

Arrêt N° 235/13 V.
du 30 avril 2013
(Not. 14439/11/CD)

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

1. **P.1.**), né le (...) à (...), demeurant à L-(...), actuellement détenu au Centre Pénitentiaire de Schrassig
2. **P.2.**), née le (...) à (...), demeurant à L-(...)

prévenus, **appelants**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 13^e chambre correctionnelle, le 5 décembre 2012, sous le numéro 3734/12, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu le rapport d'activité du curateur Maître Marguerite RIES du 16 mai 2011.

Vu la citation à prévenu du 7 juin 2012 régulièrement notifiée aux prévenus.

Vu le dossier répressif constitué par le Ministère Public à l'encontre des prévenus sous la notice n°14439/11/CD et notamment le procès-verbal n°24/2012 du 23 janvier 2012 de la police grand-ducale d'Esch-sur-Alzette, C.P. Roeser.

Le Ministère Public reproche au prévenu **P.1.)** et **P.2.)** d'avoir, depuis un temps non prescrit, au siège de la société **SOC.1.)** S.à r.l., (...), L-(...), en leur qualité de dirigeants de droit ou de fait responsables de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** S.à r.l. établie et ayant eu son siège social à L-(...) commis l'infraction de banqueroute simple principalement en infraction de l'article 574 6° du Code de commerce, par le fait de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** S.à r.l. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de Commerce (actuellement article 11 du Code de Commerce suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et les Sociétés), de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de Commerce (actuellement article 15 du Code de Commerce, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et les Sociétés), subsidiairement en infraction à 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 et d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive.

Le Ministère Public reproche en outre aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)** d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple par le fait de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelques nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social.

Le Ministère Public reproche encore aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)** d'avoir depuis le 1^{er} janvier 2011, au greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, commis l'infraction de banqueroute simple par le fait 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.

Le Ministère Public reproche encore aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)**, depuis un temps non-prescrit au siège de la société **SOC.1.)** S.à r.l., (...), L-(...) en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir procédé à la publication du bilan de l'année 2009 dans le délai légal.

Le Ministère Public reproche finalement aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)**, entre le 1^{er} janvier 2011 et le 31 décembre 2011, au siège de la société **SOC.1.)** S.à r.l., à L-(...), en infraction à l'article 449 (1) 3) du Code de la Sécurité Sociale, dans leur qualité de chef d'entreprise ou de patron de ne pas avoir employé aux fins d'assurance un montant de 95.822,94 euros redou au Centre commun de la sécurité sociale au titre de part assurés des cotisations sociales rédues et d'avoir dans les mêmes circonstances de temps et de lieux avoir frauduleusement détourné au préjudice du Centre commun de la sécurité sociale un montant de 95.822,94 euros correspondant à la part assurés de cotisations sociales rédues, montant qu'ils étaient chargés, en application de la loi, de retenir sur le salaire des personnes employées par la société **SOC.1.)** S.à r.l. et qu'ils devaient continuer au Centre commun de la sécurité sociale.

1. Les faits :

Par jugement du 11 février 2011, le Tribunal de commerce a déclaré la société **SOC.1.)** S.à r.l. en état de faillite sur assignation et a fixé provisoirement l'époque de cessation des paiements au 11 août 2010.

Le rapport d'activité du curateur Marguerite RIES a été déposé en date du 16 mai 2011.

2. L'état de faillite :

L'infraction de banqueroute simple présuppose la réunion de plusieurs conditions communes. Ainsi, la juridiction répressive doit constater l'état de faillite et vérifier la qualité de commerçant du prévenu. Ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels, par les juridictions répressives (Garraud, Traité du Droit pénal).

Le juge répressif, pour la déclaration de 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.

En principe, seuls les commerçants peuvent être déclarés en état de faillite.

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

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

Il en est de même d'un gérant de fait ou d'un gérant administratif dans une société à responsabilité limitée.

Suivant extrait du Mémorial, Recueil des Sociétés et Associations et des renseignements fournis par le curateur, **P.1.)** occupait la fonction de gérant au sein de la société **SOC.1.)** S.à r.l. depuis le 13 janvier 2011.

Il résulte des documents du Registre de Commerce et des Sociétés que la prévenue **P.2.)** était depuis la constitution de la société **SOC.1.)** S.à r.l. gérante administrative ce qu'elle a confirmé lors de l'audience du 6 novembre 2012.

Le prévenu **P.1.)** a déclaré lors de l'audience du 6 novembre 2012 que lui était en fait le responsable de la société **SOC.1.)** S.à r.l.

Les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** sont dès lors à considérer comme commerçants et peuvent, partant, en cette qualité, être poursuivis de l'infraction de banqueroute.

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple étant indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490), il convient de constater ensuite si la société **SOC.1.)** S.à r.l. se trouve effectivement en état de faillite.

A cet effet, l'époque de la cessation des paiements doit être déterminée.

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 retenue par le jugement du Tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par cette juridiction de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. 1975, I, p.796 ; TAL 26 mars 1987, n°601/87), 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, Traité pratique de Droit criminel rubr p. 438-N).

Le Tribunal de commerce avait, par jugement du 11 février 2011, fixé provisoirement la date de cessation de paiement au 11 août 2010.

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public, dont le rapport d'activité du curateur du 16 mai 2011, le Tribunal tient pour établi que la société **SOC.1.)** S.à r.l. est en état de faillite.

Il résulte en effet du rapport d'activité du curateur que l'actif recueilli par le curateur s'élevait à la somme de 25.000 euros tandis que le passif se chiffrait à environ 389.437,96 euros, se composant notamment d'une créance du Centre Commun de la Sécurité Sociale et d'une créance de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

A l'audience du 6 novembre 2012 le curateur Maître Marguerite RIES a déclaré que le passif total se chiffrait à environs 630.000 euros pour une existence de la société **SOC.1.) S.à r.l.** de plus ou moins 16 mois.

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

Pour qu'il y ait cessation de 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). L'ébranlement du crédit constitutif de la faillite doit être considéré comme constant, lorsque le débiteur a recouru à des moyens frauduleux pour en retarder la révélation (Bruxelles, 23 janvier 1981, Pas. 1981, I, p.36).

Il est acquis en cause au vu des développements qui précèdent que le crédit de la société **SOC.1.) S.à r.l.** est ébranlé puisque la société n'a pas été en mesure de faire face à ses dettes.

En considération de ce qui précède, ensemble les explications fournies par le curateur, il convient de conclure que la date de la cessation des paiements est à fixer au 10 août 2010, date à laquelle la société **SOC.1.) S.à r.l.** n'était plus en mesure de régler ses dettes à l'égard de ses créanciers.

3. Quant aux faits de banqueroute simple libellés par le Ministère public :

I) infraction à l'article 574 6° du Code de Commerce

Il y a lieu de renvoyer aux indications des infractions libellées à l'encontre des prévenus **P.1.)** et **P.2.)** concernant ce point.

La tenue d'une comptabilité, soit dans un livre-journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, relève de la responsabilité du dirigeant de la société, en l'occurrence du gérant administratif et du gérant de fait.

A l'audience du 6 novembre 2012, le curateur de la société **SOC.1.) S.à r.l.**, Maître Marguerite RIES, a déclaré qu'il y a avait certes une comptabilité mais qu'elle n'était pas faite dans les normes fixées par la loi.

Les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** ont indiqué qu'ils avaient chargé une fiduciaire de la comptabilité.

Concernant l'application de l'article 574 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.

Au vu des éléments du dossier répressif ensemble les déclarations du curateur Maître Marguerite RIES le Tribunal estime qu'il y a lieu de retenir l'infraction libellée principalement par le Ministère Public.

II) infraction à l'article 573 4° du Code de commerce

Il est établi en l'espèce qu'aucun inventaire n'a été effectué et les deux prévenus n'ont pas pu justifier de l'emploi des avoirs de la société **SOC.1.) S.à r.l.**

Le Tribunal estime partant que cette infraction est également à retenir à l'encontre des deux prévenus.

III) le défaut de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société SOC.1.) S.à r.l. dans le délai d'un mois à partir de la cessation de paiements :

L'article 574 4° du Code de commerce prévoit que tout commerçant qui n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du Code de commerce, pourra être déclaré banqueroutier simple.

L'article 440 du Code de Commerce prévoit que tout commerçant ou toute société commerciale qui cesse ses paiements doit dans le mois en faire l'aveu au greffe du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de son domicile ou de son siège social.

Il résulte des déclarations du curateur Marguerite RIES et des éléments du dossier répressif que les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** n'ont pas fait l'aveu de la cessation des paiements de la société **SOC.1.)** S.à r.l. dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

Il s'ensuit que l'infraction de banqueroute simple est à retenir à l'encontre des prévenus **P.1.)** et **P.2.)** sur ce point.

4. Quant au non-respect de l'obligation de publication des bilans :

L'article 163-2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés prévoit que sont punis d'une amende de 500 euros à 25.000 euros les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas soumis à l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée du contrôle ainsi que les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas fait publier ces documents et ce en infraction aux prescriptions respectives des articles 75, 132, 197 et 341 de la présente loi et l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

Le Ministère Public reproche aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)** de ne pas avoir publié le bilan de l'année 2009 de la société **SOC.1.)** S.à r.l. dans le délai légal.

A l'audience du 6 novembre 2012 le défenseur des prévenus **P.1.)** et **P.2.)** a fait valoir que les prévenus auraient pu déposer le bilan de 2009 avec le bilan de l'année 2010 de sorte que cette infraction ne serait pas constituée.

Force est cependant de constater que l'extrait du Registre de Commerce et des Sociétés renseigne que le premier exercice social commence le 3 septembre 2009 et se termine au 31 décembre 2009. Les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** étaient partant dans l'obligation de déposer le bilan pour cette période dans le délai légal ce qui n'a pas été fait.

Il y a partant également lieu de retenir les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** dans les liens de cette prévention.

5. Infraction à l'article 449 (1) 3) du Code de la Sécurité Sociale et infraction à l'article 491 du Code pénal :

A l'audience du 6 novembre 2012 les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** ont été en aveu d'avoir commis ces infraction leur reprochées par le Ministère Public.

Le défenseur des prévenus a également admis que ces clients ont commis ces infractions.

Il y a lieu de constater que les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** ont effectivement détourné au préjudice de la Sécurité Sociale la part des assurés des cotisations sociales rédues. Le montant du dommage s'élève à 95.822,94 euros.

Au vu des éléments du dossier et au vu des aveux des prévenus sur ce point il y a lieux de retenir ces deux infractions à leur encontre.

Au vu des éléments du dossier répressif ensembles les débats menés en audience publique, les déclarations du témoin Maître Marguerite RIES et notamment les aveux partiels des prévenus, **P.1.)** et **P.2.)** :

*« comme auteurs ayant eux-mêmes exécuté en leur qualité de dirigeants de droit en ce qui concerne et **P.2.)** et de fait en ce qui concerne **P.1.)** responsables de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** S.à r.l. établie et ayant eu son siège social à L-(...), déclarée en état de faillite suivant jugement n°164/2011 du 11 février 2011 (faillite n°87/2011) du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, IIème chambre, siégeant en matière commerciale :*

- 1. depuis 3 septembre 2009, date de la constitution de la société **SOC.1.)** S.à r.l. jusqu'au jour de la citation à prévenu, au siège de la société **SOC.1.)** S.à r.l., à L-(...),*

de s'être rendu coupable de banque route simple pour :

- a) en infraction de l'article 574 6° du Code de commerce, par le fait de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** S.à r.l. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de Commerce (actuellement article 11 du Code de Commerce suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et les Sociétés), de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du*

Code de Commerce (actuellement article 15 du Code de Commerce, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et les Sociétés),

- b) *en infraction à l'article 573 4° du Code de Commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social ;*
2. *au plus tard depuis le 11 septembre 2010, au greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale ;*

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 440 du Code de commerce et à l'article 574 4° du Code de commerce de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements ;

3. *depuis le 1^{er} juillet 2010, au siège de société **SOC.1.) S.à r.l.**, à L-(...),*

en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir procédé à la publication du bilan de l'année 2009 dans le délai légal ;

4. *entre le 1^{er} janvier 2010 et le 31 décembre 2011, au siège de la société **SOC.1.) S.à r.l.**, à L-(...),*

- 4.1. *en infraction à l'article 449 (1) 3) du Code de la Sécurité Sociale, dans leur qualité de chef d'entreprise ou de patron de ne pas avoir employé aux fins d'assurance les retenus par eux opérées, en vertu des dispositions du Code de la Sécurité Sociale, sur les salaires des personnes qu'ils occupaient, en de ne pas avoir employé aux fins d'assurance un montant de 95.822,94 euros redu au Centre commun de la sécurité sociale au titre de part assurés des cotisations sociales redues*

- 4.2. *en infraction à l'article 491 du Code pénal avoir frauduleusement détourné au préjudice du Centre commun de la sécurité sociale un montant de 95.822,94 euros correspondant à la part assurés de cotisations sociales redues, montant qu'ils étaient chargés, en application de la loi, de retenir sur le salaire des personnes employées par la société **SOC.1.) S.à r.l.** et qu'ils devaient continuer au Centre commun de la sécurité sociale ».*

4) La peine :

Les infractions retenues sub 1. a), sub 1 b) et sub 2. constituent trois cas de banqueroute simple facultative prévues par les articles 574 4°, 574 6° et 573 4° du Code de commerce.

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

En tenant compte de la conjugaison des trois fautes retenues sub 1. a), sub 1. b) et sub 2. le Tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

L'infraction de banqueroute simple et l'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 retenue sub IV) à charge du prévenu, sont en concours réel, de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 60 du Code pénal.

Les infractions retenues sub 4. à l'encontre des prévenus se trouvent en concours idéal entre elles et en concours réel avec l'infraction retenues sub 3. et les infractions retenues sub 1. et sub 2. de sorte qu'il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'article 60 et les dispositions de l'article 65 du Code pénal.

L'article 60 du Code pénal prévoit qu'en cas de concours de plusieurs délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. Cette peine pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

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

L'article 491 du Code pénal prévoit que quiconque aura frauduleusement détourné au préjudice d'autrui des deniers qui lui avait été remis à condition d'en faire un usage déterminé sera puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 5.000 euros.

En tenant compte des fautes commises par les **P.1.)** et **P.2.)** dans le cadre de la faillite de la société **SOC.1.)** S.à r.l. et au vu du très grand dommage causé il y a lieu de condamner tant le prévenu **P.1.)** que la prévenue **P.2.)** à **une peine d'emprisonnement de 24 mois et à une peine d'amende de 2.500 euros pour chacun des prévenus.**

Au vu du casier judiciaire du prévenu **P.1.)** aucun sursis n'est possible.

Pour ce qui est de la prévenue **P.2.)** le Tribunal a encore la possibilité d'accorder un sursis ou un sursis probatoire à la prévenue en ce qui concerne la peine privative de liberté.

Le représentant du Ministère Public a demandé que la peine d'emprisonnement prononcée à l'encontre de la prévenue **P.2.)** soit assortie du sursis probatoire avec la condition de payer le Centre Commun de la Sécurité Sociale.

Le Tribunal estime au vu de l'immense dommage causé par la prévenue **P.2.)** qu'il y a effectivement lieu de lui accorder uniquement la faveur du sursis probatoire avec les conditions indiquées au dispositif du présent jugement.

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

Il y a partant 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 3 mois et qu'il soit inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, aux frais des prévenus.

PAR CES MOTIFS :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, treizième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant *contradictoirement*, les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** et leurs défenseur entendus en leurs explications et moyens de défense, le représentant du Ministère Public en ses réquisitions,

P.1.)

c o n d a m n e P.1.) du chef des infractions retenues à sa charge, qui se trouvent en concours réel et en concours idéal, à **une peine d'emprisonnement de 24 (VINGT-QUATRE) mois et à une peine d'amende de 2.500 (DEUX MILLE CINQ CENTS) euros**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés 33,12 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 50 (CINQUANTE) jours,

P.2.)

c o n d a m n e P.2.) du chef des infractions retenues à sa charge, qui se trouvent en concours réel et en concours idéal, à **une peine d'emprisonnement de 24 (VINGT-QUATRE) mois et à une peine d'amende de 2.500 (DEUX MILLE CINQ CENTS) euros**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés 33,12 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 50 (CINQUANTE) jours,

d i t qu'il sera **sursis** à l'exécution de cette peine d'emprisonnement prononcée à l'encontre de **P.2.)** et la place sous le régime du **sursis probatoire** pendant une durée de 5 (CINQ) ans en lui imposant les obligations suivantes :

- de rembourser le Centre Commun de la Sécurité Sociale ;
- s'adonner à un emploi rémunéré régulier ou suivre une formation professionnelle ou scolaire ou être inscrit comme demandeur d'emploi à l'Administration de l'Emploi ;

a v e r t i t P.2.) que **les conditions du sursis probatoire** sont à respecter, à remplir et à commencer dans un délai d'un mois à partir du moment où le jugement est définitivement coulé en force de chose jugée ;

a v e r t i t P.2.) qu'au cas de soustraction aux mesures ordonnées par le sursis probatoire dans un délai de trois ans à dater du présent jugement, le sursis probatoire sera révoqué;

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

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

Par application des articles 14, 15, 60, 65, 66, 489 et 491 du Code pénal; articles 1, 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196, 629, 630, 632, 633, 633-5 et 633-7 du Code d'instruction criminelle; articles 1, 8, 9, 10,11, 15, 440, 573 et 574 du Code de commerce ; article 163 de la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciales dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Sylvie CONTER, Vice-président, Steve VALMORBIDA, premier juge et Antoine SCHAUS, juge, et prononcé, en présence Patrick KONSBRUCK, premier substitut du Procureur d'Etat, en l'audience publique dudit Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, date qu'en tête, par Madame le Vice-président, assistée de la greffière assumée Christiane WEILER, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement ».

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 9 janvier 2013 au pénal et au civil par le mandataire des prévenus et le 11 janvier 2013 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 25 janvier 2013, les prévenus furent requis de comparaître à l'audience publique du 1^{er} mars 2013 devant la Cour d'appel de Luxembourg, 5^e chambre correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience l'interprète assermenté MARQUES PINA Marina put disposer.

Les prévenus furent entendus en leurs explications et moyens de défense.

Maître Antonio RAFFA, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel des prévenus.

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

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et en fixa le prononcé à l'audience publique du 16 avril 2013, lors de laquelle le prononcé fut remis à l'audience publique du 30 avril 2013. A cette dernière audience la Cour rendit l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 9 janvier 2013, **P.1.)** et **P.2.)** ont fait relever appel au pénal et au civil d'un jugement rendu le 5 décembre 2012 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, décision dont la motivation et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent jugement.

Par déclaration d'appel notifiée au susdit greffe en date du 11 janvier 2013, le Procureur d'Etat a également relevé appel contre le prédit jugement.

L'affaire ne comportant pas de volet civil, l'appel au civil relevé par **P.1.)** et **P.2.)** est irrecevable.

Les autres appels sont recevables pour avoir été relevés dans les formes et délai de la loi.

Le prévenu **P.1.)** explique qu'il n'a pris la qualité de gérant administratif de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** qu'en janvier 2011 et qu'avant il ne s'occupait que de la réalisation technique des chantiers de l'entreprise. Ce serait **X.)** qui aurait dirigé la société, qui aurait disposé de l'autorisation d'établissement et de la signature pour engager la société et qui aurait fait les devis. En raison de ses problèmes relationnels avec les clients et en raison du fait que les devis effectués par **X.)** auraient été irréalistes et du fait qu'il n'aurait pas tenu ses engagements envers les clients, la société aurait été vouée à la faillite et **X.)** aurait démissionné en raison de ses problèmes avec les clients qui n'auraient plus voulu avoir à faire à lui.

Le prévenu relève encore qu'il n'aurait eu connaissance de la dette de la société à l'égard des organismes de Sécurité Sociale qu'en janvier 2011. Quant à la comptabilité, elle aurait été faite par les entreprises **F.1.)** et ensuite **F.2.)**, qui auraient disposé de tous les documents comptables. La fiduciaire **F.2.)** aurait été en train de faire le redressement pour la sécurité sociale lorsque la contrainte du Centre Commun de la Sécurité Sociale (CCSS) serait tombée et aurait entraîné la faillite de la société.

La prévenue **P.2.)** explique qu'elle aurait simplement voulu aider son mari en prenant la qualité de gérant administratif. Ce serait le gérant technique **X.)** qui serait responsable de la faillite de la société, dès lors qu'il n'aurait pas su diriger les chantiers et respecter les délais et devis établis par lui.

La défense des prévenus relève d'abord que les sociétés à responsabilité limitée constituent une plaie pour l'économie, dès lors qu'elles ne comporteraient aucune garantie quant au capital à investir qui serait beaucoup trop insignifiant et entraînerait ainsi les multiples faillites au Grand-Duché et la précarité des petits entrepreneurs. Il n'y aurait eu aucun enrichissement de ses clients qui n'auraient pas touché de salaires et une réforme en profondeur serait à entamer par le législateur.

En l'espèce, l'importance des sommes dues au CCSS s'expliquerait par la longue attente des services de la CCSS pour intervenir, mais en tout état de

cause la responsabilité des manquements incomberait à l'unique gérant technique **X.**), qui n'aurait pas été capable de s'entendre ni avec les clients ni avec les ouvriers et qui n'aurait rien fait.

Le mandataire conteste, d'abord, toutes les préventions mises à charge du prévenu **P.1.)** et il demande son acquittement. Il conteste à cet égard la qualité de dirigeant de fait du prévenu, qui ne se serait occupé que de l'aspect technique des chantiers en cours et se serait trouvé tout le temps sur les chantiers en question sans s'occuper des questions d'ordre administratif. Il n'aurait d'ailleurs pas disposé de la signature pour engager la société, de sorte qu'il ne pourrait être condamné pour les faits de banqueroute simple et d'infractions au Code de Commerce ou au Code de la Sécurité Sociale lui reprochés.

S'agissant de la prévenue **P.2.)** elle aurait bien été gérante de la société et elle aurait disposé de parts sociales, mais on ne pourrait pas lui imputer toutes les infractions libellées par le parquet.

Ainsi, la prévention de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient ne serait pas donnée en l'espèce, de même que l'abus de confiance dont les éléments constitutifs manqueraient en l'absence d'un quelconque contrat.

La défense des prévenus relève encore que le rapport du curateur de la faillite de la société **SOC.1.)** sàrl est favorable aux prévenus et il demande à voir réduire substantiellement les peines prononcées et à voir prononcer, le cas échéant, un sursis simple pour la prévenue **P.2.)**, les conditions de la probation ordonnée en première instance étant trop rigoureuses.

Le représentant du ministère public rappelle d'abord que la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** a été déclarée, par jugement du Tribunal de commerce du 11 février 2011, en état de faillite sur assignation du CCSS pour des arriérés de cotisations sociales. Il relève encore que **P.2.)** exerçait dès la constitution de la société la fonction de gérant administratif et que le dénommé **X.)** était le gérant technique, titulaire de l'autorisation d'établissement, qui démissionna de son poste et quitta la société le 15 mars 2010, dès lors qu'il s'était rendu compte que **P.1.)**, sourd à ses propositions et remontrances, dirigeait en réalité la société avec son épouse et prenait les décisions sans son accord, gérait mal le personnel et les coûts, facturait en dessous du prix de revient et dépensait trop d'argent. Après le départ de **X.)**, **P.1.)** et **P.2.)** poursuivaient l'exploitation de la société pendant une période de carence sans autorisation jusqu'au 30 novembre 2010, date d'émission d'une nouvelle autorisation établie au nom d'un certain **Y.)** qui n'aurait toutefois pas pu commencer à exercer son mandat en raison du prononcé de la faillite de la société, de sorte que dès le départ du gérant technique, les deux prévenus ont été les seules personnes au sein de la société pour prendre les commandes et diriger la société. Lors de l'assemblée générale extraordinaire tenue devant notaire en date du 13 janvier 2011, soit seulement un mois avant le prononcé de la faillite, **P.2.)** aurait démissionné de son poste de gérant administratif et elle aurait été remplacée par **P.1.)**.

Selon le représentant du ministère public, la qualité de gérant de droit a en ce sens une influence sur les préventions, étant donné que deux infractions libellées par le ministère public ne peuvent être commises que par le gérant de

droit « *ès qualités* » (aveu de la cessation des paiements et dépôt des comptes sociaux au Registre de commerce et des sociétés). En l'espèce, les préventions de banqueroute simple seraient données, sauf qu'il y aurait lieu de retenir le défaut de faire l'aveu de la faillite et celle du défaut de la publication des bilans seulement à charge de la prévenue **P.2.)** qui était le gérant de droit au moment où les infractions ont été commises.

Quant aux préventions d'infractions aux articles 449 (1) point 3 du Code de la Sécurité sociale et 491 du Code pénal, le représentant du ministère public relève d'abord qu'il appert des pièces versées par le CCSS que les deux prévenus n'ont à aucun moment « payé » ou « continué » dans leur intégralité les cotisations sociales retenues sur les salaires de leurs employés et qu'ils sont en aveu de ne pas avoir continué les parts salariales des cotisations sociales, même s'ils mettent en doute le montant dû. La prévention d'infraction à l'article 449 (1) point 3 serait partant donnée en l'espèce.

Le texte de l'article 449 (1) point 3 du Code de la Sécurité sociale n'exclurait pas qu'un autre texte puisse s'appliquer s'il prévoit une peine plus forte et, en l'espèce, tant l'infraction à l'article 449 du Code de la sécurité sociale que l'abus de confiance commises au cours de l'année 2009 constitueraient des délits soumis à la loi du 6 octobre 2009 à la prescription triennale et ne seraient pas prescrites. Il faudrait en conséquence se poser la question de savoir si le fait pour un employeur de dissiper ou de détourner le montant du prélèvement retenu sur les salaires payés et destiné aux assurances sociales, constitue en sus de l'infraction à l'article 449 (1) point 3 du Code de la Sécurité sociale, un abus de confiance au sens de l'article 491 du Code pénal.

L'analyse des dispositions de l'article 449 du Code de la Sécurité Sociale révélerait que l'employeur est tenu d'informer, sous forme de déclaration mensuelle, le CCSS sur le nombre d'heures prestées par le salarié, sur les heures chômées et le nombre des heures supplémentaires effectuées. Sur base de ces données le CCSS calculerait la cotisation brute mensuelle réduite, englobant la part patronale et la part salariale et il fixerait le montant à retenir. Par la logique des choses le montant définitif ne pourrait être retenu qu'à la fin du mois et une éventuelle compensation se ferait le mois suivant.

Or, pour qu'il y ait abus de confiance il ne suffirait pas que les objets ou sommes détournées aient été remis à un titre quelconque dans un but déterminé, mais il faudrait encore que cette remise ait été faite en exécution d'un contrat (Cour d'appel Reims 18 décembre 1980, Gaz. Pal. 182, II, p. 366), ce qui ne serait pas le cas en ce qui concerne la quote-part des cotisations salariales découlant d'un régime d'assurance obligatoire, dès lors qu'il n'y aurait ni convention expresse ou tacite conclue entre le salarié et son employeur, ni remise de fonds par le salarié à son employeur, le prélèvement étant fait par le patron en dehors de la volonté du salarié et même contrairement à sa volonté, qui ne pourrait s'opposer au paiement.

Il n'y aurait ainsi pas de contrat entre parties, ni de mandat légal imposé par la loi, l'employeur ne représentant pas son salarié vis-à-vis du CCSS et aucun rapport juridique du tout n'existerait entre le patron et le salarié en ce qui concerne les cotisations sociales.

Selon le représentant du ministère public, la loi fait de l'employeur, le « collecteur » des cotisations pour le compte du Centre commun de la Sécurité sociale et l'employeur se trouve simplement dans la situation d'un débiteur

quelconque tenu envers les assurances sociales. Il n'y aurait pas non plus de remise faite à l'employeur au sens de l'article 491 du Code pénal, dès lors qu'il n'y aurait pas eu remise matérielle, le salarié n'ayant à aucun moment remis une part de son salaire à son employeur à charge de le continuer au Centre commun de la Sécurité sociale, puisqu'il n'aurait jamais été en possession de cette part de son salaire. L'on ne pourrait pas parler de remise juridique, puisque la remise juridique présupposerait que le salarié avait à un moment donné la détention matérielle et suite à un accord, il ne posséderait plus, après avoir cédé le titre juridique, que la détention précaire, l'employeur étant propriétaire du salaire brut promis jusqu'au paiement et tant l'employeur que le salarié se voyant imposer par la loi un calcul de pourcentage pour déterminer la cotisation qui sera versée au Centre commun de la sécurité sociale.

Le représentant du ministère public ajoute encore que si l'on voulait poursuivre néanmoins le failli pour abus de confiance des quotes-parts détournées ou dissipées, il ne suffirait pas que l'employeur ne rembourse pas la quote-part salariale au CCSS, mais encore faudrait-il tenir compte du caractère fongible de l'argent et de la conséquence qu'il peut en disposer librement pour son usage personnel à condition d'être en mesure de payer à première demande, l'intention frauduleuse de l'employeur dont la situation financière était au moment du détournement sinon bénéficiaire, du moins en état d'équilibre au cours des mois pendant lesquels il n'a pas payé le Centre commun étant douteuse et le délit ne serait consommé qu'à partir du jour où il ne pourrait pas payer et aurait préalablement dû savoir qu'il ne pourra pas payer.

Selon le représentant du ministère public, la relation ne saurait être analysée comme une stipulation pour autrui ou une cession de dette, la Cour de Cassation française ayant mis fin à la discussion au sujet de la qualité de mandataire de l'employeur concernant le prélèvement des cotisations sociales par un arrêt du 3 mars 1934 en rejetant la prévention d'abus de confiance dans le chef de l'employeur. *« Il ne suffit pas, pour qu'il y ait abus de confiance, que les objets détournés aient été remis à un titre quelconque dans un but déterminé, il faut encore que cette remise ait été faite en exécution d'un des contrats limitativement énumérés par l'article 408 du code pénal. L'employeur lorsqu'il opère sur les salaires les retenues prévues par la loi sur les assurances sociales, n'agit en vertu d'aucun mandat conventionnel ou légal du salarié, de l'Etat ou des caisses. Il devient seulement débiteur, envers les organismes établis par la loi, de la cotisation ouvrière au même titre que de la sienne propre. Dès lors le fait pour lui de s'approprier les sommes représentant les versements de ses ouvriers ne constitue pas le délit d'abus de confiance »* (H. DONNEDIEU DE VABRES note sous Crim 3 mars 1934, D.1934, p.33).

Au sujet de la jurisprudence française en la matière, il y aurait lieu de préciser que le législateur est intervenu en France par une loi du 1^{er} juillet 1934 instituant une incrimination nouvelle, sanctionnée expressément des peines de l'article 408 du Code pénal incriminant l'abus de confiance. Nonobstant cette nouvelle incrimination, aucun texte spécial n'incriminerait en revanche, le détournement par l'employeur de la contribution ouvrière à un régime de retraite complémentaire bien que ces caisses complémentaires, contrairement aux régimes d'assurances sociales qui sont des régimes légaux, ne soient pas des régimes légaux, mais trouvent leurs sources dans des conventions collectives à caractère conventionnel dans la mesure où ils reposent sur un contrat d'adhésion de l'employeur à un organisme de retraite par répartition. Ce serait partant l'existence d'un tel contrat d'adhésion qui permettrait de faire la différence, par rapport aux régimes légaux de sécurité sociale, et de revenir à

l'application de l'article 408 du Code pénal français, de sorte que la qualification de l'abus de confiance redeviendrait possible en présence de prélèvements opérés en application d'un régime d'assurance complémentaire volontaire, puisque dans cette hypothèse le salarié chargerait son employeur de continuer une somme déterminée - une quote-part de son salaire - à une caisse qu'il aurait choisie et avec laquelle il aurait conclu un contrat d'assurance complémentaire non obligatoire respectivement en application d'une convention collective.

Le représentant du ministère public en conclut qu'il convient de vérifier et d'analyser au cas par cas le régime de cotisation applicable et que dans le cas du système luxembourgeois, les éléments constitutifs de l'abus de confiance ne sont pas donnés, de sorte qu'il y aurait lieu d'acquitter les deux prévenus de la prévention d'infraction à l'article 491 du code pénal.

Quant à la peine à prononcer et au vu des acquittements partiels à intervenir, le représentant du ministère public ne s'oppose pas à ne voir prononcer, en application de l'article 20 du Code Pénal, qu'une peine d'amende à charge des deux prévenus.

Le jugement entrepris a retenu les prévenus, en leurs qualités de dirigeant de droit pour **P.2.)** et de dirigeant de fait pour **P.1.)**, dans les liens d'infractions de banqueroute simple en l'occurrence dans les liens des préventions d'infractions aux articles 574 4,° 574 6° et 573 4° du Code de Commerce, sanctionnés par l'article 489 du Code pénal, pour ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** sàrl les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de Commerce (actuellement article 11 du Code de Commerce suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et les Sociétés), pour ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de Commerce (actuellement article 15 du Code de Commerce, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et les Sociétés), pour ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme pour ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social et pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

Les prévenus ont encore été retenus dans les liens de la prévention d'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales pour ne pas avoir procédé à la publication du bilan de l'année 2009 dans le délai légal.

Enfin, les prévenus ont été retenus dans les liens des préventions d'infractions à l'article 449 (1) 3) du Code de la Sécurité Sociale et à l'article 491 du Code Pénal pour ne pas avoir, en leur qualité de chef d'entreprise ou de patron, employé aux fins d'assurance les retenues par eux opérées, en vertu des dispositions du Code de la Sécurité Sociale, sur les salaires des personnes qu'ils occupaient, en l'occurrence pour ne pas avoir employé aux fins d'assurance un montant de 95.822,94 euros redû au CCSS et pour avoir frauduleusement détourné au préjudice du CCSS le montant précité correspondant à la part salariale de cotisations sociales rédues qu'ils étaient chargés, en application de la loi, de retenir sur le salaire des personnes employées par la société **SOC.1.)** sàrl et qu'ils devaient continuer au CCSS.

La Cour d'appel retient d'abord qu'aucune des infractions reprochées aux prévenus n'est prescrite, tel que soulevé à juste titre par le représentant du ministère public. Elle rejoint encore le représentant du ministère public, tant en ce qui concerne la description des faits en cause, qu'en ce qui concerne les rôles et fonctions occupés par les deux prévenus au sein de l'entreprise **SOC.1.)** sàrl, qu'en ce qui concerne l'analyse de la notion d'abus de confiance et du système de prélèvement des cotisations sociales luxembourgeois, qu'en ce qui concerne encore l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence française relative à l'abus de confiance en matière de paiement des cotisations sociales.

C'est ainsi à bon droit que les prévenus ont été retenus comme dirigeant de droit (**P.2.)**) et dirigeant de fait (**P.1.)**) de la société **SOC.1.)** sàrl, dès lors qu'il ressort du dossier pénal, ensemble les aveux partiels des prévenus et le témoignage de **X.)**, que **P.2.)** exerçait, dès la constitution de la société en date du 3 septembre 2009, la fonction de gérant administratif, tandis que **P.1.)** exerçait celle de gérant technique en lieu et place de **X.)**, nommé à ces fonctions lors de la constitution de la société, mais qui démissionna et quitta la société le 15 mars 2010 en raison d'une mésentente profonde avec **P.1.)** qui dirigeait en réalité la société. L'argument de la défense de **P.1.)** selon lequel ce dernier ne s'occupait que des questions techniques relatives aux chantiers n'est pas fondé, dès lors qu'il dirigeait en fait la société et qu'à partir de janvier 2011 le prévenu était gérant administratif et disposait de la signature pour engager la société et qu'il embauchait les salariés, les dirigeait et les payait (PV 24/2012 du 23 janvier 2012, Unité CP-Roeser, annexes).

C'est à bon droit que l'état de faillite de la société **SOC.1.)** sàrl a été retenue, la cessation de paiement et l'ébranlement de crédit de la société ayant été donnés dans le chef de la société au vu du passif de celle-ci et de son impossibilité de payer les dettes.

La date de la cessation de paiement est cependant à fixer au 6 décembre 2010, date du commandement d'huissier et de son procès-verbal de carence relatifs à une contrainte du CCSS d'octobre 2010 portant sur la demande en paiement de la somme de 155.360,72 euros, dès lors que c'est depuis cette date que la société n'a plus été en mesure de faire face à ses dettes étant donné l'actif insuffisant pour honorer ses engagements. La date de cessation de paiement du 11 août 2010 fixée par les premiers juges, en l'occurrence celle fixée par le jugement déclaratif de faillite, est sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute et ne correspond en l'espèce pas à la cessation de paiement réelle.

Quant aux faits de banqueroute simple retenus à charge des prévenus, le jugement de première instance est à confirmer en ce que les prévenus ont été déclarés convaincus de la prévention d'infraction à l'article 574, 6° pour ne pas avoir tenu les livres prescrits par l'article 8 et pour ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de Commerce (actuellement article 15 du Code de Commerce, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et les Sociétés). Ces faits sont établis en l'espèce au vu du dossier pénal et de l'aveu des prévenus, leurs explications selon lesquelles ils auraient chargé un comptable d'établir ces documents ne constituant pas une justification pour le manquement aux obligations incombant aux dirigeants d'une société à responsabilité limitée.

En revanche, la prévention de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de

quelques nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social n'est pas donnée, dès lors que le comportement visé par la prévention précitée exige en effet qu'il y ait effectivement un inventaire (Schuind, traité pratique de droit criminel, 3 édition, tome I, no 38, page 439 ; Répertoire pratique de droit belge, verbo faillite et banqueroute, no 2581 ; Pandectes belges, verbo banqueroute, no 268). Or, en l'espèce il découle des éléments du dossier qu'il n'existe aucun document comptable, partant pas d'inventaire tel qu'exigé par l'article 15 du code de commerce.

Il en résulte qu'une des conditions pour que l'infraction soit établie fait défaut et il y a lieu d'acquitter les prévenus de l'infraction à l'article 573, 4° du code de commerce retenue à leur encontre sous le point II, b par le jugement entrepris.

S'agissant de la prévention d'infraction à l'article 574, 4° du code de commerce pour ne pas avoir fait l'aveu de la faillite, retenue à charge des deux prévenus, il y a lieu de relever qu'il incombe à tout commerçant respectivement à tout dirigeant de société, de faire dans le mois de la survenance, l'aveu de la cessation de paiements. L'obligation de faire l'aveu incombe au dirigeant de droit qui représente la société et, en l'espèce, c'est donc la seule prévenue **P.2.)**, gérante administrative en date du 6 décembre 2010, à laquelle il incombait de faire l'aveu, ès qualité, de sorte que le prévenu **P.1.)** est à acquitter de la prévention en question.

Sur base des éléments du dossier pénal et des propres déclarations faites par la prévenue à l'audience de la Cour d'appel, elle a manqué à son obligation de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le mois de la survenance de celle-ci. 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, peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibéré ou le résultat d'une simple négligence et la loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif. L'argument de **P.2.)** selon lequel les prévenus auraient encore injecté de l'argent personnel dans la société et qu'ils auraient renoncé à leurs salaires pour faire continuer l'activité de la société ne saurait valoir cause de justification de l'absence de l'aveu de la cessation des paiements, la prévenue s'étant parfaitement rendue compte de l'absence totale de subsistance de la société (PV 24/2010, précité).

S'agissant de la prévention d'infraction à l'article 163 2° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales pour ne pas avoir fait publier les comptes annuels de la société **SOC.1.)** sàrl pour l'année 2009, c'est à l'administrateur ou au gérant qu'incombe l'obligation de soumettre à l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée du contrôle et de faire publier ces documents dans le mois de leur approbation, de sorte que cette obligation incombait à la seule prévenue **P.2.)**, gérant administratif au moment de l'obligation de publication, et le prévenu **P.1.)** est à acquitter de cette prévention.

Les juges de première instance ont retenu, à bon droit, les prévenus dans les liens de la prévention d'infraction à l'article 449 (1) 3) du Code de la Sécurité Sociale, dès lors qu'il appert des pièces du CCSS que les cotisations sociales pour les années 2009-2011, s'élevant à 204.462,09 euros et se décomposant en 108.639,15 euros rédus à titre de la part patronale et 95.822,94 euros à titre

de la part salariale, n'ont pas été payées, les prévenus, employeurs, étant en aveu de ce défaut de paiement, tel que cela résulte de leurs déclarations selon lesquelles ils ont d'abord payé les salaires des salariés ainsi que les heures supplémentaires, qu'il fallait en plus payer les fournisseurs, assurances et autres dépenses nécessaires à l'exécution de l'activité sociale, qu'ils n'auraient même pas eu de quoi payer leurs propres salaires et qu'il ne restait plus d'argent pour payer la sécurité sociale (PV 24/2010, précité).

Quant à la prévention d'infraction à l'article 491 du code pénal, la Cour d'appel rejoint d'abord le représentant du ministère public en ce qu'il a retenu que le fait par l'employeur de dissiper ou de détourner le montant du prélèvement retenu sur les salaires payés et destiné aux assurances sociales n'exclut pas au regard du texte de l'article 449 (1) point 3 du Code de la Sécurité sociale, l'application aux faits en question d'une autre incrimination comportant une peine plus sévère, en l'occurrence l'abus de confiance au sens de l'article 491 du Code pénal.

La Cour d'appel se réfère encore à la jurisprudence française évoquée ci-dessus et partage l'avis du représentant du ministère public selon lequel il faut vérifier et analyser au cas par cas le régime de cotisation applicable aux fins de déterminer si le fait de ne pas « payer » ou « continuer » à l'organisme de sécurité sociale les cotisations sociales dans leur intégralité, retenues sur les salaires des employés, constitue un abus de confiance.

L'article 491 du Code pénal punit toute personne qui aura frauduleusement soit détourné, soit dissipé au préjudice d'autrui, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances, écrits de toute nature contenant ou opérant obligation ou décharge et qui lui avaient été remis à la condition de les rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé.

Le délit d'abus de confiance comporte plusieurs éléments constitutifs, à savoir une remise préalable ayant un caractère précaire ou conditionnel, un acte matériel de détournement, un préjudice pour le propriétaire ou le possesseur de la chose détournée, auxquels il faut ajouter un élément intentionnel (Dalloz, Droit Pénal, verbo abus de confiance, no 58 et s., Droit Pénal des affaires, Jean Spreutels et consorts, Bruylant 2005, p.324).

Le délit d'abus de confiance exige ainsi comme éléments constitutifs, en premier lieu, la remise d'un objet à charge de le rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, en deuxième lieu, un fait matériel de détournement ou de dissipation, en troisième lieu, l'intention frauduleuse de l'agent, en quatrième lieu, le préjudice causé à autrui et en cinquième lieu, la nature de l'objet détourné ou dissipé.

S'agissant de la remise, celle-ci doit être délibérée et volontaire et translatrice de la possession précaire de l'objet, la remise volontaire constituant le critère de distinction déterminant de l'abus de confiance et du vol (Dr. pénal: Précis Dalloz: 1997 n° 133, p. 138). La précarité de la possession existe dès qu'elle est affectée de l'obligation de restituer ou d'en faire un usage déterminé. Cette obligation peut résulter d'un contrat ou d'un autre lien juridique.

Il y a remise au sens de l'article 491 du Code pénal lorsque l'auteur du détournement a été constitué, d'une manière quelconque possesseur précaire; il n'est pas nécessaire que cette remise ait été faite au sens physique de ce terme et que donc la chose soit passée matériellement des mains d'un tradens

dans celles d'un accipiens; il suffit que cette chose ait été laissée au pouvoir de ce dernier à titre de possession précaire, en vertu d'une convention qui entraîne ce transfert de possession. Le délit d'abus de confiance ne requiert pas que la remise de la chose détournée ait été faite par le préjudicié ou par son débiteur. Il suffit qu'il soit établi que la propriété en revienne à un autre que l'auteur du détournement.

Pour qu'il y ait délit d'abus de confiance, il faut que le propriétaire de la chose remise à l'agent conserve son droit de propriété sur la chose, qui ne passe entre les mains de l'agent qu'à titre de dépôt. En d'autres termes, pour pouvoir constituer le délit d'abus de confiance, il faut que la chose ait été remise au prévenu à titre précaire, de manière qu'il n'en obtienne pas la propriété, mais seulement la possession de façon à ce qu'il ne puisse en disposer librement, mais que, conformément à l'article 491 du Code pénal, il soit obligé de la vendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé.

L'article 491 du code pénal ne sanctionne que la violation des contrats dont il est soit de l'essence, soit de la nature de contenir obligation de restituer la chose remise. En conséquence, n'est pas coupable d'abus de confiance celui qui a disposé d'une chose dont il n'avait que la simple possession, si cette chose ne lui a pas été remise à la condition d'en faire un usage ou en emploi déterminé et si l'obligation de la restituer ne se différencie pas de celle qui est également sous-entendue dans toutes les conventions synallagmatiques pour le cas où l'une des parties n'exécuterait pas son engagement. (Cour d'appel 23 juin 1934, Pasicrisie 13, 307).

Au vu des éléments constitutifs de l'abus de confiance, la Cour d'appel rejoint, en l'espèce, le représentant du ministère public en ce qu'il retient que, dans le système luxembourgeois de Sécurité Sociale, les parts salariales non payées au CCSS, sont dues au titre du régime légal de droit commun obligatoire de la sécurité sociale et que l'on ne saurait dès lors considérer qu'**P.1.)** et **P.2.)** aient agi au titre d'un quelconque contrat avec leurs salariés ou le CCSS, en l'occurrence comme mandataires ni de leurs salariés, ni de l'Etat ou du CCSS.

Il s'ensuit que les faits en cause ne sauraient revêtir la qualification de l'abus de confiance et il y a lieu d'acquitter les prévenus de l'infraction à l'article 491 du code pénal.

Quant aux peines à retenir à charge des prévenus, il y a lieu de relever que les faits de banqueroute simple retenus à l'encontre du prévenu **P.1.)** se trouvent en concours réel avec l'infraction à l'article 449 (1) 3) du Code de la Sécurité Sociale et s'agissant de la prévenue **P.2.)**, les faits de banqueroute simple se trouvent en concours réel avec les infractions à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et avec l'infraction à l'article 449 (1) 3) du Code de la Sécurité Sociale.

Il y a partant lieu à application de l'article 60 du Code pénal pour l'ensemble des infractions retenues contre les prévenus, la peine la plus forte étant seule à prononcer, cette peine pouvant être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

En l'espèce, la peine la plus forte pour les deux prévenus est celle de la banqueroute simple sanctionnée par l'article 489, alinéa 2 du code pénal en ce qu'elle seule comporte une peine d'emprisonnement de un mois à deux ans.

Eu égard à la gravité des faits commis, aux acquittements intervenus et aux antécédents judiciaires en ce qui concerne le prévenu **P.1.)**, une peine de six mois de prison constitue une sanction adéquate.

La même peine de prison est à prononcer à l'encontre de la prévenue **P.2.)** et il y a lieu d'assortir l'intégralité de cette peine du sursis simple à son exécution.

Il y a encore lieu de décharger les prévenus des peines d'amende.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, les prévenus entendus en leurs explications et moyens et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

déclare irrecevable l'appel au civil relevé par **P.1.)** et **P.2.);**

reçoit les autres appels;

les **dit** partiellement fondés;

réformant:

fixe la date de la cessation de paiement au 6 décembre 2010;

acquitte le prévenu **P.1.)** des infractions à l'article 440 et à l'article 574 4° du Code de commerce;

acquitte le prévenu **P.1.)** de l'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales;

acquitte les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** de l'infraction à l'article 573 4° du Code de Commerce et de l'infraction à l'article 491 du Code Pénal;

ramène la peine de prison à six (6) mois pour les deux prévenus **P.1.)** et **P.2.);**

assortit du sursis simple l'exécution de l'intégralité de cette peine de prison en faveur de **P.2.);**

décharge les prévenus de l'amende leur infligée par la juridiction de première instance et de la contrainte par corps y relative;

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

condamne les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** aux frais de leurs poursuites pénales en instance d'appel, ces frais liquidés à 10,53 euros pour chacun.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en retranchant les articles 65 et 491 du code pénal et par application des articles 199, 202, 203 et 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Nico EDON, président de chambre, Madame Lotty PRUSSEN, premier conseiller, et Madame Danielle SCHWEITZER, conseiller, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Cornelia SCHMIT.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Madame Lotty PRUSSEN, premier conseiller, en présence de Monsieur Serge WAGNER, avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.