sens qu'il n'aurait été que simple salarié et non gérant de droit ou de fait dans la société **SOCl.)** INVEST Sàrl, de sorte que cette obligation de faire l'aveu de la faillite ne lui incomberait pas.

Concernant la qualité de X.) au sein de la société litigieuse, il y a lieu de renvoyer aux développements précédents desquels il ressort qu'il était gérant de fait et de ce fait, l'obligation de tenir une comptabilité en bonne et due forme lui incombe également.

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

Il résulte des éléments du dossier répressif, des déclarations de la curatrice à l'audience du 7 avril 2011, que Y.) et X.) ont négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu, augmentant ainsi quotidiennement le préjudice accru aux créanciers de la société **SO1.) INVEST Sàrl**.

Il y a dès lors lieu de condamner Y.) et X.) également du chef de l'infraction libellée sub 5) dans la citation à prévenu.

Il échet néanmoins de rectifier le libellé de l'infraction en ce sens que l'aveu aurait dû être fait par les dirigeants de la société **SO1.) INVEST Sàrl** au plus tard le 16 juillet 2007, soit un mois après la date de la cessation des paiements fixée dans les développements précédents, à savoir un mois après la signification de la contrainte exécutoire adressée par le Centre Commun de la Sécurité Sociale à la société **SO1.) INVEST Sàrl**.

### *II.1.c. Défaut de publication des comptes annuels*

Finalement, le Ministère Public reproche à Y.) et X.) de ne pas avoir procédé annuellement à la publication des comptes annuels, notamment pour les bilans des années 2005 et 2006.

Lors de son audition en date du 26 janvier 2010 devant les agents du Service Régional des Polices Spéciales, Y.) a prétendu que les bilans auraient dû être établis par la **FID1.)**.

X.) conteste pour sa part l'infraction lui reprochée en ce sens qu'il n'aurait été que simple salarié et non gérant de droit ou de fait dans la société **SO1.) INVEST Sàrl**, de sorte que cette obligation de publier les bilans ne lui incomberait pas.

Concernant la qualité de X.) au sein de la société litigieuse, il y a lieu de renvoyer aux développements précédents desquels il ressort qu'il était gérant de fait et de ce fait, l'obligation de publier les bilans lui incombe également.

Il appert du rapport d'activité de la curatrice Maître Suzanne OZCAN et de ses déclarations en audience du 7 avril 2011, que ni Y.), ni X.) pourtant gérant de fait, ne se sont préoccupés de la publication des bilans des années 2005 et 2006 pour le compte de la société **SO1.) INVEST Sàrl** et que la curatrice n'a jamais reçu aucun document à ce sujet.

Le témoin **T1.)** qui s'occupait de la domiciliation de la société **SO1.) INVEST Sàrl**, a déclaré tant lors de son audition devant les enquêteurs de la Police Judiciaire, Section Banques, Assurances, Bourses et Fiscalité, qu'à l'audience du 7 avril 2011, que la **FID1.)** n'avait pas vocation à publier les bilans de la société **SO1.) INVEST Sàrl** et que de toute manière, il n'avait pas reçu suffisamment de documents pour établir un bilan en bonne et due forme.

Le Tribunal retient que Y.), en sa qualité de gérant de droit de la société litigieuse, et X.), en sa qualité de gérant de fait, avaient l'obligation de s'occuper de la de la publication des bilans dans les délais ou, pour le moins, de vérifier que les bilans aient été publiés en cas de délégation de cette tâche à une fiduciaire, de sorte que l'infraction libellée sub 5) dans la citation à prévenus est à retenir pour les exercices 2005 et 2006.

## III.2. Faits reprochés à Y.)

### *II.2.a. Défaut de se rendre aux convocations de la curatrice*

Le Ministère Public reproche à Y.) de ne pas s'être rendu aux convocations lui envoyées par la curatrice.

Maître Suzanne OZCAN a déclaré à l'audience du 7 avril 2011, que Y.) ne l'avait jamais contactée malgré de nombreux courriers envoyés et appels téléphoniques passés par elle.

Y.) a affirmé avoir subi une sévère dépression à cette époque et ne pas avoir réagi aux diverses convocations, alors qu'il voulait en finir avec la société **SO1.) INVEST Sàrl**.



Au vu des déclarations de la curatrice et de l'aveu du prévenu, l'infraction libellée à l'encontre de Y.) seul, sub 2) dans la citation à prévenus, doit être retenue à l'encontre de ce dernier.

Ainsi, Y.) et X.) sont convaincus, au vu des éléments du dossier répressif, des débats menés à l'audience et des déclarations de Suzanne OZCAN, E.) et T2.) :

*« comme auteurs ayant eux-mêmes exécuté les infractions en leur qualité de dirigeants responsables de la société à responsabilité limitée SOCI.) INVEST Sàrl, avec siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement n° 633/08 du 2 mai 2008 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,*

*1) entre décembre 2006 et mars 2007, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,*

*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 et de fait, de mauvaise foi, fait des biens de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles directement et d'avoir fait des pouvoirs qu'ils possédaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles,*

*en l'espèce, d'avoir, en tant que dirigeants responsables de la société SOCI.) INVEST Sàrl, de mauvaise foi et à des fins personnelles détourné au préjudice de cette société les sommes d'argent suivantes prélevées en espèces du compte de cette société auprès de la banque BQUE1.) LUXEMBOURG S.A. ;*

- *100.000 euros prélevés le 21 décembre 2006 ;*
- *5.000 euros prélevés le 11 janvier 2007 ;*
- *3.500 euros prélevés le 24 janvier 2007 ;*
- *12.000 euros prélevés le 7 février 2007 ;*
- *5.000 euros prélevés le 21 février 2007 ;*
- *10.000 euros prélevés le 26 février 2007 ;*
- *6.000 euros prélevés le 19 mars 2007 ;*
- *8.000 euros prélevés le 27 mars 2007 ;*

*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) le 28 décembre 2006, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,*

*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 et de fait, de mauvaise foi, fait des biens un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles et d'avoir fait des pouvoirs qu'ils possédaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles,*

*en l'espèce, d'avoir, en tant que dirigeants responsables de la société SOCI.) INVEST Sàrl, de mauvaise foi et à des fins personnelles détourné au préjudice de cette société la somme d'argent de 20.000 euros virée du compte de cette société auprès de la banque BQUE1.) LUXEMBOURG S.A. vers le compte de l'épouse du prévenu X.), à savoir A.), auprès de la banque BQUE2.) S.A.,*

*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 ;*

*3) depuis le 29 juin 2005, date de la constitution de la société SOCI.) INVEST Sàrl, au 2 mai 2008, date du prononcé de la faillite, au siège de la société SOCI.) INVEST Sàrl à L-(...), (...),*

*de s'être rendus coupables 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 SOCI.) INVEST Sàrl 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 ;*

4) depuis un temps non-prescrit, mais au plus tard depuis le 15 juillet 2007, soit un mois après la date de signification d'une contrainte exécutoire du Centre Commun de la Sécurité Sociale, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

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 le 29 juin 2005, date de la constitution de la société SOC1.) INVEST Sàrl, au 2 mai 2008, date du prononcé de la faillite, au siège de la société SOC1.) INVEST Sàrl 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 procédé pour la société SOC1.) INVEST Sàrl à la publication des comptes annuels pour les années 2005 et 2006 par dépôt au Registre de Commerce et des Sociétés. »

Y.) est encore convaincu, au vu des éléments du dossier répressif, des déclarations de Suzanne OZCAN, ensemble les débats menés à l'audience :

« comme auteur ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de dirigeant de droit de la société à responsabilité limitée SOC1.) INVEST Sàrl, avec siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite suivant jugement n° 633/08 du 2 mai 2008 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

1) Le 28/12/2006, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

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, de mauvaise foi, fait des biens un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles et d'avoir fait des pouvoirs qu'il possédait, en cette qualité, un usage qu'il savait contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles,

en l'espèce, d'avoir, en tant que dirigeant responsable de la société SOC1.) INVEST Sàrl, de mauvaise foi et à des fins personnelles détourné au préjudice de cette société la somme d'argent de 10.000 euros virée du compte de cette société auprès de la banque BQUE1.) LUXEMBOURG S.A. vers le compte de son ex-épouse B.) auprès de la banque BQUE3.),

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 la date du jugement déclaratif de faillite du 2 mai 2008, en l'étude du curateur de faillite, Me Suzanne OZCAN, 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 Suzanne OZCAN, avocat demeurant à Luxembourg, qui lui ont été adressées au sujet de la faillite de la société SOC1.) INVEST Sàrl. »

#### Quant aux peines à prononcer :

- Y.)

Les infractions retenues contre Y.) se trouvent toutes en concours réel entre elles. Conformément aux dispositions de l'article 60 du Code pénal, il convient dès lors de ne prononcer que la peine la plus forte qui pourra être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

La peine la plus forte est prévue à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, qui punit l'abus de biens sociaux d'une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 à 25.000 euros ou d'une de ces peines.

En l'espèce, la gravité des faits commis et les désintéret complet dont a fait preuve le prévenu dans le cadre de la gestion de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**, justifient la condamnation de **Y.)** à une peine d'emprisonnement de **18 mois** et à une amende de **3.000 euros**.

Comme **Y.)** n'a pas encore subi, jusqu'à ce jour de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et qu'il ne semble pas indigne de l'indulgence du Tribunal; il y a lieu de lui accorder la faveur du sursis intégral quant à l'exécution de la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

- **X.)**

Les infractions retenues contre **X.)** se trouvent toutes en concours réel entre elles. Conformément aux dispositions de l'article 60 du Code pénal, il convient dès lors de ne prononcer que la peine la plus forte qui pourra être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

La peine la plus forte est prévue à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, qui punit l'abus de biens sociaux d'une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 à 25.000 euros ou d'une de ces peines.

En l'espèce, **X.)** était le bénéficiaire direct des détournements commis par lui et **Y.)**. Au vu de la gravité des faits commis, du désintéret complet dont a fait preuve le prévenu dans le cadre de la gestion de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**, et de son casier judiciaire spécifique, il y a lieu de condamner de **X.)** à une peine d'emprisonnement de **26 mois** et à une amende de **5.000 euros**.

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 20 janvier 2010, Maître Suzanne OZCAN, curatrice de la société **SOC1.) INVEST Sàrl** s'est constituée partie civile au nom et pour le compte de la prédite société, déclarée en état de faillite contre les prévenus **X.)** et **Y.)**, préqualifiés, défendeurs au civil.

Il y a lieu de donner acte au demandeur au civil de sa constitution de partie civile.

Maître Suzanne OZCAN a demandé la condamnation de **X.)** et **Y.)** à la somme de 242.741,90 euros, y compris les intérêts légaux du jour du prononcé de la faillite, le 2 mai 2008, jusqu'à solde, du chef de dommage matériel subi dans le chef de la société en faillite **SOC1.) INVEST Sàrl**, suite aux détournements repris dans l'ordonnance de renvoi et dans la citation à prévenus.

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

Le Tribunal est incompétent pour connaître de la demande en indemnisation, en ce qu'elle a trait au montant de 33.600 euros représentant la valeur du véhicule de marque AUDI A3, immatriculé (...)(L), eu égard à la décision d'acquiescement à intervenir au pénal à l'égard des prévenus **X.)** et **Y.)**.

Toutefois, pour le surplus de la demande civile, à savoir 212.183,90 euros, la Tribunal est compétent pour en connaître au vu de la décision de condamnation des prévenus **X.)** et **Y.)**.

Au vu des développements qui précèdent, des pièces versées au dossier répressif et des détournements retenus à l'encontre des défendeurs au civil, la demande de la curatrice Maître Suzanne OZCAN est à déclarer fondée et justifiée pour le montant de 212.183,90 euros avec les intérêts au taux légal à compter du 2 mai 2008, jour du prononcé de la faillite, jusqu'à solde.

Il y a dès lors lieu de condamner **X.)** et **Y.)**, solidairement sinon in solidum, à payer à Maître Suzanne OZCAN, prise en sa qualité de curatrice de la société en faillite **SOC1.) INVEST Sàrl**, la somme de 212.183,90 euros avec les intérêts au taux légal à compter du 2 mai 2008, jour du prononcé de la faillite, jusqu'à solde.

### PAR CES MOTIFS :

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, douzième chambre, siégeant en matière correctionnelle, **statuant contradictoirement**, les prévenus et défendeurs au civil, **Y.)** et **X.)**, et le mandataire de **X.)**, entendus en leurs explications, moyens de défense et conclusions au civil, la défenderesse au civil et son mandataire entendus en leurs conclusions, et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

#### statuant au pénal

##### Y.)

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

**c o n d a m n e** **Y.)** du chef des infractions retenues à sa charge, à une peine d'emprisonnement de **dix-huit (18) mois** et à une amende de **trois mille (3.000) euros**, ainsi qu'aux frais de la poursuite pénale fixés à 35,69 euros;

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

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

**a v e r t i t** **Y.)** 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 ;

##### X.)

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

**c o n d a m n e** **X.)** du chef des infractions retenues à sa charge, à une peine d'emprisonnement de **vingt six (26) mois** et à une amende de **cinq mille (5.000) euros**, ainsi qu'aux frais de la poursuite pénale fixés à 35,69 euros;

**f i x e** la durée de la contrainte par corps en cas de non paiement de l'amende à cent (100) jours ;

#### statuant au civil

**d o n n e a c t e** à la demanderesse au civil, pris en sa qualité de curatrice de la faillite de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**, de sa constitution de partie civile;

se déclare **i n c o m p é t e n t** pour connaître de la demande en ce qu'elle a trait au montant de 33.600 euros représentant la valeur du véhicule de marque AUDI A3, immatriculé (...) (L),

se déclare **c o m p é t e n t** pour connaître de la demande civile pour le surplus;

déclare la demande **r e c e v a b l e** en la forme;

la **d i t** fondée et justifiée pour le montant de **deux cent douze mille cent quatre-vingt-trois virgule quatre-vingt-dix (212.183,90) euros** avec les intérêts au taux légal à compter du 2 mai 2008, jour du prononcé de la faillite, jusqu'à solde;

**c o n d a m n e** **X.)** et **Y.)**, solidairement sinon in solidum, à payer à Maître Suzanne OZCAN, prise en sa qualité de curatrice de la faillite de la société **SOC1.) INVEST Sàrl**, le montant de **deux cent douze mille cent quatre-vingt-trois**

**virgule quatre-vingt-dix (212.183,90) euros** avec les intérêts au taux légal à compter du 2 mai 2008, jour du prononcé de la faillite, jusqu'à solde;

**c o n d a m n e X.) et Y.),** solidairement aux frais de la demande civile dirigée contre eux.

Par application des articles 14, 15, 16, 27, 28, 29, 30, 60 et 489 du Code pénal; articles 1, 2,3, 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 626, 627, 628 et 628-1 du Code d'instruction criminelle ; article 163 et 171-1 de la loi modifiée du 15 août 1915; articles 574 4°, 574 6°, 574 5° du Code de commerce, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Nathalie JUNG, vice-présidente, Christina LAPLUME, juge, et Isabelle JUNG, juge, et prononcé par Madame la vice-présidente en audience publique au Tribunal d'Arrondissement à Luxembourg, en présence de Manon WIES, attachée de justice, et de Pierre SCHMIT, greffier assumé, qui, à l'exception de la représentante du Ministère Public, ont signé le présent jugement ».

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 25 juillet 2012 au pénal et au civil par le mandataire du prévenu et défendeur au civil et par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 22 octobre 2012, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 13 février 2013 devant la Cour d'appel de Luxembourg, 10<sup>e</sup> chambre correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

L'affaire fut décommandée.

Sur citation du 2 janvier 2013 les parties furent à nouveau requises de comparaître à l'audience publique du 26 février 2013 devant la Cour d'appel de Luxembourg, 5<sup>e</sup> chambre correctionnelle, lors de laquelle le prévenu et défendeur au civil fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Alexandre DILLMANN, avocat à la Cour, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC1.)** s.à.r.l. fut entendu en ses conclusions.

Maître Benoît ENTRINGER, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu et défendeur au civil.

Monsieur l'avocat général Jean ENGELS, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en ses déclarations.

## **LA COUR**

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 16 avril 2013, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 25 juillet 2012, **X.)** a régulièrement fait relever appel au pénal et au civil d'un jugement contradictoirement rendu le 10 juillet 2012 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration au même greffe en date du 25 juillet 2012, le Procureur d'Etat a également régulièrement relevé appel limité au prévenu **X.)** contre le jugement précité.

Le prévenu **X.)** a été retenu, en sa qualité de dirigeant de fait de la société **SOC1.)** s.à.r.l. dans les liens de la prévention d'abus de biens sociaux pour avoir détourné une partie de l'actif social de la société, en l'occurrence pour avoir prélevé entre le 21 décembre 2006 et le 27 mars 2007 en tout 149.500 euros du compte de la société auprès de la banque **BQUE1.)** Luxembourg S.A.. Il a encore été retenu en cette même qualité dans la prévention d'abus de biens sociaux en ayant effectué un virement de 20.000 euros du compte de la société **SOC1.)** s.à.r.l. auprès de la banque **BQUE1.)** Luxembourg S.A. vers le compte de son épouse **A.)**, auprès de la banque **BQUE2.)** S.A.. Il a encore été retenu dans les liens de différentes préventions de banqueroute simple ( défaut de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal, non-respect de l'obligation de tenir des livres de commerce ainsi que non-respect de l'obligation de procéder à la publication des comptes annuels pour les années 2005 et 2006). Il a été condamné du chef de ces préventions à une peine d'emprisonnement de vingt-six mois ainsi qu'à une amende de cinq mille euros. Le prévenu a été acquitté de la prévention de banqueroute frauduleuse consistant dans le détournement du véhicule AUDI A3, immatriculé (...) (L).

**X.)** fait grief aux premiers juges d'avoir considéré qu'il était dirigeant de fait de la société **SOC1.)** s.à.r.l. Il apparaîtrait du dossier répressif que le dirigeant de droit et de fait aurait été **Y.)**. Lui-même n'aurait exercé aucun pouvoir de direction et de contrôle au sein de la société et il ne se serait jamais occupé ni de la gestion, ni de la comptabilité de celle-ci. Il aurait travaillé pour le compte de la société **SOC1.)** s.à.r.l. et son activité aurait consisté à démarcher des clients potentiels et à leur fournir des conseils dans le but du développement et de l'organisation d'un commerce pharmaceutique en gros. Il n'aurait toutefois jamais été rémunéré par la société **SOC1.)** s.à.r.l. pour ces prestations. Il conteste tant la prévention de banqueroute frauduleuse que la prévention d'abus de biens sociaux, à savoir aussi bien le détournement du véhicule AUDI A3, immatriculé (...) (L) que le détournement d'importantes sommes d'argent prélevées du compte bancaire de la société **SOC1.)** s.à.r.l. auprès de la banque **BQUE1.)** Luxembourg S.A.. Il conteste avoir donné un quelconque ordre à qui que ce soit de procéder à des virements de sommes d'argent au profit de tierces personnes et fait valoir ne jamais avoir prélevé des sommes d'argent du compte bancaire de la société **SOC1.)** s.à.r.l.. Concernant plus particulièrement le prélèvement de la somme de 100.000 euros, le prévenu fait grief au tribunal d'avoir rejeté l'attestation testimoniale du témoin **D.)**. Il verse cette attestation testimoniale à la Cour à l'effet d'établir que, contrairement à la déposition du témoin **T2.)** selon laquelle **Y.)** lui aurait remis la somme de 100.000 euros et sur laquelle le tribunal s'est basé pour déclarer le prévenu convaincu de la prévention d'abus de biens sociaux libellée sub I.2) dans la citation à prévenu, **X.)** s'est trouvé à Heidelberg durant toute la journée du 21 décembre 2006 et n'a donc pas pu recevoir de l'argent du co-prévenu **Y.)**.

Il conteste également avoir effectué un virement du compte bancaire de la société vers le compte de son épouse, **A.)**, auprès de la banque **BQUE2.)** S.A.. Il critique le tribunal pour ne pas avoir considéré qu'un contrat de travail en bonne et due forme avait été conclu entre la société **SOC1.)** s.à.r.l. et **A.)** et pour avoir retenu que le salaire touché par celle-ci n'aurait pas été un salaire fictif.

Il continue également à contester les trois infractions de banqueroute simple, visées aux articles 574-4 et 575-6 du Code de Commerce, ainsi que l'infraction à l'article 163-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, qui lui sont reprochées par le ministère public, à savoir l'omission d'avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal, le non-respect de l'obligation de tenir des livres de commerce ainsi que le non-respect de l'obligation pour la société **SOC1.)** s.à.r.l. d'avoir procédé à la publication des comptes annuels pour les années 2005 et 2006.

Le prévenu demande par conséquent l'acquittement de l'ensemble des infractions retenues à sa charge.

La défense du prévenu conclut à l'acquittement de l'ensemble des préventions libellées à son encontre, alors qu'il ne résulterait d'aucun élément probant du dossier répressif que **X.)** aurait agi en tant que dirigeant de fait de la société **SOC1.)** s.à.r.l.. Le mandataire du prévenu critique les juges de première instance pour avoir retenu la qualité de dirigeant de fait de **X.)** sur base des dépositions du curateur, du représentant de la fiduciaire de la société **SOC1.)** s.à.r.l. et sur les déclarations du co-prévenu **Y.)**. Les dépositions du curateur et du comptable seraient trop imprécises et ne seraient étayées par aucune pièce justificative alors que les déclarations du dirigeant de droit ne seraient que des mensonges, et ne se trouveraient corroborées par aucun élément probant du dossier répressif. La défense fait valoir que **X.)** ne se serait pas immiscé ni dans la gestion, ni dans l'administration ou la direction de la société. Le prévenu n'aurait accompli aucun acte positif de direction traduisant une immixtion effective dans le fonctionnement de la société, voire un pouvoir de décision au sein de celle-ci. La société **SOC1.)** s.à.r.l. aurait été constituée par des investisseurs suisses et **Y.)** aurait été nommé dirigeant de droit de cette société. Concernant notamment le détournement de la somme de 100.000 euros reprochée à **X.)**, la défense du prévenu donne à considérer que les affirmations de **Y.)** confirmées par la déposition du témoin **T2.)** sont contredites par la déposition du témoin **D.)**.

Le représentant du ministère public considère qu'il existe un doute quant à la qualité de dirigeant de fait de **X.)** au sein de la société **SOC1.)** s.à.r.l. Il fait remarquer, à cet égard, que pour qualifier **X.)** de dirigeant de fait de la société **SOC1.)** s.à.r.l., la juridiction de première instance s'est basée sur les témoignages du comptable de la société en faillite **T1.)**, sur les explications de la curatrice Maître Suzanne OZCAN, ainsi que sur les déclarations du dirigeant de droit et co-prévenu **Y.)**. Or, ces témoignages ne suffiraient pas à établir que le prévenu **X.)** a posé des actes au sein de la société de nature à lui conférer la qualité de dirigeant de fait, aucun acte concret de gestion ou d'administration n'étant relaté par les témoins en question.

Le prévenu serait en conséquence et par réformation du jugement entrepris à acquitter de toutes les préventions de banqueroute simple, de banqueroute frauduleuse, de défaut de publication des bilans et d'abus de biens sociaux libellées principalement et subsidiairement à sa charge par le ministère public, de même qu'il y aurait lieu de confirmer l'acquittement relatif au détournement de la voiture reproché au prévenu.

Le représentant du ministère public précise encore, concernant le prélèvement de 100.000 euros, que les déclarations du dirigeant de droit **Y.)** et la déposition

du témoin **T2.**) sont contredites par l'attestation testimoniale du témoin **D.**), qui aurait à tort été rejetée par le tribunal en application de l'article 402 du nouveau code de procédure civile, la preuve étant libre en matière pénale.

La Cour tient tout d'abord à préciser que 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 cessations de paiements, c'est à-dire de faillite ; ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels par les juridictions répressives ( GARRAUD, Traité du Droit pénal Français, t.6, n° 2667). Si traditionnellement, seuls les commerçants, personnes physiques, étaient susceptibles d'être les auteurs du délit de banqueroute, la jurisprudence a évolué et considère qu'un dirigeant de fait peut également avoir la qualité de banqueroutier ( JCL Pénal des affaires, Fasc.10 Banqueroute et autres infractions, I. Banqueroute, A. Conditions nécessaires à la condition de l'infraction ).

La prévention d'abus de biens sociaux ne peut être retenue qu'à l'égard d'une personne qui a la qualité de dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale.

La notion de dirigeant de fait, vise toute personne qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale d'une société, sous le couvert ou aux lieux et place de ses représentants légaux (cf. Traité de droit commercial, Ripert et Roblot, Tome 2, p. 1220 ; J.L. Rives-Lange, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », D.1975, I, 41 ; E. Joly et C. Joly-Baumgartner, L'abus de biens sociaux à l'épreuve de la pratique, p. 229 et suivantes).

Le dirigeant de fait se comporte, sans partage, comme maître de l'affaire. Il exerce son activité sous le couvert et au lieu et place du représentant légal, mais sans en avoir le pouvoir.

La gestion de la société peut être attribuée au dirigeant de fait, en ce cas le dirigeant de droit n'est qu'un homme de paille ou elle peut résulter de l'action de concert entre ces deux personnes.

Le juge pénal dispose d'un large pouvoir d'appréciation de la qualité de dirigeant de fait. Il lui incombe, de rechercher quel a été le rôle effectif de l'individu dont la responsabilité pénale est recherchée. Il ne peut se limiter à constater les qualités formelles de celui qui est, ou n'est pas, dirigeant de droit. C'est la participation criminelle effective qui prime sur la distinction pouvoir légal/pouvoir de fait ( Marie-Christine SORDINO, Le délit de banqueroute, Contribution à un droit pénal des procédures collectives, Litec 1996, n° 153).

Pour retenir la direction de fait, il convient d'établir que la personne incriminée a accompli des actes positifs de direction traduisant une immixtion effective dans le fonctionnement de la société. Il s'agit de se fonder sur un faisceau d'indices pertinents, précis et concordants et des actes démontrant que leur auteur est en mesure de décider du sort commercial et financier de l'entreprise ( JCL Pénal des affaires, Fasc. 10, Banqueroute et autres infractions I. Banqueroute A. Conditions nécessaires à la constitution de l'infraction). Il faut partant établir en quoi le prévenu a pris une part essentielle dans des fonctions déterminantes



pour la direction de l'entreprise et de manière indépendante ( Cass. com. 12 juillet 2005, n° 03-14.045 : JurisData n° 2005-029479).

Le dirigeant de fait est celui qui se comporte comme le dirigeant de droit, c'est-à-dire, agissant de manière indépendante, a la signature bancaire, conclut les contrats importants au nom de la société, embauche et licencie le personnel détermine la politique de l'entreprise, et est reconnu comme le maître de celle-ci par les tiers ( JCL Pénal des affaires, préc. n° 16 et les références y citées).

La preuve de la gestion de fait se fait par tous moyens. La jurisprudence et la doctrine ont permis de déterminer ainsi certains critères de la direction de fait; il s'agit de rechercher s'il existe des personnes, autres que les organes de la société, qui:

- perçoivent des sommes supérieures aux dirigeants de droit; - ont titulaires de la signature bancaire et qui sont directement en relation avec les établissements de crédit;
- exercent un pouvoir dans les principales décisions de gestion de l'entreprise et signent les contrats importants;
- sont chargées d'embaucher le personnel;
- ont apporté un financement primordial; (cf. Marie-Christine SORDINO, Le délit de banqueroute, Contribution à un droit pénal des procédures collectives, Litec 1996, no.155, et références citées ; cf également E. Joly et C. Joly-Baumgartner, précité, qui retiennent comme principaux critères : l'embauche de salariés, la signature bancaire, la maîtrise des contrats importants, la politique de la société, la prise en charge de l'administratif et la rémunération).

Tous ces critères ne sont cependant que des indices qui, pris isolément, ne permettent pas de prouver de façon certaine que la personne mise en cause soit réellement un dirigeant de fait.

Pour établir la preuve de la gestion de fait dans le chef **X.**), la juridiction de première instance s'est appuyée sur les dépositions de la curatrice ainsi que du témoin **T1.**). La Cour d'appel se doit cependant de constater que ces dépositions ne font que refléter une interprétation du comportement du prévenu, mais aucun fait précis et vérifiable ne permet de retenir, à l'abri de tout doute, que **X.**) ait posé des actes démontrant la qualité de gérant de fait de la société. Il ne se dégage en effet pas du dossier répressif que le prévenu aurait établi des relations avec des clients, qu'il aurait conclu des contrats, procédé personnellement au recrutement de salariés et négocié les conditions de rémunération.

Face aux contestations de **X.**), l'affirmation du co-prévenu **Y.**) consistant à dire qu'il aurait remis les sommes prélevées du compte bancaire de la société **SOC1.**) s.à.r.l. auprès de la banque **BQUE1.**) Luxembourg S.A. à **X.**) n'emporte pas la conviction de la Cour d'appel. Ainsi, la remise des 100.000 euros alléguée par **Y.**) et soutenue par le témoignage **T2.**) est contredite par l'attestation testimoniale versée par le prévenu et rejetée à tort par les juges de première instance tel que justement relevé par le représentant du ministère public.

En outre, s'il est établi, au vu d'un courrier de la banque **BQUE1.**) du 11 avril 2011, que le prévenu disposait d'une procuration bancaire sur le compte de la

société, il n'est aucunement établi que le prévenu ait fait usage de ce droit. Les prélèvements mentionnés dans la citation du ministère public ont tous été effectués par le dirigeant de droit **Y.)** et il n'est pas établi en quoi **X.)** aurait pris une part effective dans le prélèvement et l'affectation de ces sommes et qu'il aurait contrôlé l'utilisation de ces fonds. A défaut de pièces justificatives, il n'est pas non plus établi que **X.)** se serait fait octroyer par la société des rémunérations excessives eu égard aux ressources et à la situation de la société. Il ne se dégage pas non plus du dossier soumis à la Cour que le prévenu aurait organisé ou dirigé la réalisation d'opérations financières avec des tierces entreprises.

Aussi les affirmations du prévenu consistant à dire que son activité se serait limitée à conseiller des clients potentiels dans le but de développer et d'organiser un commerce pharmaceutique en gros ne se trouvent énervées par aucun élément concret du dossier répressif.

Au regard des considérations qui précèdent, il n'est pas établi, à l'exclusion de tout doute raisonnable, que le prévenu ait développé, en dehors de tout mandat social, une activité positive dans l'administration générale, la direction ou la gestion de la société **SOC1.)** s.à.r.l..

C'est donc à tort que le tribunal a retenu que **X.)** a agi en tant que dirigeant de fait de la société **SOC1.)** s.à.r.l. et il y a lieu de réformer le jugement entrepris sur ce point.

Ce doute sur sa qualité de dirigeant de la société entraîne que le prévenu ne saurait être retenu ni dans les liens de la prévention de banqueroute simple ni dans les liens de banqueroute frauduleuse, ni dans les liens de la prévention de l'infraction d'abus de biens sociaux, ni dans les liens de la prévention d'infraction à la législation sur les sociétés commerciales.

Il y a dès lors lieu de réformer le jugement entrepris, en ce qu'il a condamné le prévenu du chef des préventions retenues à sa charge et de confirmer l'acquiescement de la prévention d'infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Au vu de la décision d'acquiescement de l'ensemble des préventions libellées à l'encontre de **X.)**, le prévenu est à renvoyer des fins de la poursuite sans peine ni dépens.

A l'audience de la Cour d'appel du 26 février 2013, Maître Alexandre DILLMANN en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC1.)** s.à.r.l. conclut à la condamnation de **X.)** à lui payer le montant de 212.183,90 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de l'infraction jusqu'à solde.

Au regard de la décision à intervenir au pénal, la juridiction saisie est incompétente pour connaître de cette demande.

### **PAR CES MOTIFS,**

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu et défendeur au civil entendu en ses explications et moyens, le demandeur au civil en ses conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

**déclare** les appels recevables,

**confirme** la décision entreprise en ce qu'elle a acquitté **X.**) de la prévention d'infraction à l'article 171-1 quant au véhicule AUDI A3, immatriculé (...) (L);

**dit** pour le surplus fondé l'appel du prévenu **X.**);

**réformant:**

**acquitte** le prévenu **X.**) de toutes les infractions mises à sa charge et le **renvoie** des fins de la poursuite sans peine ni dépens;

**laisse** les frais de la poursuite pénale dans les deux instances à charge de l'Etat;

**se déclare** incompétente pour connaître de la demande civile;

**laisse** les frais de la demande civile à charge de la partie demanderesse.

Par application des articles 199, 202, 203, 209, 211 et 212 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 Madame Lotty PRUSSEN, premier conseiller, président, et Mesdames Danielle SCHWEITZER et Elisabeth WEYRICH, 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 Madame Lotty PRUSSEN, premier conseiller, en présence de Monsieur Jeannot NIES, premier avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.