

Arrêt N° 267/20 V.
du 21 juillet 2020
(Not. 1532/13/CD)

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

e n t r e :

le ministère public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits,
appelant

e t :

P, né le ... à ..., demeurant à ...

prévenu, **appelant**

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, 18^e chambre correctionnelle, le 5 décembre 2019, sous le numéro 3003/19, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu la citation à prévenu du 17 octobre 2019 régulièrement notifiée au prévenu P.

Vu l'ordonnance de renvoi n° 424/18 rendue en date du 14 mars 2018 par la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg renvoyant P devant une chambre correctionnelle du même Tribunal du chef d'infraction à l'article 575 4° du Code de commerce, sanctionné par l'article 490 du Code pénal.

Vu l'enquête de police et notamment :

- le rapport n° SPJ/CRR/2013/26752.6/jura dressé en date du 15 mars 2013 par la Police grand-ducale, Service de Police Judiciaire – Celle de Riposte Rapide Eco-Fin,
- le rapport n° SPJ/CRR/2013/26752.8/jura/doyv dressé en date du 14 mai 2013 par la Police grand-ducale, Service de Police Judiciaire – Celle de Riposte Rapide Eco-Fin,
- le rapport n° SPJ/CRR/2013/26752.10/jura dressé en date du 24 juillet 2013 par la Police grand-ducale, Service de Police Judiciaire – Celle de Riposte Rapide Eco-Fin.

Vu l'instruction diligentée par le Juge d'instruction.

Revu le jugement n°141/2019 du 17 janvier 2019.

Le Ministère Public reproche à P, depuis un temps non encore prescrit, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, plus précisément à ..., depuis le 2 janvier 2002 jusqu'au 1^{er} avril 2008, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieu plus exactes, en sa qualité de curateur des sociétés SOC1 et SOC2, déclarées en état de faillite suivant jugements des 29 octobre et 26 novembre 1993, de s'être rendu coupable de malversation dans la gestion desdites sociétés en signant le 2 janvier 2002 pour le compte de chacune d'elles un contrat de domiciliation avec SOC3, contrats qui ont donné lieu au paiement de la somme de 42.692,63 euros au profit de SOC3, alors que P était actionnaire de ladite société.

Monsieur le Procureur d'Etat a conclu que les faits libellés à charge de P se trouvent établis à sa charge et qu'il est partant à retenir tant dans les liens de l'infraction de malversation au sens de l'article 575 4° du Code de commerce ainsi que de l'infraction de prise illégale d'intérêts, les faits lui reprochés étant également susceptibles de revêtir cette qualification juridique.

Maître Rosario GRASSO a soulevé qu'en toisant la question de la prescription de l'action publique, le Tribunal se serait mis dans l'impossibilité de juger le fond du dossier avec l'impartialité requise. Quant au fond, Maître Rosario GRASSO a sollicité l'acquiescement de P tant de l'infraction de malversation au sens de l'article 575 4° du Code de commerce que de l'infraction de prise illégale d'intérêts.

1. Faits pertinents

La société SOC1 a été constituée le 19 décembre 1986, son capital social d'un montant de 2 millions USD ayant été intégralement souscrit par les sociétés SOC4 et SOC5 ainsi que par G et C.

L'objet social de la société SOC1, tel que défini dans les statuts sociaux consistait dans les opérations de réassurance, au Luxembourg et à l'étranger, de toutes les branches, la gestion de toutes sociétés ou entreprises de réassurance, la participation directe ou indirecte dans toutes sociétés ou entreprises avec un objet social identique ou similaire ou qui sont de nature à favoriser le développement de ces activités.

Le siège social de la société SOC1 fut initialement établi à ... et fut transféré le 23 octobre 1987 au

La société SOC2 a été constituée le 20 mai 1987 sous la raison sociale initiale SOC6 qui fut successivement changée en SOC7 puis en SOC2. Le capital social de 12.394,68 euros a été souscrit par la société SOC8 et par H.

L'objet social de la société SOC2 défini dans les statuts sociaux consistait à agir comme intermédiaire, courtier et agent en matière d'assurance et de réassurance dans des opérations effectuées à l'étranger, à gérer des sociétés de réassurance et de rendre tous services qui pourraient être utiles à l'activité et au développement de ces sociétés, à agir comme consultant, conseiller et spécialiste dans toutes les affaires d'assurance et de réassurance de sociétés industrielles, financières et commerciales et en général faire toutes opérations directement ou indirectement liées, en tout ou en partie, à son objet ou qui en favorisent la réalisation.

Le siège social de la société SOC2 fut établi à

Le 16 septembre 1993, l'agrément délivré à la société SOC1 pour faire des opérations de réassurance fut retiré avec effet immédiat par arrêté du ministre du Trésor, sur proposition du Commissariat aux assurances, P et S ayant été nommés liquidateurs de la société SOC1.

Le 21 septembre 1993, les liquidateurs de la société SOC1 ont déposé une requête en institution d'une gestion contrôlée au Tribunal de commerce.

Par jugement du 28 septembre 1993, le Tribunal a demandé un rapport sur la situation de la société SOC1 pour le 15 décembre 1993.

Par la suite, sur proposition des deux liquidateurs du 19 octobre 1993, l'institution d'une gestion contrôlée fut rejetée le 28 octobre 1993.

Le même jour, les liquidateurs ont fait l'aveu de la faillite de la société SOC1 et par jugement commercial numéro 215/1993 du 29 octobre 1993, la société SOC1 a été déclarée en état de faillite. Le même jugement a nommé P et S comme curateurs de la faillite de la société SOC1.

Le 17 novembre 1993, les curateurs P et S ont déposé une requête en abréviation des délais ordinaires d'ajournement afin de permettre l'assignation en faillite de la société SOC2.

Par jugement du 26 novembre 1993, la société SOC2 a été déclarée en état de faillite et par même jugement, P et S ont également été nommés curateurs de cette faillite.

Le 20 novembre 1998, P a démissionné de ses fonctions de curateur des faillites des sociétés SOC1 et SOC2. A partir de ce jour, P fut l'unique curateur de ces deux faillites.

A noter qu'après leur faillite, les sièges des sociétés SOC1 et SOC2 furent itérativement transférés, une première fois, probablement en octobre 1994, au ..., ce transfert de siège n'ayant pas été déclaré au registre de commerce et des sociétés, puis le 1^{er} août 2001 à ..., ensuite à partir du 3 mars 2003 à ..., et finalement à partir du 25 août 2010 au

Il convient de préciser qu'entre le 2 janvier 2002 et le 17 juin 2008, les sociétés SOC1 et SOC2 ont été domiciliées auprès de la société SOC3.

Le contrat de domiciliation conclu le 2 janvier 2002 entre la société SOC3 et la société SOC2 en faillite stipule que les frais de domiciliation annuels s'élèvent à un montant annuel de 1.500 euros HTVA et qu'un montant forfaitaire de 500 euros est mis en compte annuellement pour des frais divers tels que des frais de bureau.

Le contrat de domiciliation conclu le 2 janvier 2002 entre la société SOC3 et la société SOC1 en faillite stipule que les frais de domiciliation s'élèvent à un montant annuel de 1.500 euros HTVA, qu'un montant annuel de 750 euros est facturé pour la mise à disposition d'une ligne téléphonique et qu'un

montant forfaitaire de 500 euros est annuellement mis en compte pour des frais divers tels que des frais de bureau.

Les sociétés faillies ont encore occupé deux salariées, à savoir O, qui était employée pendant 8 ans et 3 mois au-delà de la faillite et M, qui était employée pendant presque 19 ans au-delà de la faillite.

Par courrier adressé au curateur P le 28 avril 2008, Madame le Juge-commissaire Odette PAULY, a sollicité « *un rapport écrit sur les opérations de la faillite [...], afin que je puisse exercer ma fonction en connaissance de cause* ».

Dans un courrier du 10 juillet 2008, P a informé le Juge-commissaire des déclarations de créances déposées ainsi que de diverses procédures judiciaires.

Par courrier adressé au curateur en date du 21 juillet 2008, Madame le Juge-commissaire Odette PAULY a sollicité des renseignements sur l'actif de la masse des deux sociétés en faillite, tout en précisant qu'il s'agissait d'un élément primordial quant auquel le courrier du curateur était resté muet.

Dans une relance lui adressée en date du 9 février 2009, le Juge-commissaire a déploré l'« *inaction* » du curateur.

Par courrier du 11 juin 2012, Monsieur le Juge-commissaire Jean-Paul HOFFMANN a invité le curateur P « *de [lui] faire savoir à combien se chiffre actuellement l'actif recueilli et de quoi il se compose* ». Monsieur le Juge-commissaire a ajouté que « *dans la mesure où il y a eu des prélèvements sur l'actif, je vous demanderais de m'en faire connaître la nature et le montant* ».

Dans un courrier du 14 juin 2012, P a informé Monsieur le Juge-commissaire Jean-Paul HOFFMANN au sujet des déclarations de créances déposées, de plusieurs procédures judiciaires ainsi que succinctement au sujet de l'actif et du passif de la faillite. Le curateur a expliqué que « *les frais de la faillite (...) se limitent aux dépenses habituelles (...)* » et que « *des prélèvements sur l'actif ont été effectués par le curateur afin d'acquitter certaines créances et certains frais* ». Le curateur a précisé les prélèvements dans un tableau joint au courrier.

Dans une missive du 25 juin 2012, le Juge-commissaire s'est montré insatisfait des explications fournies et a demandé au curateur de détailler et de justifier, pièces à l'appui, le poste des « *frais d'administration de la faillite jusqu'à 05/2012* » pour un montant de 1.035.107,88 euros renseignés dans le tableau joint au courrier du 14 juin 2012.

Dans un courrier du 28 août 2012, P a informé le Juge-commissaire que les prélèvements sur l'actif se sont élevés à la somme de 1.500.789,33 euros.

Par courrier du 10 octobre 2012, Monsieur le Juge-commissaire Jean-Paul HOFFMANN a transmis le dossier de la faillite au Procureur d'Etat « *à telles fins que de droit* » au motif que « *le curateur n'a réagi qu'avec beaucoup d'hésitations aux courriers de mes prédécesseurs et qu'il reste en défaut de me donner des explications sur le travail que fournirait Madame M dans l'intérêt de la faillite, de même que sur la pratique très inhabituelle de domiciliation d'une société faillie* ».

Par transmis du 11 janvier 2013, le Procureur d'Etat a chargé le Police grand-ducale, Service de Police Judiciaire, d'une enquête préliminaire concernant d'éventuels faits de malversation dans la gestion de la faillite des sociétés SOC1 et SOC2.

Entendue par le Service de Police judiciaire les 10 et 12 avril 2013, M a déclaré qu'en 1989 ou 1990 elle a commencé à travailler comme réceptionniste dans la société SOC1 et que par la suite, elle a travaillé dans le service facultatif de la même société, sa mission ayant consisté à obtenir des offres de la part de compagnies d'assurances ou des courtiers qui souhaitaient se réassurer pour des assurances individuelles de biens. Elle a indiqué qu'après la faillite de la société SOC1 les curateurs lui ont proposé un nouveau contrat de travail.

Il est à noter qu'il résulte encore de la déposition de M que pendant la période du 1^{er} avril 2001 au 30 septembre 2012, elle a travaillé à raison de 25 heures par semaine et que ses tâches consistaient essentiellement à organiser les dates des débats des contestations de créances, à répertorier chaque créance avec ses documents dans des dossiers, à convoquer les créanciers concernés et à préparer les notes de plaidoiries pour chaque créance contestée, à les soumettre au curateur et à faire d'éventuelles corrections et à assister aux débats en question pour répondre à d'éventuelles questions ainsi qu'à préparer, depuis février 2013, la reddition des comptes et à faire notifier des jugements aux créanciers.

Pendant la période des faits litigieux, M a partant clairement réalisé le travail ordinaire incombant au curateur de la faillite, respectivement à sa secrétaire.

Il ressort encore des déclarations de M effectuées lors de ses auditions policières des 10 et 12 avril 2013, qu'au plus tard à partir du 1^{er} novembre 1999, les sociétés faillies avaient conclu un contrat avec la société SOC9 en vue de l'organisation et la gestion de leurs archives. M a déclaré ce qui suit : *« Dans cette archive se trouve tout ce qui concerne l'activité de la société depuis la création excepté les affaires en cours qu'on avait déménagé dans les nouveaux locaux. Actuellement il y a environ 35 m3 chez SOC9 qui y seront gardés jusque le délai légal de conservation de 10 ans, je pense, avec une option de destruction à la fin. »*

Entendu par le Service de Police Judiciaire le 13 juin 2016, S a expliqué qu'à son départ il restait encore à négocier avec les sociétés d'assurance « clients » les modalités de mise à terme des traités conclus. Il a clairement indiqué que l'alternative au « run down », c'est-à-dire à la continuation des traités de réassurance jusqu'à leur fin naturelle, consistait à négocier les modalités de sortie ou de résiliation/résolution des traités existants, sinon de céder les traités à une autre société de réassurance.

Lors de son audition policière du 19 juin 2013, P a indiqué que la liquidation d'une compagnie de réassurance prend par nature un certain temps dans la mesure où une société de réassurance ne peut pas arrêter d'un moment à l'autre la gestion des traités conclus mais doit continuer à les gérer, le cas échéant jusqu'à ce que le dernier sinistre relevant de la période de réassurance soit déclaré. Il a ainsi expliqué la très longue durée de la procédure de faillite, pratiquement 20 ans au-delà de la date du jugement déclaratif de faillite. Il a indiqué que s'il est certes vrai qu'il ne dispose pas d'autorisation écrite de la part du Juge-commissaire pour les différentes opérations qui ont entraîné des dépenses pour la masse des faillites, toujours serait-il qu'il en aurait informé le Juge-commissaire oralement et qu'il aurait à chaque fois reçu l'aval de ce dernier pour les opérations en question.

Au sujet de la domiciliation des sociétés en faillite auprès de SOC3, P a exposé qu'en 1998, il avait envisagé de *« prendre SOC1 dans l'étude mais puisque à la vue de la nouvelle loi sur la domiciliation de sociétés celle-ci avait décidé de ne pas faire elle-même des domiciliations, le siège a été établi auprès d'une société de domiciliation au nom de SOC3 qui appartenait aux associés de En 2008, SOC3 a été vendue à une autre société de domiciliation (...) voilà pourquoi j'ai décidé de la prendre quand-même dans l'étude puisque la clôture de la faillite s'approchait »*.

Réentendu par le Service de Police Judiciaire le 21 juin 2013, Pa expliqué que les curateurs d'une faillite ne peuvent continuer les affaires des sociétés en faillite que s'ils ont demandé et reçu l'autorisation spéciale du Tribunal de commerce, ce qui n'a pas été le cas pour les faillites des sociétés SOC1 et SOC2.

Il a ajouté que dans cette hypothèse, les curateurs des faillites des sociétés SOC1 et SOC2 devaient sortir le plus rapidement possible de tous les traités conclus par les sociétés faillies. Il a indiqué qu'au plus tard le jour de la faillite, les traités de réassurance conclus, régis par le droit luxembourgeois, étaient résiliés de sorte que les périodes couvertes par la réassurance étaient figées à ce moment précis, une reconduction étant devenue impossible. Il a insisté que les curateurs n'avaient pas d'autre

option que de procéder par voie de « run down », c'est-à-dire de continuer des traités de réassurance jusqu'à leur fin naturelle.

Lors de son interrogatoire devant le magistrat instructeur, P a déclaré que la relation de travail de M a été maintenue, même si elle a été réduite d'année en année, afin de garder une personne faisant partie de la structure initiale et pouvant l'aider à vérifier les créances. Il a ajouté que le Juge-commissaire était au courant de cette façon de procéder et y avait marqué son accord, étant donné qu'il n'avait pas nommé de nouveau curateur suite à la démission de S. Au cours de son interrogatoire, P a déclaré qu'il n'a pas fait effectuer le travail de curateur à l'employée M, mais que cette dernière faisait l'analyse financière des dossiers de réassurance.

Au sujet de la domiciliation des sociétés en faillite auprès de SOC3, P a déclaré que « *tous les juges commissaires étaient au courant que les sociétés ne pouvaient pas avoir leurs bureaux auprès de l'étude (...)* ».

2. En droit

- Quant au moyen pris du défaut d'impartialité du Tribunal

A l'audience du 14 novembre 2019, le défenseur du prévenu P a fait valoir que le Tribunal en composition partiellement identique à la composition actuelle aurait préjugé de l'issue du dossier dans le jugement n°141/2019 du 17 janvier 2019. En effet, la décision du Tribunal de retenir que l'action publique engagée à l'encontre de P du chef des faits faisant l'objet de l'ordonnance de renvoi n° 424/18 rendue en date du 14 mars 2018 par la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg n'est pas prescrite constituerait un préjugé sur le fond de l'affaire, notamment en ce que le Tribunal a retenu à la page 6 du jugement précité ce qui suit :

« Ce n'est qu'à titre superfétatoire et pour être totalement complet que le Tribunal relève qu'en l'espèce aucune autorisation du Juge-commissaire, ni de conclure les contrats de domiciliation, ni de régler les frais en résultant par prélèvement sur l'actif de la masse de la faillite, ne figure au dossier répressif.

Le fait de s'affranchir de cette autorisation, ensemble l'attitude réticente du prévenu de répondre aux sollicitations des différents Juges-commissaire d'obtenir des informations précises sur les opérations de la faillite, traduisent le caractère occulte des actes mises à charge du prévenu par la Ministère Public.

Il résulte en effet des éléments du dossier répressif que le curateur a pour la première fois, après itératives demandes de renseignements et précisions des Juges-commissaires sur les opérations de la faillite, informé le Juge-commissaire Jean-Paul HOFFMANN au plus tôt par courrier du 14 juin 2012 sur des prélèvements sur l'actif de la faillite en faveur de la société SOC3 du chef de frais de domiciliation, à supposer qu'ils aient été mentionnées dans le tableau annexé au prédit courrier qui ne figure pas au dossier répressif. Les contrats de domiciliation conclus en date du 2 janvier 2002 n'ont été communiqués au Juge-commissaire que le 28 août 2012.».

Le défenseur du prévenu P a estimé qu'en préjugant le fond du litige dans la procédure pour toiser la question de la prescription de l'action publique, le Tribunal se serait mis dans l'impossibilité de juger le fond du dossier avec l'impartialité requise.

Aux termes de l'article 6 §1 de la Convention européenne des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi du 29 août 1953, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi qui décidera du bien-fondé de l'accusation en matière pénale dirigée contre elle.

L'impartialité de la juridiction est un principe général du droit.

Pour se prononcer sur l'impartialité d'une juridiction, il ne suffit pas de s'attacher à une démarche subjective en essayant de déterminer ce que la juridiction pense dans son for intérieur, mais il faut également considérer le risque objectif, c'est-à-dire rechercher si la juridiction offre des garanties telles que tout doute légitime quant à son impartialité est exclu (cf. Cour européenne des droits de l'homme, 1^{er} octobre 1982, arrêt ..., 26 octobre 1984 arrêt ..., Cour de Cassation 6 janvier 1994, n° 2/94 ; Cour d'Appel, 2 octobre 1989, n° du rôle 14/ 89).

Pour déterminer l'impartialité d'un tribunal au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, il faut non seulement tenir compte de la conviction et du comportement personnels du juge en telle occasion, ce qui est une démarche subjective, mais aussi rechercher si cette juridiction offre objectivement des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime (cf. Cour européenne des droits de l'homme, affaire ... / ..., 21 mai 1996, Dalloz 1997, Sommaires commentées, p. 207).

Il y a lieu de constater que le Tribunal dans son jugement de 17 janvier 2019, en toisant la question de la prescription de l'action publique, a été amené à prendre une décision concernant le point de départ du délai de prescription de l'action publique sans laquelle il n'aurait pas été possible de déterminer si le Tribunal pouvait encore analyser le fond de l'affaire.

Cette décision concernant la prescription de l'action publique est uniquement basée sur les éléments du dossier que le Tribunal avait à ce moment à sa disposition, c'est-à-dire sans les éléments apportés par les débats contradictoires menés en audience publique du 14 novembre 2019 quant au fond de l'affaire et sans les pièces produites par la défense à cette même audience.

Le Tribunal n'a pas tranché une partie du principal et n'a pas préjugé le fond du dossier mais s'est limité de rendre une décision séparée sur la question de la prescription de l'action publique tel que sollicité par les parties, tout en précisant que la présente juridiction est nécessairement appelée à fournir à un moment donné son appréciation quant aux faits reprochés au prévenu et à en tirer les conséquences juridiques qui s'imposent, que ce soit dans un seul et même jugement qui tranche la question de la prescription en même temps que le fond ou par des jugements successifs sur la prescription de l'action publique et le fond de l'affaire.

Il y a partant lieu de constater que le présent Tribunal ne s'est nullement prononcé sur la culpabilité du prévenu et surtout ne s'est pas mis dans l'impossibilité de juger le fond du dossier avec l'impartialité requise en rendant son jugement du 17 janvier 2017.

Il y a partant lieu de déclarer le moyen non fondé.

- Quant au fond

A. L'infraction de malversation

Force est de rappeler que d'après la Cour de cassation belge, « *la malversation, qui n'est pas autrement définie par la loi, s'identifie, comme dans le langage courant, à la faute inspirée par l'intérêt personnel ou la cupidité, commise dans l'exercice d'une charge, d'un emploi ou d'un mandat. En incriminant la malversation commise par le curateur dans la gestion de la faillite, le législateur a entendu réprimer les agissements du curateur, répondant à la définition précitée, qui portent atteinte aux intérêts que l'institution de la faillite a pour objet de protéger, entre autres les intérêts des créanciers* » (Cass. belge, 10 septembre 1996, Pas. belge, 1996, I, p. 778, R.W., 1996-1997, p. 1023).

La malversation consiste donc à se rendre coupable de désordres ou de négligences intéressés. Elle suppose d'abord un élément objectif : le curateur doit avoir commis une faute, caractérisée ou non. Elle exige en second lieu un élément moral défini par la loi : la malversation implique l'idée de profits

recherchés par leurs auteurs. (Ivan VEROUGSTRAETE, Manuel de faillite et du concordat, Editions KLUWER, Edition 2003, p. 671).

Ainsi il a été jugé qu'une simple forme de mauvaise gestion due à l'inertie ne suffit pas à caractériser le dol spécial d'intérêt personnel ou de cupidité requis pour la prévention de malversation (Cass. belge, 10 septembre 1996, Pas. belge, 1996, I, p. 778, R.W., 1996-1997, p. 1023).

1. *L'élément matériel de l'infraction de malversation*

Tel qu'il a été exposé ci-dessus, P a, en sa qualité de curateur des sociétés SOC1 et SOC2, conclu le 2 janvier 2002 pour chacune de ces sociétés un contrat de domiciliation, avec effet au 1^{er} août 2001, avec la société SOC3.

Il a été, à la même époque, administrateur et actionnaire de SOC3.

Les deux contrats de domiciliation ont donné lieu au paiement par les deux sociétés en faillite de frais de domiciliation entre le 16 mai 2002 et le 1^{er} avril 2008 s'élevant au montant total de 42.692,63 euros.

L'article 1^{er} (1) de la loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés dispose que « *lorsqu'une société établit auprès d'un tiers un siège pour y exercer une activité dans le cadre de son objet social et que ce tiers preste des services quelconques liés à cette activité, la société et ce tiers, appelé domiciliataire, sont tenus de conclure par écrit une convention dite de domiciliation* ».

En l'espèce, force est de relever que d'après les déclarations de P, les curateurs des faillites des sociétés SOC1 et SOC2 n'ont pas continué les affaires des sociétés, le prévenu ayant clairement déclaré que les curateurs n'ont pas demandé l'autorisation spéciale du Tribunal de commerce, pour une telle continuation.

Les déclarations de P quant à la nature exacte et la raison d'être des contrats de domiciliation sont contradictoires. En effet d'un côté, P a déclaré à la police que cette domiciliation aurait été rendue nécessaire par le fait qu'il voulait se conformer à la loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés. D'un autre côté, P a déclaré au Juge d'instruction « *qu'il s'agissait en fait d'une sous-location et non d'une domiciliation au sens propre* ».

Il résulte de l'intitulé des contrats signés (« contrat de domiciliation »), de la qualité y prise par SOC3 (« agent domiciliataire »), des missions confiées à SOC3 (article 1^{er} : accomplissement d'un certain nombre d'obligations et de formalités ; article 2 : recevoir toute correspondance), des obligations imposées à la société domiciliée (articles 1 et 3: obligation de fournir une documentation très fournie permettant de retracer la vie sociétaire, documents que ne demande généralement pas un simple bailleur ; article 4 : paiement d'un montant annuel pour les services de domiciliation, de réception de courrier et frais de bureau) que le rôle de la société SOC3 ne se limitait pas au rôle d'un simple bailleur, mais qu'il s'agissait d'une relation de domiciliation au sens de la loi du 31 mai 1999 précitée.

Tel qu'il a été exposé ci-dessus, P savait que les deux sociétés en faillite n'exerçaient plus leur activité, de sorte qu'une domiciliation n'était pas requise aux termes de la loi.

Qui plus est, d'après les déclarations de M, dès 1999 les sociétés faillies avaient conclu un contrat avec la société SOC9 en vue de l'organisation et la gestion de leurs archives et que dans l'archive d'environ 35 m3 se trouvait tout ce qui concernait l'activité des sociétés depuis la création excepté les affaires en cours.

La « sous-location » d'un espace de la société SOC3 n'avait partant pas d'autre finalité que d'offrir un bureau à l'employée M, qui était logée dans un « open space » qu'elle partageait selon ses propres dires avec les employés de la société SOC3.

Etant donné qu'il ressort des déclarations de M que pendant la période du 1^{er} avril 2001 au 30 septembre 2012 elle a travaillé à raison de 25 heures par semaine et ses tâches consistaient clairement à réaliser un travail qui incombait au curateur de la faillite, respectivement à sa secrétaire, cette « sous location » n'était nullement justifiée par les besoins des sociétés en faillite.

L'argumentation avancée par P d'après laquelle une location classique aurait coûté beaucoup plus chère, tombe ainsi également à faux.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que P a commis une faute en concluant en sa qualité de curateur deux contrats de domiciliation au sens de la loi précitée du 31 mai 1999, alors même que ni cette loi ne l'y obligeait ni aucun autre motif objectivement valable et cela sans disposer de l'autorisation du Juge-commissaire.

Les paiements effectués en exécution de ces deux contrats de domiciliation sont intervenus entre le 16 mai 2002 et le 1^{er} avril 2008 et ont diminué les actifs disponibles des sociétés en faillite du montant total de 42.692,63 euros.

Ainsi, l'administration des faillites a été rendue onéreuse pour la masse par la faute du curateur, de sorte que l'élément matériel de l'infraction de malversation est établi en l'espèce.

2. *L'élément moral de l'infraction de malversation*

Le dol spécial exigé comme l'élément moral de l'infraction de malversation est entendu comme des agissements inspirés par l'intérêt personnel ou la cupidité.

L'exigence du dol spécial identifié à l'intention frauduleuse met le curateur à l'abri d'une condamnation pénale en cas de comportements négligents, en cas de désintérêt pour la gestion de la faillite, en cas de maladresses mises sur le compte du défaut de professionnalisme ou du surcroît de travail ou de gestion en dehors du critère du bon père de famille (Adrien MASSET, *ibidem*).

Une simple forme de mauvaise gestion due à l'inertie ne suffit pas à caractériser le dol spécial d'intérêt personnel ou de cupidité requis pour la prévention de malversation (Cass. belge, 10 septembre 1996).

Ainsi, sera considérée comme infraction le fait pour un curateur d'induire le tribunal en erreur concernant ses prestations, notamment en présentant une demande de taxation de provision sur des bases sciemment exagérées ou encore le prélèvement sans autorisation de sommes pour couvrir des frais, privant ainsi la masse des créanciers des intérêts qu'elle aurait pu avoir, et ceci sans contrôle du Juge-commissaire de taxation du tribunal.

En l'espèce, il est constant en cause qu'il n'existe aucune autorisation écrite du Juge-commissaire pour la conclusion des deux contrats de domiciliation au sens de la loi précitée du 31 mai 1999 ni pour le règlement des frais en résultant par prélèvement sur l'actif de la masse de la faillite.

La seule affirmation du prévenu suivant laquelle il aurait, pour les différentes opérations qui entraînaient des dépenses pour la masse des faillites, informé oralement le Juge-commissaire et qu'il aurait à chaque fois reçu l'aval de ce dernier pour les opérations en question, n'emporte pas la conviction du Tribunal.

En effet, P a déclaré au sujet de la domiciliation des sociétés en faillite auprès de SOC3, que « *tous les juges commissaires étaient au courant que les sociétés ne pouvaient pas avoir leurs bureaux auprès de l'étude (...)* » ce qui est loin d'une autorisation formelle pour l'engagement de frais de domiciliation, qui rappelons-le n'étaient ni justifiés aux termes de la loi, ni pour des raisons objectivement valables.

Il n'existe par ailleurs aucune autorisation spéciale du Juge-commissaire pour les prélèvements des frais de domiciliation au préjudice de la masse des créanciers.

Qui plus est, P a en tant qu'actionnaire de la société SOC3, bénéficié du moins en partie de la somme de 42.692,63 euros, versée à titre de frais de domiciliation de sorte qu'il a tiré, pour le moins indirectement, un enrichissement personnel des domiciliations litigieuses.

Il s'ensuit que le dol spécial d'intérêt personnel requis pour la prévention de malversation est établi dans le chef du prévenu de sorte qu'il est à retenir dans les liens de la prévention de malversation.

B. L'infraction de prise illégale d'intérêts

A l'audience, Monsieur le Procureur d'Etat a conclu que les faits libellés à charge de P sont également susceptibles de revêtir la qualification juridique de prise illégale d'intérêts.

Le Tribunal n'est pas lié par la qualification donnée au fait et a même l'obligation de donner aux faits dont il est saisi la qualification légale correcte et d'y appliquer la loi pénale conformément à ce qui résultera de l'instruction qui sera faite devant lui (LE POITTEVIN, Code d'instruction criminelle, no 58).

Il convient de rappeler que la citation devant la juridiction répressive saisit la juridiction répressive *in rem* et *in personam* (M. FRANCHIMONT, Manuel de procédure Pénale, 3^e édition, p. 68).

La saisine crée le lien d'instance. La juridiction de jugement ne peut statuer sur d'autres faits, ni vis-à-vis d'autres personnes. La qualification donnée aux faits dans l'acte introductif d'instance ne lie pas le juge de fond. Tant les juridictions d'instruction que la partie poursuivante ne donnent jamais aux faits qu'une qualification provisoire. Il appartient aux juges du fond, moyennant le respect des droits de la défense, de lui substituer la qualification adéquate, c'est-à-dire de modifier, corriger, compléter ou remplacer la qualification initiale, et cela même si la nouvelle qualification implique l'existence d'autres éléments que cette dernière. Le juge n'a ce pouvoir que pour autant que les faits de la prévention restent les mêmes que ceux qui fondaient la poursuite ou soient compris dans ceux-ci, ce qu'il doit constater dans sa décision. La règle s'impose même si le prévenu fait défaut ou si le juge a été saisi par une ordonnance ou un arrêt de renvoi.

Pour que le juge puisse procéder à la requalification des faits, il s'impose qu'il soit toujours compétent sur la base de la nouvelle qualification et que le prévenu ait eu l'occasion de se défendre contre la prévention mise à sa charge (M. FRANCHIMONT, Manuel de procédure Pénale, 3^e édition, p. 702 et suivants).

Il n'est pas requis que le prévenu soit averti de la requalification de la prévention mise à sa charge, s'il apparaît qu'il a pu se défendre à cet égard (Cass. Belge, 8 février 1994, Pas., 1994, I, p.160).

Il est de principe que les juridictions de fond, saisies *in rem*, ont le droit et même l'obligation, d'examiner les faits dont ils ont été saisis sous toutes leurs qualifications possibles et de retenir la véritable qualification que ces faits comportent, à condition que les faits, sous la qualification nouvelle, restent identiques à ceux qui lui avaient été déférés sous la qualification originaire.

En application de ce qui précède, le Tribunal devra analyser si les faits établis à charge de P sont le cas échéant susceptibles d'être qualifiés de prise illégale d'intérêts.

Aux termes de l'article 245 du Code pénal, toute personne, dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publiques, toute personne chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, qui, soit directement, soit par interposition de personnes ou par actes simulés, aura pris, reçu ou conservé quelque intérêt que ce soit dans les actes, adjudications, entreprises ou régies dont elle avait, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance ou qui, ayant mission d'ordonner le paiement ou de faire la liquidation d'une affaire, y aura pris un intérêt quelconque, sera punie d'un emprisonnement de six mois à cinq ans, et d'une amende de 500 euros à 125.000 euros, et pourra, en outre, être condamnée à l'interdiction du droit de remplir des fonctions, des emplois ou offices publics.

En édictant l'article 245 du Code pénal, le législateur a voulu qu'un administrateur ne mette son intérêt personnel en contact avec l'intérêt public qu'il est chargé, par devoir, de surveiller ou d'administrer.

Il résulte des travaux préparatoires du Code pénal qu'en édictant l'article 245, le législateur a entendu ériger en délits certains faits qui peuvent être parfaitement innocents en eux-mêmes, mais qui se trouvent être incriminés comme délit d'immixtion, parce que le législateur a voulu que le fonctionnaire public fût à l'abri même du plus léger soupçon de trafic personnel et que partant la simple mise en contact de l'intérêt du fonctionnaire avec l'intérêt public qu'il est chargé, par devoir, d'administrer ou de

surveiller, fût prohibée (Nypels, Législation criminel, t. II p. 369 et 437, Constant, Manuel de Droit pénal, t. I, no 431 et jurispr. citée.)

Aussi le législateur a-t-il considéré comme absolue la défense faite aux fonctionnaires de s'immiscer dans les affaires dont ils ont la surveillance ou l'administration : interdiction totale pour quiconque accepte une mission publique, de mettre son intérêt privé en contact avec l'intérêt public qu'il est appelé à surveiller ou à administrer. La seule possibilité d'abus est suffisante (Rigaux et Trousse, Les Crimes et Délit du Code pénal, t. IV p. 268).

L'article 245 du Code pénal est rédigé dans les termes les plus larges. Il vise tout intérêt de quelque nature qu'il soit : un intérêt moral comme un intérêt matériel, et quelque soit son importance. La seule possibilité d'abus est suffisante et l'infraction existe du moment qu'a existé pour le fonctionnaire la simple possibilité de favoriser ses intérêts personnels à la faveur de sa position officielle, peu importe qu'il l'ait fait ou non (Rigaud et Trousse, p. 268).

Aucune intention frauduleuse n'est requise. L'infraction est établie dès que l'incompatibilité entre l'intérêt privé et la mission officielle a existé, même en l'absence d'abus ou de préjudice. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point que le délit est caractérisé par le seul fait de la prise d'intérêt, qu'il y ait préjudice ou non, intention doléuse ou non (Jules DRICOT, Une disposition particulière – L'article 245 du Code pénal, RDP 1957 – 1958, n°18, p. 463).

La référence à la qualité de personne chargée d'une mission de service public doit s'appliquer à tous ceux qui accomplissent, à titre temporaire ou permanent, volontairement ou sur réquisition des autorités, un service public quelconque. Il importe peu que les intéressés soient des personnes privées ou publiques. (Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, prise illégale d'intérêts, 25)

L'article 245 du Code pénal n'exige pas que les personnes chargées d'une mission de service public qu'il vise disposent d'un pouvoir de décision au nom de la puissance publique.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation française a conféré la qualité de personne chargée d'une mission de service public à un mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises (Crim. 26 sept.2001, n°01-84.565, Bull. crim. n°193).

Conformément à ce qui précède, les dispositions de l'article 245 du Code pénal sont également applicables au curateur d'une faillite.

En l'occurrence, P a signé le 2 janvier 2002 pour le compte de chacune des sociétés SOC1 et SOC2, dont il était curateur, un contrat de domiciliation avec SOC3, lesquels contrats ont donné lieu au paiement de la somme de 42.692,63 euros au profit de SOC3, alors que P était actionnaire de ladite société. Il a ainsi méconnu l'interdiction totale pour quiconque ayant accepté une mission de service public, de mettre son intérêt privé en contact avec l'intérêt public qu'il est appelé à administrer.

Les conditions d'application de l'article 245 du Code pénal sont partant réalisées.

Le seul fait, posé avec connaissance et volonté, de l'immixtion des mandataires judiciaires dans les affaires ou commerces incompatibles avec leurs fonctions, constitue le délit prévu par l'article 245 du Code pénal, sans qu'il soit nécessaire que l'accusation apporte la preuve du dol ou du préjudice causé.

Mais il faut, pour que le délit existe, que le fait d'immixtion ait été accompli dans des circonstances telles qu'il y ait eu possibilité pour le prévenu de favoriser ses intérêts au moyen de son mandat judiciaire.

Il se dégage des faits que la possibilité pour le prévenu de favoriser ses intérêts privés est donnée en l'espèce, étant donné que P a, en tant qu'actionnaire de SOC3, bénéficié pour le moins indirectement des contrats conclus dans l'exercice de son mandat judiciaire.

P doit partant encore être retenu dans les liens de cette prévention.

Le prévenu P est partant **convaincu** par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif :

« comme auteur ayant lui-même commis les infractions,

depuis le 2 janvier 2002 jusqu'au 1^{er} avril 2008, à ...,

1. en infraction à l'article 575 4° du Code de commerce, sanctionné par l'article 490 du Code pénal,

en sa qualité de curateur des sociétés SOC1 et SOC2, déclarées en état de faillite suivant jugements des 29 octobre et 26 novembre 1993, de s'être rendu coupable de malversation dans la gestion desdites sociétés en signant le 2 janvier 2002 pour le compte de chacune d'elles un contrat de domiciliation avec SOC3, contrats qui ont donné lieu au paiement de la somme de 42.692,63 euros au profit de SOC3, alors que P était actionnaire de ladite société ;

2. en infraction à l'article 245 du Code pénal,

chargé d'une mission de service public, avoir pris un intérêt dans un acte dont il avait, au temps de l'acte, l'administration,

en sa qualité de curateur des sociétés SOC1 et SOC2, déclarées en état de faillite suivant jugements des 29 octobre et 26 novembre 1993, avoir signé le 2 janvier 2002 pour le compte de chacune d'elles un contrat de domiciliation avec SOC3, contrats qui ont donné lieu au paiement de la somme de 42.692,63 euros au profit de SOC3, alors que P était actionnaire de ladite société. »

3. Peine

Les infractions retenues à charge de P se trouvent en concours idéal entre elles. En application de l'article 65 du Code pénal, la peine la plus forte sera dès lors seule prononcée.

La peine la plus forte est celle comminée par l'article 245 du Code pénal qui prévoit un emprisonnement de six mois à cinq ans, et d'une amende de 500 euros à 125.000 euros.

En raison de l'ancienneté des faits et compte tenu de l'absence d'antécédents judiciaires de P, le Tribunal décide de faire application des dispositions de l'article 20 du Code pénal et de ne pas prononcer de peine d'emprisonnement.

Eu égard à la gravité des faits, le Tribunal décide de condamner P à une amende correctionnelle de 40.000 euros.

4. Réintégration à masse des créanciers

Aux termes de l'article 579 du Code de commerce, dans les cas prévus par les articles 575, 577 et 578, la Cour ou le Tribunal saisi statueront d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits.

Le Tribunal a retenu à charge de P l'infraction de malversation pour la somme de 42.692,63 euros au préjudice de la masse des créanciers des sociétés SOC1 (23.171,60 euros) et SOC2 (19.521,03 euros).

Le Tribunal ordonne partant la réintégration à la masse des créanciers de la faillite de la société SOC1 de la somme de 23.171,60 euros et la réintégration à la masse des créanciers de la faillite de la société SOC2 de la somme de 19.521,03 euros, chaque fois avec les intérêts au taux légal à partir des dates des décaissements respectifs jusqu'à solde.

5. Publication du jugement

Conformément aux dispositions de l'article 583 du Code de commerce, le présent jugement sera affiché en la salle d'audience du Tribunal de commerce à Luxembourg où il restera exposé pendant la

durée de trois mois et sera inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais du prévenu P.

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.

PAR CES MOTIFS :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, dix-huitième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, le mandataire de P entendu en ses conclusions et le représentant du Ministère Public en ses réquisitions,

d i t qu'en rendant son jugement 141/2019 du 17 janvier 2019 le présent Tribunal ne s'est pas mis dans l'impossibilité de juger le fond du dossier avec l'impartialité requise,

c o n d a m n e P du chef des infractions retenues à sa charge, qui se trouvent en concours idéal, par application de l'article 20 du Code pénal, à une amende correctionnelle de QUARANTE MILLE (40.000) euros, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 33,72 euros,

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à QUATRE CENTS (400) jours,

o r d o n n e la réintégration à la masse de la faillite de la société SOC1 de la somme de 23.171,60 euros et la réintégration à la masse de la faillite de la société SOC2 de la somme de 19.521,03 euros, chaque fois avec les intérêts au taux légal à partir des dates des décaissements respectifs jusqu'à solde,

d i t que le présent jugement sera affiché en la salle d'audience du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, où il restera exposé pendant trois mois et qu'il sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais du contrevenant.

Le tout en application des articles 14, 15, 16, 20, 28, 29, 30, 65, 66, 245 et 490 du Code pénal, des articles 575, 579 et 583 du Code de commerce et des articles 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code de procédure pénale, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Bob PIRON, premier juge-président, Julien GROSS, juge, et Paul MINDEN, juge, et prononcé en audience publique du 8 décembre 2019 au Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, assisté de Cédric GROS, greffier assumé, en présence de Pascal COLAS, premier substitut du Procureur d'Etat, 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 13 janvier 2020 par le mandataire du prévenu P et le 14 janvier 2020 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 11 février 2020, le prévenu P fut régulièrement requis de comparaître à l'audience publique du 21 avril 2020 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

L'affaire fut décommandée.

Sur citation du 14 février 2020, le prévenu P fut à nouveau régulièrement requis de comparaître à l'audience publique du **22 mai 2020** devant la Cour d'appel de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience, la société en commandite simple KLEYR GRASSO, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant KLEYR GRASSO GP s. à r. l., représentée aux fins de la présente procédure par Maître Rosario GRASSO, avocat à la Cour, demeurant à Strassen, autorisé à représenter le prévenu P, fut entendu en son moyen invoqué.

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

La Cour d'appel ordonna la suspension de l'audience pour délibérer sur le moyen invoqué et décida de **joindre l'incident au fond**.

La société en commandite simple KLEYR GRASSO, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant KLEYR GRASSO GP s. à r. l., représentée aux fins de la présente procédure par Maître Rosario GRASSO, avocat à la Cour, demeurant à Strassen, Maître Philippe DUPONT et Maître Ari GUDMANNSSON, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, développèrent plus amplement les moyens de défense et d'appel de ce dernier.

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

La Cour d'appel ordonna la suspension des débats et la continuation de l'affaire à l'audience publique du **12 juin 2020**.

A cette audience, la société en commandite simple KLEYR GRASSO, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant KLEYR GRASSO GP s. à r. l., représentée aux fins de la présente procédure par Maître Rosario GRASSO, avocat à la Cour, demeurant à Strassen, Maître Philippe DUPONT et Maître Ari GUDMANNSSON, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, autorisés à représenter le prévenu P, développèrent plus amplement les moyens de défense et d'appel de ce dernier.

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

La société en commandite simple KLEYR GRASSO, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu,

représentée par son gérant KLEYR GRASSO GP s. à r. l., représentée aux fins de la présente procédure par Maître Rosario GRASSO, avocat à la Cour, demeurant à Strassen, répliqua aux conclusions du ministère public.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 21 juillet 2020, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, P (ci-après P) a fait relever appel du jugement no 3003/2019 rendu le 5 décembre 2019 par le tribunal correctionnel du même siège, jugement dont les motifs et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration déposée au même greffe en date du 14 janvier 2020 le procureur d'Etat de Luxembourg a également relevé appel du jugement susmentionné.

Ces appels, relevés conformément à l'article 203 du Code de procédure pénale, sont recevables.

A l'audience publique du 22 mai 2020, les mandataires de P ont demandé à pouvoir représenter leur mandant, demande à laquelle le ministère public ne s'est pas opposé et à laquelle la Cour d'appel a fait droit par application de l'article 185 alinéa 1 du Code de procédure pénale.

Les mandataires de P ont ensuite demandé à voir limiter les débats à la seule question de la prescription de l'action publique.

Cette demande a été rejetée, la Cour d'appel ayant décidé de ne pas prononcer de jugement séparé sur la prescription de l'action publique, mais d'examiner dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice l'affaire dans son ensemble.

I) Quant aux rétroactes :

Il y a lieu de rappeler que suite à une enquête préliminaire à partir du 11 janvier 2013, le Procureur d'Etat de Luxembourg a, en date du 16 mars 2015, requis l'ouverture d'une information judiciaire à l'encontre de P pour infraction de malversation dans sa gestion en tant que curateur de la faillite des sociétés SOC1 et SOC2, (ci-après SOC2).

Par ordonnance du 14 mars 2018, la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a renvoyé P devant la juridiction du fond pour infraction à l'article 575 4° du Code de commerce, sanctionnée par l'article 490 du Code pénal, en relation avec les contrats de domiciliation avec la société SOC3 signés par le prévenu en tant que curateur des faillites SOC1 et SOC2, malgré le fait qu'il était actionnaire de ladite société.

Par jugement du 17 janvier 2019, le tribunal d'arrondissement a retenu, contrairement aux conclusions tant du ministère public que du prévenu, que l'action publique engagée à l'encontre de P du chef des faits faisant l'objet de l'ordonnance de renvoi no 424/18 rendue le 14 mars 2018 par la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg n'est pas prescrite.

Pour ce faire, le tribunal a retenu que l'infraction de malversation reprochée à P est à qualifier d'infraction clandestine par nature, de sorte que le point de départ de la prescription de l'action publique est à fixer au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique, ce qui, selon l'appréciation des

juges de première instance, n'a été le cas au plus tôt qu'en date du 14 juin 2012, date à laquelle le juge-commissaire de l'époque avait, après itératives demandes de renseignements et précisions sur les opérations de la faillite par lui-même ainsi que par ses prédécesseurs, été informé sur les prélèvements effectués sur l'actif des faillites en faveur de la société SOC3 du chef de frais de domiciliation.

Ce jugement n'a pas été frappé d'appel.

A l'audience du 14 novembre 2019, le procureur d'Etat a demandé la condamnation de P non seulement pour l'infraction de malversation, mais également pour l'infraction de prise illégale d'intérêts.

Par le jugement entrepris du 5 décembre 2019, P a été condamné pour malversation en sa qualité de curateur des faillites des sociétés SOC1 et SOC2 et prise illégale d'intérêts à une amende de 40.000 euros. Le jugement a encore ordonné la réintégration à la masse de la faillite de la société SOC1 de la somme de 23.171,60 euros et la réintégration à la masse de la faillite de la société SOC2 de la somme de 19.521,03 euros et a ordonné l'affichage du jugement et sa publication dans deux quotidiens luxembourgeois.

II) Quant à la prescription :

A) La position des parties :

L'appelant demande à voir dire que l'action publique engagée à son encontre du chef des faits faisant l'objet de l'ordonnance de renvoi no 424/18 du 14 mars 2018 par la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg est prescrite tant sous la qualification de malversation que sous la qualification de prise illégale d'intérêts.

Contrairement à l'avis de la juridiction de première instance, l'infraction de malversation qui lui est reprochée ne pourrait être considérée comme infraction clandestine par nature (occulte). Elle ne pourrait pas non plus être considérée comme infraction clandestine par réalisation (dissimulée). Il en serait de même pour l'infraction de prise illégale d'intérêts.

En effet, la clandestinité serait un des éléments constitutifs de l'infraction occulte ou clandestine par nature.

Tel ne serait cependant pas le cas en l'espèce.

Ainsi, il résulterait déjà du libellé du deuxième paragraphe de l'article 245 du Code pénal que la prise illégale d'intérêts n'est pas une infraction clandestine par nature. Cette solution aurait d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence française suivant laquelle cette infraction se prescrit à « *compter du dernier acte administratif accompli par l'agent public par lequel il prend ou reçoit directement ou indirectement un intérêt dans une opération dont il a l'administration ou la surveillance* ».

L'infraction de malversation ne prévoirait pas non plus parmi ses éléments constitutifs la clandestinité.

Les infractions de malversation et de prise illégale d'intérêts ne sauraient donc être clandestines par nature dans la mesure où il est parfaitement concevable qu'elles soient commises sans clandestinité.

Les infractions clandestines par réalisation, de leur côté, ne pourraient exister que si l'auteur a volontairement agi pour en empêcher la découverte. La clandestinité serait dans ce cas déterminée au cas par cas, selon que le délinquant aura ou non œuvré à masquer son forfait

et il appartiendrait aux autorités de poursuite, qui ont la charge de la preuve, d'établir les circonstances réelles et effectives de l'espèce qui caractérisent concrètement la clandestinité de l'infraction.

Or, en l'espèce, aucun élément du dossier pénal ne permettrait de laisser croire que P ait, à un quelconque moment, essayé de dissimuler l'existence des domiciliations des sociétés en faillite auprès de la société SOC3. Il l'aurait, au contraire, dès le départ et tout au long de la durée de la domiciliation, rendue publique, à savoir par des publications au Mémorial, sur le papier-entête des sociétés en faillite ou encore dans des procès et les vérifications de créances.

Ainsi, les transferts successifs des sièges des sociétés en faillite avaient été publiés au Mémorial C. Il résulterait, en outre, des publications au Mémorial C que P était membre du conseil d'administration de la société SOC3.

A l'époque des faits qui lui sont reprochés, il aurait également été notoire que les associés de l'étude dont faisait partie P avaient des liens capitalistiques très étroits avec la société SOC3 et que P avait dans ses deux qualités d'actionnaire et d'administrateur un intérêt dans les affaires de celle-ci.

Les juges-commissaires de l'époque et le ministère public auraient donc été parfaitement au courant du fait que les sociétés en faillite étaient domiciliées auprès de la société SOC3.

La société SOC3 étant une société commerciale, le juge commissaire et le ministère public n'auraient pas non plus pu ignorer que la domiciliation ne se ferait pas à titre gratuit.

A cela s'ajouterait que de nombreuses pièces produites dans le cadre de différentes procédures judiciaires liées aux faillites des sociétés SOC1 et SOC2 faisaient référence à la domiciliation. Ces documents auraient été mis à la disposition tant du juge commissaire que du représentant du ministère public qui assistait aux vérifications des créances (dont notamment l'admission de la déclaration de créance de la société anonyme SOC10 après le versement d'une procuration spéciale qui fait référence à cette domiciliation) ou encore aux audiences de l'affaire « ... », dont le mandataire avait clairement indiqué dans ses conclusions que les faillites étaient domiciliées auprès de la société SOC3.

La défense de P en conclut que le juge-commissaire et le ministère public disposaient donc, au moins depuis l'année 2003, de tous les éléments factuels qui leur auraient permis de constater et de poursuivre une éventuelle malversation, respectivement une éventuelle prise illégale d'intérêts commise par le curateur.

Les différents juges-commissaires n'auraient cependant pas agi malgré le fait qu'ils auraient été en possession de tous les éléments factuels. Or, la réalisation occulte de l'infraction excluait la négligence du ministère public et, par voie de conséquence, celle des autorités judiciaires de manière générale.

P n'ayant commis aucun acte, ni positif, ni d'omission, pour occulter le fait que les sociétés SOC1 et SOC2 étaient domiciliées auprès de la société SOC3 et que les associés de l'étude dont faisait partie P et donc lui-même également, étaient les actionnaires de la société SOC3, de sorte que ni l'infraction de malversation, ni l'infraction de prise illégale d'intérêt ne sauraient constituer des infractions dissimulées.

Le point de départ du délai de prescription de l'action publique ne saurait dès lors être reporté. La prescription de ces infractions aurait donc nécessairement commencé à courir au plus tard le 1^{er} avril 2008, jour du dernier paiement à la société SOC3, de sorte que la prescription des faits incriminés était dès lors définitivement acquise au plus tard le 1^{er} avril

2011. En tout état de cause, depuis la cession de SOC3 à un tiers en date du 17 juin 2008, P n'avait plus aucun intérêt de quelque nature qu'il soit dans la société.

Par ailleurs, la prescription de l'action publique serait d'ordre public et pourrait être opposée en tout état de cause et « *même devant le Juge du fait saisi après cassation* ». La prescription de l'action publique serait un mode général de l'extinction de celle-ci et elle constituerait « *une exception péremptoire et d'ordre public* », de sorte qu'il appartiendrait à la Cour d'appel d'examiner même d'office la question.

Le représentant du ministère public fait valoir que la prescription s'applique aux faits.

En l'espèce, ce serait la décision du 17 janvier 2019 qui aurait tranché la question de la prescription de l'action publique. Les juges de première instance auraient en effet retenu que les faits repris dans l'ordonnance de renvoi ne seraient pas prescrits.

Cette décision n'aurait cependant pas été frappée d'un recours. Même si aucun appel immédiat n'aurait été possible, il aurait appartenu à la partie appelante de relever appel de cette décision ensemble avec son appel contre la décision au fond. En effet, et contrairement à ce que ferait plaider l'appelant, le recours contre une décision au fond n'impliquerait pas un recours contre une décision interlocutoire. A défaut d'appel interjeté contre la décision du 17 janvier 2019, celle-ci serait actuellement coulée en force de chose jugée.

Il serait certes vrai comme le souligne la partie appelante que la prescription de l'action publique est d'ordre public et qu'elle doit même être soulevée d'office. La recevabilité des voies de recours serait néanmoins également d'ordre public et la question de la prescription ne devrait ainsi pas venir heurter ce qui est coulé en force de chose jugée.

Du moment qu'une décision ne serait pas entreprise dans le délai légal, elle serait coulée en force de chose jugée et serait partant définitive. Il en résulterait que si une partie a négligé de relever appel dans le délai légal, elle ne peut plus rattraper cette négligence. A l'appui de son argumentation le représentant du ministère public se rapporte aux jurisprudences des cours de cassation française et luxembourgeoise.

La question de la prescription de l'action publique ne pourrait donc plus être examinée par la Cour d'appel.

A titre subsidiaire, le représentant du ministère public fait plaider que la prescription ne serait pas acquise en l'espèce.

Il donne d'abord à considérer que le curateur ne pourrait pas tirer profit du fait de la publication du siège social. Le pouvoir de changer le siège social serait une prérogative des actionnaires qui garderaient ce droit même après le prononcé d'une faillite alors que celle-ci, contrairement à une liquidation, ne mettrait pas fin à la vie d'une société. Les pouvoirs du curateur se limiteraient aux pouvoirs d'un gérant ou d'un conseil d'administration. Il s'en suivrait que le curateur ne pourrait opérer un changement du siège de la société en faillite.

La connaissance ou la possibilité de connaissance requise pour un report du délai de prescription de l'action publique devrait d'ailleurs être telle qu'une possibilité de poursuite aurait été possible. Or, le transfert du siège social d'une société n'impliquerait pas de facto une domiciliation et le paiement de frais de domiciliation.

La connaissance des infractions pourrait donc seulement résulter de la connaissance du contrat de domiciliation qui, conformément à l'article 5 de la loi du 23 décembre 1909 sur le registre de commerce et des sociétés, aurait dû être publié.

Comme en l'espèce, aucune publication du contrat de domiciliation n'aurait été faite, la prescription n'aurait pu commencer à courir qu'à partir du 28 août 2012, date à laquelle le curateur a communiqué les données nécessaires au juge-commissaire, respectivement à partir du 10 octobre 2012, date de la dénonciation des faits au procureur d'Etat.

La défense de P réplique que l'appel général du ministère public du 14 janvier 2020 produirait les effets les plus étendus. Bien que cet appel s'appliquerait seulement à l'action publique, il s'appliquerait nécessairement à la question de savoir si l'action publique est prescrite ou non. L'appel non limité du ministère public produirait ainsi une dévolution totale remettant en cause tout ce qui aurait été soumis aux juges de première instance. Il s'ensuivrait que le fait que P n'a pas explicitement interjeté appel contre le jugement interlocutoire du 17 janvier 2019 ne l'empêcherait pas d'invoquer ses moyens relatifs à la prescription de l'action publique.

A cela s'ajouterait que le jugement du 5 décembre 2019, consacrerait également des développements relatifs aux moyens de prescription de l'action publique. Le tribunal se référerait à son jugement du 17 janvier 2019 et partagerait, du moins implicitement, l'analyse et les conclusions du premier jugement que l'action publique n'est pas prescrite.

Les juges de première instance signaleraient d'ailleurs que leur décision quant à la prescription de l'action publique était « *uniquement basée sur les éléments du dossier que le tribunal avait à ce moment à sa disposition* ».

Or, il serait admis que si une décision au fond consacre également des développements auxdits moyens, les prévenus pourraient valablement les réitérer dans le cadre de l'appel dirigé contre le jugement au fond.

Un certain courant jurisprudentiel retiendrait, par ailleurs, qu'en interjetant appel contre le jugement rendu sur le fond, l'appelant a attaqué implicitement, mais nécessairement toute la procédure sur laquelle est intervenu le jugement définitif.

Pour le cas où la Cour d'appel viendrait à la conclusion que la question de la prescription de l'action publique aurait définitivement été toisée par le jugement du 17 janvier 2019, il y aurait lieu de constater que cette décision a uniquement jugé que l'infraction de malversation n'était pas prescrite.

Les juges de première instance n'auraient en effet pas vérifié si la prescription était acquise ou non en relation avec l'infraction de prise illégale d'intérêts qui a été débattue pour la première fois devant les juges qui ont rendu le jugement du 5 décembre 2019.

Il aurait dès lors appartenu aux juges de première instance de tenir compte du caractère péremptoire et d'ordre public de l'exception de prescription et d'analyser, préalablement à la discussion quant au bien ou mal fondé de cette nouvelle infraction, si l'action publique à cet égard était prescrite ou non à l'égard de P.

Il ne saurait en effet être argumenté que du fait (contesté) que l'infraction de malversation n'était pas prescrite, qu'automatiquement l'infraction de prise illégale d'intérêts ne serait pas non plus prescrite, faute de quoi cette infraction dégènerait en infraction occulte, ce qui ne serait manifestement pas le cas.

En considérant l'infraction de malversation comme une infraction clandestine par nature, le tribunal aurait créé une infraction qui est de facto imprescriptible, ce qui violerait le principe fondamental de la prescriptibilité des infractions établi par le Code de procédure pénale. Une telle construction prétorienne *contra legem* ne saurait avoir d'impact sur la prescription d'une autre infraction pour laquelle le point de départ du délai de prescription commun à toutes les

infractions s'applique, sans constituer une nouvelle violation du principe fondamental que constitue la prescription des infractions.

Il appartiendrait donc en tout état de cause à la Cour d'appel d'analyser la prescription de l'action publique relative à l'infraction de prise illégale d'intérêt qui ne serait pas une infraction clandestine, alors que le caractère occulte n'en est pas un élément constitutif et que le ministère public n'apporterait pas la preuve que P ait, d'une quelconque manière, tenté d'obscurcir le fait que les sociétés étaient domiciliées auprès de la société SOC3.

B) L'appréciation de la Cour d'appel :

La Cour d'appel constate que l'appel du prévenu est limité au jugement du 5 décembre 2019, seul désigné dans sa déclaration d'appel du 13 janvier 2020, et qu'il ne s'étend pas au jugement du 17 janvier 2019.

La circonstance que le jugement avant-dire droit, qui n'a pas statué, ne fût-ce que partiellement, sur le fond du litige, et qui n'a pas mis fin à la procédure, n'est pas susceptible d'un appel immédiat, et ne peut être entrepris qu'ensemble avec le jugement sur le fond dans le délai d'appel applicable à celui-ci, n'implique pas que l'appel interjeté contre ce jugement s'étend de plein droit au jugement sur incident sans qu'il soit besoin de le désigner expressément dans l'acte d'appel.

Il résulte au contraire de l'article 203 du Code de procédure pénale que la déclaration d'appel doit spécifier le jugement contre lequel l'appel est dirigé, ou, en cas de deux ou de plusieurs décisions, chacune de celles-ci (Cass. ch. crim. 23 mars 1993, B. 1993, n° 127, p. 321, cité par Guinchard et Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, 7^e édition p. 1474 ; Jurisclasseur, Procédure pénale, fasc. 10, n° 49).

Une déclaration d'appel portant uniquement sur le dernier jugement ne peut en effet s'étendre à un jugement précédent qu'en cas d'invisibilité entre les décisions (cf. Cass. belge 17 février 1998, Pasicrisie 1998, p. 241, cité par Henri-D. Bosly, Droit de la procédure pénale, 5^e édition, 2008, p. 1547 ; M. Franchimont, Manuel de procédure pénale, 3^e édition, p. 926, note 111). En l'espèce, une telle indivisibilité n'existe pas entre les jugements en cause.

La Cour d'appel constate encore que si les juges de première instance ont analysé la question de l'extinction de l'action publique par prescription et l'ont retenu dans le dispositif du jugement du 17 janvier 2019, ils ne sont plus revenus sur l'analyse de ce moyen dans leur jugement du 5 décembre 2019.

La défense de P donne cependant à considérer que la prescription est une règle d'ordre public pouvant même être soulevée devant la Cour de Cassation de sorte qu'il appartiendrait à la Cour d'appel de l'examiner.

Or, la Cour d'appel ne peut examiner les conclusions de la partie appelante tendant à la réformation d'un jugement que si cette décision lui est régulièrement déférée, peu importe le caractère d'ordre public des moyens soulevés par l'appelant.

Il en suit que même un moyen d'ordre public est seulement recevable s'il ne se heurte pas à la force de chose jugée.

En l'espèce, la Cour d'appel n'est pas saisie d'un recours contre le jugement sur incident, de sorte qu'elle n'a pas à examiner des moyens, fussent-ils d'ordre public, relatifs à la prescription, toisée par ce jugement, qui est coulé en force de chose jugée (cf. Cass 26 janvier 2017 no 02/2017 pénal).

La défense de P relève toutefois que dans leur jugement du 17 janvier 2019, les juges de première instance auraient seulement analysé la prescription de l'action publique relative à l'infraction de malversation et non la prescription de l'action publique relative à l'infraction de prise illégale d'intérêts, infraction invoquée par le ministère public pour la première fois à l'audience du 14 novembre 2019.

En cas de concours matériel d'infractions, la prescription s'apprécie séparément pour chacune des infractions (Cass belge, 21 avril 1975, Pas., 1975, I, p.837, cité dans M. Franchimont, Manuel de procédure pénale, p. 132, no 5). Il en est de même en cas de concours idéal d'infractions.

En l'espèce, les juges de première instance ont, dans leur jugement du 17 janvier 2019, seulement analysé la prescription de l'action publique relative à l'infraction de malversation, mais non la prescription de l'action publique relative à l'infraction de prise illégale d'intérêts, infraction invoquée pour la première fois par le ministère public à l'audience du 14 novembre 2019.

Si les faits sur lesquels le ministère public a basé sa demande de condamnation pour prise illégale d'intérêts sont les mêmes que pour l'infraction de malversation, la décision des juges de première instance relative à la prescription de l'action publique n'a, au vu de ce qui précède, que pu porter sur l'infraction de malversation, telle que cela résulte d'ailleurs de la motivation du jugement du 17 janvier 2019.

Il appartient dès lors à la Cour d'appel d'examiner si l'action publique pour l'infraction de prise illégale d'intérêts, qui existe par la simple mise en contact de l'intérêt de la personne concernée avec l'intérêt public qu'il est chargé d'administrer ou surveiller, est prescrite ou non.

Conformément aux dispositions des articles 637 et 638 du Code de procédure pénale en vigueur antérieurement à la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes, l'action publique résultant d'un délit se prescrivait après trois années révolues à compter du jour où le délit a été commis.

La loi du 6 octobre 2009 a allongé le délai de la prescription de l'action publique pour les délits de trois à cinq ans. L'article 34 de cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, dispose qu'elle n'est applicable qu'aux faits qui se sont produits après son entrée en vigueur hormis les exceptions y mentionnées.

Cependant, par une loi du 24 février 2012 relative à la récidive internationale, les dispositions de l'article 34 de la loi du 6 octobre 2009 ont été modifiées et, d'après les nouvelles dispositions, le délai de prescription de cinq ans, retenu par la loi de 2009, est désormais immédiatement applicable à la répression des infractions commises avant son entrée en vigueur, soit avant le 9 mars 2012, à la condition que la prescription ne soit pas déjà acquise.

En principe, le délit de prise illégale d'intérêts se prescrit à compter du dernier acte administratif accompli par l'agent public par lequel il prend ou reçoit directement ou indirectement un intérêt dans une opération dont il a l'administration ou la surveillance, respectivement au cas où l'opération est fractionnée, notamment en cas de paiements successifs, à partir du dernier versement (Cass crim. 29 juin 2005, n°04-87294), voir même au jour où la conservation d'un intérêt pris illégalement a pris fin (Cassation criminelle française, 29 avril 2014, n°14-80060), c'est-à-dire en l'espèce, soit le 1^{er} avril 2008, soit le 17 juin 2008.

Selon le représentant du ministère public, le point de départ du délai de prescription de l'action publique serait reporté, en l'espèce, en raison du caractère clandestin de l'infraction.

A cet égard, il y a lieu de distinguer l'infraction clandestine par nature (occulte) de l'infraction clandestine par dissimulation.

La clandestinité n'étant pas un des éléments constitutifs de l'infraction de prise illégale d'intérêts alors que l'ingérence peut également se concevoir lorsque le titulaire d'une fonction publique agit personnellement, au grand jour, sans artifice ou simulation (F. Kuty, Principes généraux du droit pénal belge, p. 348), elle ne saurait être considérée comme infraction clandestine par nature.

Il est néanmoins admis que l'infraction de prise illégale d'intérêts peut être une infraction clandestine par dissimulation.

Ainsi, en cas de dissimulation destinée à empêcher la connaissance de l'infraction, le délai de prescription de l'action publique commence seulement à courir à partir du jour où celle-ci est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites (Cassation Criminelle française, 16 déc. 2014, n°14-82.939, Bull.crim. no 272).

Ce n'est donc que si un auteur dissimule ses détournements par des manœuvres dilatoires empêchant de constater les éléments de l'infraction que le délai de prescription est reporté.

Or, en l'espèce, même si P ne s'est pas empressé de répondre aux courriers des juges-commissaires, les éléments du dossier ne permettent pas de retenir qu'il ait entrepris des manœuvres pour dissimuler le fait que les sociétés en faillite ont été domiciliées auprès de la société SOC3, ni le fait qu'il est administrateur de cette société depuis le 16 juillet 1998.

Il résulte, en effet, des publications au Mémorial C que P a été administrateur de la société SOC3 (anc. SOC3) à partir du 16 juillet 1998 jusqu'à la cession de la société à un tiers en date du 17 juin 2008.

Abstraction faite de la régularité des transferts du siège des sociétés en faillite opérés par le curateur, ce dernier n'a pas caché ce fait. Ainsi, les transferts des sièges des sociétés en faillite du ..., au ... à partir du 1^{er} août 2001, puis à partir du 3 mars 2003 au ... où se trouvait également le siège de la société SOC3 ont été publiés au Mémorial C. Le curateur n'a cependant pas été établi professionnellement à l'adresse de la société SOC3 à cette époque.

Il résulte encore des pièces produites en cause que dans le cadre de la procédure Z contre les sociétés en faillite, le mandataire de la partie demanderesse a, en date du 12 mai 2003, adressé au juge-commissaire un projet d'assignation des sociétés en faillite en précisant que celles-ci sont établies, sinon domiciliées au siège de la société SOC3. Il en est de même dans les assignations du 20 mai 2003 et du 11 juin 2003. L'assignation en homologation d'une transaction conclue entre parties du 1^{er} juillet 2003 faite à la requête de P précise l'adresse professionnelle du curateur (...) qui est différente de celles des sociétés en faillite pour lesquelles l'adresse « ... » est indiquée.

Dans le cadre de la déclaration de créance de la société SOC11, l'échange de courrier s'est fait par le biais de la société SOC3 (lettres du 8 avril 2003, 21 octobre 2003 et 24 juin 2004). Il en est de même de la lettre adressée à ce sujet au tribunal de commerce en date du 27 mars 2003.

Il résulte encore de la procédure reprise sous les rôles 48909, 72565, 77647 devant la 2^e section du tribunal d'arrondissement de Luxembourg que l'adresse des sociétés en faillite est différente de celle de leur curateur.

Finalement, suite à la contestation de la déclaration de créance de la société SOC10, l'échange de courrier avec le mandataire de créancière s'est également fait par le biais de la société SOC3.

Comme les éléments du dossier ne permettent donc pas de retenir que le curateur ait en l'espèce pris une initiative quelconque pour garder la domiciliation des sociétés en faillite auprès de la SOC3 secrète, le délai de prescription a commencé à courir au plus tard à partir de la cession de la société SOC3 à un tiers, de sorte que l'action publique engagée à l'encontre de P du chef de l'infraction de prise illégale d'intérêts a été prescrite dès le 18 juin 2011.

Le jugement entrepris est partant à réformer en ce sens.

III) Quant au fond :

Les juges de première instance ont fourni une relation correcte, exhaustive et détaillé des faits, de sorte qu'il y a lieu de s'y référer.

Au vu de ce qui a été retenu sub II), il y a lieu de se limiter à l'infraction de malversation.

A) La position des parties :

La défense de P soutient que ni l'article 574 4^o du Code de commerce ni l'article 490 du Code pénal ne définissent la notion de malversation.

Suivant la jurisprudence belge cette infraction s'identifierait à la faute inspirée par l'intérêt personnel ou la cupidité commise dans l'exercice d'une charge, d'un emploi ou d'un mandat. En incriminant la malversation commise par le curateur dans la gestion de la faillite, le législateur aurait entendu réprimer les agissements du curateur, répondant à la définition précitée, qui porteraient atteinte aux intérêts que l'institution de la faillite aurait pour objet de protéger, entre autres les intérêts des créanciers. Selon la doctrine belge elle impliquerait une atteinte frauduleuse aux intérêts de la masse, une négligence intéressée et recouvrerait tous les agissements aux termes desquels le curateur aura disposé à son profit de tout ou partie de la masse.

P aurait cependant agi dans l'intérêt de la masse.

Il aurait eu une obligation de domicilier les sociétés en faillite, celles-ci devant de par la loi avoir un siège social et, dans l'impossibilité de la domicilier auprès de l'étude dont il faisait partie, il aurait dû avoir recours à un domiciliataire tiers.

Compte tenu du contexte frauduleux de la faillite, il n'aurait en effet pas pu domicilier les sociétés auprès d'un domiciliataire non liée à son étude, d'autant plus qu'il n'était pas possible d'en identifier les bénéficiaires économiques. Il aurait donc pris le choix de domicilier les sociétés auprès de la société SOC3 à laquelle il aurait quasiment pu dicter les prix à appliquer qui auraient été très favorables.

La domiciliation n'ayant eu aucun intérêt financier pour la société SOC3 et, par ricochet, pour ses actionnaires, dont P, et le recours à un tiers domiciliataire aurait certainement entraîné un coût plus élevé.

La domiciliation aurait d'ailleurs obtenu l'accord oral du juge-commissaire de l'époque Maryse WELTER qui, tout comme le ministère public, aurait été parfaitement au courant de la domiciliation.

A aucun moment les enquêteurs auraient analysé l'impact de cette domiciliation sur les éventuels bénéfices réalisés par la société SOC3. Ils n'auraient pas examiné la participation de P dans la société, regardé si ce dernier a perçu un quelconque dividende de la part de la société SOC3 pendant les années où les sociétés en faillite étaient domiciliées auprès de celle-ci, ou quel en était le montant et à hauteur de quel pourcentage les frais de domiciliation payés par les sociétés s'élèveraient, partant « *si une telle partie d'un quelconque dividende payé constituerait réellement une atteinte frauduleuse aux intérêts de la masse* ». Ils n'auraient pas non plus analysé si pour obtenir celui-ci, P avait effectivement agi avec l'intention frauduleuse de poursuivre un intérêt personnel ou par cupidité.

L'enquête n'aurait pas non plus porté sur la question de savoir si les prix pratiqués par la société SOC3 étaient égaux, inférieurs ou supérieurs au prix du marché tel que pratiqué à l'époque.

La charge de la preuve des éléments constitutifs de l'infraction de malversation incomberait cependant au ministère public auquel il appartiendrait de prouver que P s'est enrichi au détriment de la masse des créanciers et qu'il a agi dans une intention frauduleuse.

Aucun de ces éléments ne serait prouvé. Au contraire, les éléments du dossier démontreraient que P a agi dans l'intérêt de la masse des créanciers et pas dans son propre intérêt. P serait donc à acquitter de l'infraction de malversation.

Pour le cas où la Cour d'appel ne devrait pas suivre son raisonnement, la défense de P fait valoir que l'infraction de malversation ne serait définie que par son titre « malversation dans la gestion », sans que la loi ne précise un élément constitutif de cette infraction.

En raison de cette imprécision, les articles 575 4° du Code de commerce et 490 dernier alinéa du Code pénal devraient être considérés comme étant contraires, à la fois à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'article 49 de la Charte européenne et à l'article 14 de la Constitution luxembourgeoise.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme considérerait qu'on pourrait seulement considérer comme « loi » une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite. Il devrait être à même de prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause les conséquences d'un acte déterminé.

L'utilisation de notions et de critères trop vagues dans l'interprétation d'une disposition législative pourrait donc rendre la disposition législative elle-même incompatible avec les exigences de clarté et de prévisibilité quant à ses effets.

Les articles 575 4° du Code de commerce et 490 dernier alinéa du Code pénal ne comportant pas de définition des éléments constitutifs de l'infraction de malversation, de sorte que, même en présence de certaines interprétations jurisprudentielles, essentiellement étrangères, le degré de prévisibilité, tel qu'exigé par l'article 7 de la Convention ne pourrait être considéré comme étant rempli. De même, l'alinéa 1 de l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne aurait été violé.

Les articles 575 4° du Code de commerce et 490 dernier alinéa du Code pénal ne seraient pas non plus conformes à l'article 14 de la Constitution.

Comme ils n'énonceraient pas d'élément constitutif précis de l'infraction de malversation, le justiciable ne serait pas capable de « *mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables* » tel qu'exigé par la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise.

La défense de P se réfère à cet égard encore à une jurisprudence du Conseil Constitutionnel français suivant laquelle l'article 207 de la loi française relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises n'est pas conforme à l'article 34 de la constitution française, faute de déterminer les éléments constitutifs de l'infraction de malversation y reprise.

Elle en conclut que les articles 575 4° du Code de commerce et 490 dernier alinéa du Code pénal ne sauraient donc servir de base à une condamnation pénale, faute de contenir une description des éléments constitutifs de l'infraction de malversation.

A titre tout à fait subsidiaire, la défense de P demande à la Cour d'appel de saisir la Cour Constitutionnelle de la question de savoir si les articles 575 4° du Code de Commerce et 490 dernier alinéa du Code pénal sont conformes aux articles 12 et 14 de la Constitution.

Selon le représentant du ministère public la question qui se poserait serait celle de voir si les paiements faits pour frais de domiciliation d'un montant total de 42.692,63 euros pendant la période de janvier 2002 à avril 2008 pouvaient se faire valablement.

A l'époque des faits, le règlement du 22 octobre 1979 relatifs aux frais et honoraires du curateur aurait été applicable. La modification ultérieure de ce règlement en date du 8 juillet 2003 n'aurait fait qu'augmenter les montants retenus dans le règlement de 1979.

Le règlement de 1979 ferait la distinction entre les honoraires ordinaires, respectivement extraordinaires et les frais de la faillite pour lesquels il y aurait lieu d'examiner s'ils ont été nécessaires ou utiles à la faillite. En conséquence, se poserait la question de la nécessité et de l'utilité des frais de domiciliation litigieux.

A cet égard, il y aurait lieu de considérer que si suivant l'article 475 du Code de commerce le tribunal pourrait ordonner que les opérations de la faillite soient continuées, une telle opération n'aurait cependant pas eu lieu en l'espèce. En l'absence de continuation de l'objet social, les frais de domiciliation n'auraient donc pas été nécessaires.

A cela s'ajouterait qu'une domiciliation faite par le curateur ne serait pas possible en droit.

En effet, la décision quant au transfert de siège n'appartiendrait pas au curateur mais aux associés de la société jusqu'à la fin de sa liquidation. Le curateur serait uniquement chargé de l'administration des biens et aurait le droit de consulter la correspondance. Au cas contraire, la société ne pourrait relever appel contre la décision de mise en faillite et les articles 500, 492 et 536 du Code de commerce n'auraient pas de sens.

Les frais de domiciliation n'auraient pas non plus été utiles. En effet, si des frais de location pourraient se justifier pendant un certain temps dans le cadre des faillites d'envergure, les faillites auraient, en l'espèce, cependant déjà été prononcées en 1993, partant 9 ans avant la conclusion du contrat de domiciliation. Aux frais de domiciliation s'ajouteraient, en outre, des frais de stockage importants alors qu'un contrat de stockage séparé avait été conclu.

Pour le représentant du ministère public la seule raison d'être du contrat de domiciliation aurait été de pouvoir disposer d'un bureau pour M qui aurait exécuté des travaux incombant au curateur de la faillite. A cet égard, il se réfère aux déclarations du prévenu et à l'audition de M auprès de la police. Les dépenses litigieuses seraient donc à mettre en relation avec le fonctionnement de la faillite pour lequel le curateur percevrait des honoraires.

P aurait d'ailleurs été d'accord à prendre en charge les salaires de M.

Le prévenu n'aurait pas non plus choisi la solution la plus favorable pour les sociétés en faillite. En effet, il aurait eu le choix, soit de conclure à ses propres frais un contrat de bail pour mettre un bureau à disposition de M, soit de démissionner de sa qualité de curateur soit de renoncer à sa qualité d'associé de la société SOC3.

Quant à l'élément moral, le représentant du ministère public donne à considérer qu'on ne serait pas en face d'une simple inertie de P, mais devant une faute de gestion de sa part qui répondrait à un double intérêt du curateur, à savoir, d'une part, éviter de supporter personnellement les frais de mise à disposition d'un bureau pour sa secrétaire et, d'autre part, bénéficier en sa qualité d'associé de la société de domiciliation des bénéfices engendrés par cette domiciliation.

En tant que professionnel, il devait nécessairement avoir conscience que sa façon d'agir entraînerait une augmentation des frais de la faillite et que l'intervention de M diminuerait la charge de travail à l'étude.

Même à supposer établi l'accord du juge-commissaire pour procéder de la sorte, ce qui ne résulterait pas des éléments du dossier, le curateur ne pourrait donc pas s'affranchir de sa responsabilité. A cet égard le représentant du Ministère public se réfère notamment à la jurisprudence de la Cour de Cassation française suivant laquelle un pacte de confiance n'entraîne pas de diminution de la responsabilité pénale.

B) L'appréciation de la Cour d'appel :

1) Quant à la définition de l'infraction de malversation :

La malversation constitue un délit sui generis, distinct de l'abus de confiance ou du détournement et du faux en écritures. C'est au juge qu'il appartient de préciser la notion de malversation (Gaston Schuind, Traité pratique de droit criminel, art. 489-490 du Code pénal, no 51).

Selon la doctrine, elle implique une atteinte frauduleuse aux intérêts de la masse, une négligence intéressée et recouvre tous les agissements aux termes desquels le curateur aura disposé à son profit de tout ou partie de la masse.

Suivant la jurisprudence, la malversation s'identifie, comme dans le langage courant, à la faute inspirée par l'intérêt personnel ou la cupidité, commise dans l'exercice d'une charge, d'un emploi, ou d'un mandat.

En incriminant la malversation commise par le curateur dans la gestion de la faillite, le législateur a entendu réprimer les agissements du curateur, répondant à la définition précitée, qui portent atteinte aux intérêts que l'institution de la faillite a pour protéger, entre autres les intérêts des créanciers (Cass. belge, 9 décembre 1987, Pas 1988, I, 426).

L'élément matériel de l'infraction est donc circonscrit par la mission légale de gestion du curateur auquel il appartient de réaliser l'actif de la faillite et de distribuer les fonds qui proviennent de sa réalisation, respectivement de conserver et de réaliser les actifs du failli et, au besoin, de provoquer une reconstitution de ce patrimoine pour ensuite en répartir le produit au profit des créanciers.

Avant d'examiner si l'infraction de malversation est établie à l'égard de P, il y a d'abord lieu, pour des raisons de logique juridique, d'examiner la conformité du libellé des articles 575 4°

du Code de Commerce et 490 du Code pénal à l'article 7 de la convention des droits de l'homme, à l'article 49 de la Charte européenne des droits fondamentaux et à l'article 14 de la Constitution, alors que sa défense fait valoir que la notion de « malversation » est trop imprécise pour permettre au curateur de mesurer la portée de la disposition et de régler sa conduite.

L'article 575 du Code de commerce dispose que : « *seront condamnés aux peines de la banqueroute simple, sans préjudice s'il y a lieu, à l'application de l'article 578 :*

...

4° le curateur qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion » et

l'article 490 du Code pénal retient : « *Seront condamnés à un emprisonnement d'un mois à deux ans et à une amende de 500 à 30.000 euros :*

...

Le curateur qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion ».

Conformément aux conclusions du ministère public, la Cour d'appel retient en premier lieu que la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne est inapplicable en l'espèce. En effet d'après l'article 51 de la charte, ses dispositions s'adressent seulement aux Etats membres du moment qu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose, dans son paragraphe 1^{er}, première phrase :

« Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ».

Dans son arrêt ... c. ... du 7 février 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu : « *la loi doit définir clairement les infractions et les sanctions qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale ».*

En raison même du caractère général des lois, le libellé de celles-ci ne peut pas présenter une précision absolue. Beaucoup d'entre elles, en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins floues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (... c/ ..., ... c/ ...).

La portée de la prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires.

La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte.

La malversation dans le langage courant implique une faute dans le chef de son auteur, commise dans son intérêt dans l'exercice d'une charge ou d'un mandat et donc, pour le curateur, une faute commise dans la gestion de la faillite. Cette infraction, reprise à l'article 490 du Code pénal sous le titre IX, chapitre II, section I « de la banqueroute » et à l'article 575 4° du Code de commerce dans le livre III des faillites et banqueroutes, se réfère partant

nécessairement à l'atteinte portée aux intérêts que le droit de la faillite a pour objet de protéger.

Dans le cadre de la mission qui lui est confiée, le curateur, investi d'une charge publique déterminée par la loi, ne peut donc ignorer ce que le terme malversation signifie.

Dans cet ordre d'idées, la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevable la requête introduite par un curateur belge qui avait invoqué l'imprécision de la notion de « malversation ». La Commission a en effet retenu que la notion, qui s'adresse à des professionnels du droit, telle qu'entendue par la Cour de cassation, respecte l'exigence de prévisibilité des normes pénales imposée par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (Comm. Eur. D.H., 14 décembre 1988, ... c. ..., aff. 14192/88).

La notion de « malversation » telle que jugée non conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel français s'appliquait, par contre, non seulement au curateur de faillite, mais à toutes les personnes exerçant une fonction au sein d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire (administrateur, représentant des créanciers, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan).

Le moyen tiré de la violation de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est donc pas fondé.

La défense fait encore état de l'article 14 de la Constitution, qui dispose que « *nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi* ».

La Cour constitutionnelle en a déduit que « *le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et de préciser le degré de répression pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la portée de ces dispositions [et que] le principe de la spécification est le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution* » (Cour Constitutionnelle, 3 décembre 2004, arrêt 23/04).

Il suffit que grâce à des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle, les éléments constitutifs de l'infraction puissent être déterminés avec une sûreté suffisante sans tomber dans l'arbitraire.

Pour les raisons exposées ci-avant, les articles 575 4° du Code de commerce et 490 du Code pénal définissent l'infraction de malversation en des termes suffisamment clairs permettant aux intéressés de prévoir avec une sûreté suffisante les caractéristiques essentielles des conduites constitutives de l'infraction visée.

Il en suit que la demande tendant à saisir la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle proposée par l'appelant est à rejeter en application de l'article 6, alinéa 2, b), de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, pour être dénuée de tout fondement.

2) Quant à l'élément matériel de l'infraction de malversation :

Il est constant en cause que la société SOC1 a été déclarée en état de faillite en date du 29 octobre 1993. P et S ont été nommés curateurs.

Par jugement du 26 novembre 1993, la société SOC2 a été déclarée en état de faillite et, par le même jugement, P et S ont également été nommés curateurs de cette société.

Le 10 novembre 1998, Sa démissionné de ses fonctions de curateur des deux faillites et, à partir de cette date, P en a été le curateur unique.

En sa qualité de curateur unique des sociétés SOC1 et SOC2, P a conclu en date du 2 janvier 2002 pour chacune des sociétés en faillite un contrat de domiciliation avec la société SOC3.

Le curateur a payé du chef de ces domiciliations le montant total de 42.692,63 euros, prélevé sur l'actif des sociétés en faillite, le dernier paiement étant intervenu en date du 1^{er} avril 2008.

Il est encore constant en cause que pendant toute la durée des contrats de domiciliation conclus par P en sa qualité de curateur des sociétés en faillite, ce dernier a été administrateur et actionnaire de la société SOC3.

Les explications de P quant à la nature exacte et la raison d'être de ces contrats de domiciliation sont contradictoires. Ainsi, il a déclaré auprès de la police que ces domiciliations ont été rendues nécessaires par le fait qu'il voulait se conformer à la loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés. Au juge d'instruction il a cependant déclaré « *qu'il s'agissait en fait d'une sous-location et non d'une domiciliation au sens propre* ».

Au vu du libellé des contrats versés en cause, les juges de première instance sont à confirmer en ce qu'ils ont retenu que le rôle de la société SOC3 ne se limitait pas au rôle d'un simple bailleur et qu'il s'agissait bien d'une domiciliation au sens de la loi du 31 mai 1999.

Ainsi, non seulement les contrats sont intitulés « contrat de domiciliation » et la société SOC3 a pris la qualité d'agent domiciliataire. Suivant les missions et obligations à sa charge se retrouvent l'obligation de recevoir toute correspondance et, parmi les obligations imposées aux sociétés domiciliées, celle de fournir une documentation fournie permettant de retracer la vie sociétaire et celle du paiement d'un montant annuel pour services de domiciliation, de réception de courrier et frais de bureau. Même si un bureau a été gratuitement mis à disposition de M, ces missions et frais ne s'expliquent pas par une simple relation bailleur-locataire.

Tout comme le ministère public, la Cour d'appel constate cependant qu'il n'existe pas de disposition légale obligeant la domiciliation des sociétés en faillite.

La loi sur les domiciliations et en l'occurrence la loi du 31 mai 1999 s'applique du moment qu'une société établit un siège auprès d'un tiers pour y exercer une activité dans le cadre de son objet social et que ce tiers preste des services quelconques liés à cette activité (article 1^{er} de la loi).

Il résulte cependant des éléments de la cause que les sociétés SOC1 et SOC2 en faillite n'exerçaient plus d'activité dans le cadre de leur objet social. Le seul effet que des droits des compagnies réassurées auprès de la société SOC1 ont perduré n'est pas de nature à entraîner automatiquement la continuation de l'activité de la société. P et S n'ont, d'après leurs propres déclarations, pas continué les affaires de la société après la faillite et ils n'ont pas non plus demandé d'autorisation au Tribunal de Commerce pour ce faire conformément à l'article 475 du Code de commerce. En outre, l'agrément délivré à la société SOC1 pour faire des opérations de réassurances lui avait déjà été retiré avec effet immédiat par arrêté ministériel du 16 septembre 1993.

A cela s'ajoute que si des frais de location pouvaient se justifier au début de la faillite de la société SOC1 compte tenu de la complexité de celle-ci entraînant l'occupation justifiée de

plusieurs salariés dans un premier temps, toujours est-il que le contrat de domiciliation a seulement été conclu le 2 janvier 2002, partant plus de 8 ans après le prononcé de la faillite.

Contrairement à la déclaration de P suivant laquelle lui-même aurait effectué toutes les missions dévolues au curateur tandis que l'activité de M se serait limitée à faire l'analyse financière des dossiers de réassurance, il résulte des déclarations de M faites auprès de la police (2^e rapport du 14 mai 2013, annexe1) que pendant la période du 1^{er} avril 2001 au 30 septembre 2012, ses tâches consistaient à réaliser un travail incombant au curateur de la faillite, respectivement à sa secrétaire. Ainsi, elle s'occupait essentiellement des démarches administratives en relation avec la faillite, la gestion de l'archive, l'organisation des dates des débats des contestations de créances, la reprise des créances avec leurs documents dans des dossiers séparés, la convocation des créanciers concernés et la préparation de notes de plaidoiries pour chaque créance contestée. Les déclarations du témoin O à cet égard sont significatives. Cette dernière a en effet précisé : « *Avec les années, la charge de travail s'est diminuée* » et « *au moment de mon départ, la charge de travail était minime* ».

La juridiction de première instance en a correctement conclu qu'une domiciliation voire une sous-location, n'était pas justifiée par les besoins des sociétés en faillite.

A cela s'ajoute que dès 1999 P a signé un contrat avec la société SOC9 pour le stockage de 35 m3 d'archives.

C'est dès lors à juste titre que le représentant du ministère public fait valoir qu'il n'existait pas de nécessité ou d'utilité pour conclure un contrat de domiciliation. La Cour rejoint également le représentant du ministère public en ce qu'il en a déduit que la conclusion de ces contrats ne servait que pour la mise à disposition d'un bureau à M qui était logée dans un bureau « open space » avec les employés de la société SOC3.

Le fait de signer deux contrats de domiciliation ayant donné lieu entre le 16 mai 2002 et le 1^{er} avril 2008 à des paiements d'un montant total de 42.692,63 euros a dès lors été contraire aux intérêts des sociétés en faillite alors qu'elle a été rendue plus onéreuse pour la masse par la faute du curateur.

Ayant causé un préjudice à la masse des créanciers des sociétés en faillite, la juridiction de première instance est à confirmer en ce qu'elle a considéré que l'élément matériel de l'infraction est établi en l'espèce.

3) Quant à l'élément moral :

Le dol spécial exigé comme élément moral de l'infraction de malversation consiste en la poursuite d'un intérêt personnel ou en des agissements inspirés par la cupidité.

Tout comme le représentant du ministère public, la Cour d'appel arrive à la conclusion que le comportement du curateur ne se résume en l'espèce pas en une simple inertie du curateur, mais en une faute de gestion destinée à éviter de supporter personnellement des frais de mise à disposition d'un bureau pour sa propre secrétaire. M a, en effet, au vu de ce qui a été retenu sub 2), effectué essentiellement des travaux incombant au curateur des faillites, respectivement à sa secrétaire.

En tant que professionnel confirmé, P aurait néanmoins dû avoir conscience que par le fait de conclure les contrats de domiciliation litigieux, les frais incombant à la masse de la faillite seraient nécessairement augmentés tandis que les frais et la charge de travail de son étude seraient réduits en conséquence.

Comme une faute inspirée par l'intérêt personnel suffit, c'est à juste titre que les juges de première instance ont également retenu que l'élément moral est donné en l'espèce.

Le curateur ne peut pas non plus se décharger de sa responsabilité en invoquant une autorisation orale obtenue par le juge-commissaire de l'époque.

Il est en effet admis que si le curateur commet un délit ou un quasi-délit, il ne peut se retrancher derrière des instructions qu'il aurait reçues pour justifier ses actes : il n'est le préposé de personne (Ivan VEROUGSTRAETE, Manuel de la faillite et du concordat, no 409).

Ainsi, lorsque le curateur est tenu de demander une autorisation au juge-commissaire ou au tribunal, il a été admis que même s'il a obtenu cette autorisation, il demeure responsable de l'acte autorisé (... , 240 ; Brux., 20 juin 1855, Pas 1858, II, 387). L'autorisation ne couvre pas la responsabilité du curateur (RPDP, faillites et banqueroutes, 1583).

Même à supposer que P avait disposé d'une autorisation du juge-commissaire de l'époque pour conclure deux contrats de domiciliation comme il l'affirme, ce fait ne saurait dès lors l'affranchir de sa responsabilité. Il n'existe, par ailleurs, pas non plus d'autorisation spéciale du juge-commissaire pour les prélèvements de frais de domiciliation sur l'actif de la faillite.

Le fait que le juge-commissaire ait avisé le projet de reddition de compte, qui ne précise pas les honoraires des curateurs et dans lequel sont seulement repris les frais de location de bureaux, de domiciliation et de déménagement dans un montant global de 177.139,10 euros, ne saurait donc pas non plus valoir ratification des agissements du curateur, d'autant plus que les inscriptions y figurant ne sont pas définitives, le projet pouvant encore faire l'objet d'oppositions, dont notamment de celles de créanciers ainsi que de rectifications.

IV) Quant à la peine :

Compte tenu de l'ancienneté des faits et du casier vierge du prévenu, le représentant du ministère public a conclu par application de l'article 20 du Code pénal à la condamnation de P à une amende, tout en précisant qu'il ne s'oppose pas à la suspension du prononcé.

Suivant l'article 490 du Code pénal, le curateur qui s'est rendu coupable de malversation dans sa gestion est condamné à un emprisonnement d'un mois à deux ans et à une amende de 500 à 30.000 euros.

Compte tenu des circonstances de l'espèce, de l'ancienneté des faits et de la situation personnelle du prévenu qui a un casier néant, il y a lieu d'accorder à P la faveur prévue à l'article 621 du Code de procédure pénale et à laquelle le mandataire du prévenu, qui satisfait à la condition prévue à l'article 621, alinéa 2, a expressément conclu en ordre subsidiaire.

Par réformation du jugement entrepris, il y a par conséquent lieu d'ordonner la suspension du prononcé de la condamnation au profit de P pendant la durée de trois ans.

Selon l'article 579, al 1er, 1° du Code de commerce, dans les cas prévus par l'article 575, la Cour d'appel ou le tribunal saisi statuent, lors même qu'il y aurait acquittement, d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits.

Cette disposition est également applicable au curateur qui s'est rendu coupable de malversation dans sa gestion (Cass. belge, 9 décembre 1987, P 1988, I, 426).

La réintégration à la masse constituant une réparation de nature civile, il y a donc lieu de confirmer les juges de première instance en ce qu'ils ont ordonné la réintégration du montant de 23.171,60 euros à la masse des créanciers de la faillite de la société SOC1 et la réintégration du montant de 19.521,03 euros à la masse des créanciers de la faillite de la société SOC2.

Au vu du fait que la Cour d'appel accorde au prévenu la suspension du prononcé de la condamnation, il n'y a cependant pas lieu d'ordonner la publication de la décision en application de l'article 583 du Code de commerce (en ce sens : Cass. Belge, 1^{er} février 2011 RG P.10.1280.N).

En effet, la publication n'est obligatoire qu'en cas de condamnation. Elle doit comprendre notamment la date de l'arrêt ou du jugement de condamnation, les infractions qui ont donné lieu aux condamnations et les peines prononcées. Il s'en déduit que bien que cette publication ne constitue pas une peine, (...) elle ne doit pas être ordonnée lorsque le prononcé de la condamnation a été suspendu (Cass. Belge, 28 mai 1997, RG P.97.0188.F, Pas., 1997, no 242).

Le jugement entrepris est donc à réformer en ce sens.

PAR CES MOTIFS,

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

reçoit les appels en la forme;

dit qu'il n'y a pas lieu de poser à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle proposée par la défense de P;

dit l'appel du ministère public non fondé;

dit l'appel de P partiellement fondé;

réformant:

dit que l'action publique relative à l'infraction prévue à l'article 245 du Code pénal est éteinte par prescription;

ordonne à l'égard de P la suspension du prononcé de la condamnation pour la durée de trois (3) ans;

dit qu'il n'y a pas lieu à l'affichage et à la publication de la décision dans deux quotidiens luxembourgeois en application de l'article 583 du Code de commerce;

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

condamne P aux frais de sa poursuite pénale en instance d'appel, liquidés à 21,50 euros.

Par application des articles cités par la juridiction de première instance en retranchant les articles 20, 245 du Code pénal et l'article 583 du Code de commerce et par application des articles 185, 199, 202, 203, 209, 211, 621 et 622 du Code de procédure pénale.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Madame Mireille HARTMANN, président de chambre, et Messieurs Henri BECKER et Stéphane PISANI, conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Madame 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 Mireille HARTMANN, président de chambre, en présence de Madame Sandra KERSCH, avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.