

Arrêt N° 409/20 V.
du 8 décembre 2020
(Not. 8379/14/CD)

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

P1, né le ... à ... (...), demeurant à ...

prévenu, défendeur au civil et **appelant**

e n p r é s e n c e d e :

Réputé

contradictoire

1. la société SOC1, établie et ayant eu son siège social à ..., inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., déclarée en état de faillite par un jugement commercial du 12 avril 2013, représentée par son curateur, Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, agissant principalement au nom de la société faillie et subsidiairement au nom de la masse

2. la société SOC2, Entreprise Générale de Génie Civile et de Construction, établie et ayant son siège social à L..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., **appelante**

parties civiles constituées contre le prévenu et défendeur au civil P1, préqualifié

demandereses au civil

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, 7^e chambre correctionnelle, le 6 juin 2019, sous le numéro 1460/19, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

«».

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 10 juillet 2019 au pénal et au civil par le mandataire du prévenu et défendeur au civil P1, le 12 juillet 2019 par le représentant du ministère public et le 18 juillet 2019 au civil par le mandataire de la demanderesse au civil la société SOC2.

En vertu de ces appels et par citation du 30 septembre 2019, les parties furent régulièrement requises de comparaître à l'audience publique du 19 février 2020 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience, l'affaire fut contradictoirement remise à l'audience publique du 12 juin 2020 devant la Cour d'appel de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

L'affaire fut décommandée.

Sur citation du 28 mai 2020, les parties furent à nouveau régulièrement requises de comparaître à l'audience publique du 13 novembre 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 demanderesse au civil la société SOC1, bien que régulièrement convoquée, ne fut ni présente ni représentée.

Maître Zoé THILL, avocat, en remplacement de Maître François DELVAUX, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens d'appel de la demanderesse au civil la société SOC2.

Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, autorisé à représenter le prévenu et défendeur au civil P1, développa 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 COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 8 décembre 2020, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 10 juillet 2019 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, P1 a fait relever appel au pénal et au civil du jugement no 1460/2019 rendu en date du 6 juin 2019 par une chambre correctionnelle du même tribunal, dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration notifiée le 12 juillet 2019 au même greffe, le procureur d'Etat de Luxembourg a également fait relever appel au pénal contre ce jugement.

Par déclaration du 18 juillet 2019 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la société anonyme SOC2 a fait relever appel au civil du jugement précité.

Les faits :

Par le jugement entrepris, P1 a été condamné à une peine d'emprisonnement de 18 mois assortie du sursis intégral et à une amende de 3.000 euros pour abus de biens sociaux et notamment, pour avoir, en tant que dirigeant de droit de la société SOC1, déclarée en état de faillite le 12 avril 2013 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, fait de mauvaise foi des biens et du crédit de cette société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, par le fait d'avoir consenti entre le 8 mars 2011 et le 21 décembre 2012 des prêts et avances d'un montant total de 1.754.000 euros à différentes sociétés dont il était le dirigeant et le bénéficiaire économique ultime, à savoir la société SOC3, la société SOC4, la société SOC5, la société SOC7 et la société SOC6, partant pour favoriser une autre société dans laquelle il était intéressé directement. P1 a encore été retenu dans les liens de l'infraction à l'article 506-1 3) du Code pénal.

Au civil, le tribunal de première instance s'est déclaré compétent pour connaître de la partie civile formulée par la société SOC2, mais l'a déclaré non fondée.

Il s'est également déclaré compétent pour connaître de la demande de la société SOC1 en faillite, dit que sa demande de réintégration à la masse des créanciers de la faillite des sommes sorties de l'actif est non fondée et ses demandes subsidiaires irrecevables.

La position des parties :

Lors de l'audience du 13 novembre 2020, la société SOC2 a réitéré sa partie civile telle que formulée en première instance et demande à la Cour d'appel d'y faire droit.

Elle insiste sur le fait que P1 avait conclu un contrat de construction avec elle tout en sachant que l'argent du prêt qui a été accordé un an auparavant par la banque BQUE1 à la société SOC1 pour financer, entre autres, des travaux pour la construction d'un hall était déjà totalement dépensé.

Le mandataire de P1 demande à la Cour d'appel de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a acquitté son mandant des actes d'abus de biens sociaux qui lui ont été reprochés jusqu'au 7 mars 2011, alors que la société SOC1 avait beaucoup de liquidités et qu'en pleine crise financière, il aurait été plus avantageux de prêter de l'argent à des sociétés apparentées que de les confier à des établissements bancaires, d'autant plus que le taux d'intérêt aurait été supérieur au taux que la société aurait pu recevoir d'une banque.

Pour la période à compter du 8 mars 2011, il fait valoir que l'affectation d'un crédit ne serait pas un droit dans le chef d'un tiers. Cette affectation serait uniquement faite dans l'intérêt de la banque et non dans l'intérêt des tiers. La banque aurait exécuté des virements à des bénéficiaires dont elle savait qu'ils n'étaient pas en relation avec le droit de superficie et le hall du

En outre, il faudrait tenir compte de l'évaluation des rentrées des chantiers en cours dans le bilan. Pour 2010, un poste de 1.600.000 euros aurait été prévu, montant supérieur aux prêts accordés aux sociétés apparentées et au montant redû à la société SOC2.

Les chantiers en cours de la société SOC1 auraient été très prometteurs et auraient engendrés un cash-flow avec lequel P1 aurait légitimement pu compter.

A l'époque, il y aurait cependant eu une secousse sur le secteur du bâtiment, et, du jour au lendemain, P1 aurait été informé par le comptable qu'il n'y avait plus de commandes, ce dont les deux gérants en place ne l'auraient pas informé.

La société SOC1 aurait donc fait faillite, non parce qu'elle avait trop prêté à ses filiales, mais, parce que son chiffre d'affaires s'était effondré et que les gérants en place n'avaient pas vu ce problème.

La société aurait été victime d'une évolution économique frappant tout le secteur.

L'erreur d'appréciation faite par P1 ne constituerait pas une faute pénale. Il n'aurait pas agi avec une intention de nuire et il ne se serait pas personnellement enrichi.

Le mandataire de P1 conclut, dès lors, principalement, à l'acquiescement de son mandant. Par conséquent, la Cour d'appel devrait se déclarer incompétente pour connaître de la partie civile formulée par la société SOC2.

A titre subsidiaire, il y aurait lieu de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a rejeté la partie civile formulée par la société SOC2, cette dernière, en tant que créancière de la masse, ne pouvant exercer d'action individuelle à l'encontre de P1. Le curateur aurait d'ailleurs introduit une action au civil.

Le représentant du ministère public conclut à la recevabilité de l'appel au pénal du prévenu. Son appel au civil serait cependant à déclarer irrecevable, faute d'intérêt dans son chef.

L'appel au civil de la société SOC2 aurait été relevé en dehors du délai légal de 40 jours après le prononcé du jugement de première instance. En tant qu'appel principal il serait donc irrecevable.

Pour le cas où la société SOC2 aurait entendu relever appel incident tel qu'elle l'a déclaré à l'audience, l'appel serait encore à déclarer irrecevable alors que cet appel suit le sort de l'appel principal de P1 qui devrait être déclaré irrecevable.

Quant au fond, le représentant du ministère public demande à la Cour d'appel de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a acquitté P1 de l'infraction de banqueroute.

Quant à l'abus de biens sociaux, il y aurait lieu de différencier les sorties de fonds précédant la date du 8 mars 2011 et les sorties de fonds postérieures à cette date.

Pour les faits commis avant la date du 8 mars 2011, les éléments constitutifs de l'infraction d'abus de biens sociaux ne seraient pas établis et le jugement serait à confirmer.

Quant aux sorties de fonds postérieures, il y aurait lieu de prendre en considération qu'il y avait deux groupes de sociétés et non pas un seul.

Ainsi, il y aurait eu, d'une part, le groupe X dans lequel était inclus la société SOC1 et, d'autre part, le groupe P1 avec les sociétés SOC6 et SOC7.

Concernant ces deux dernières sociétés, il n'aurait donc pas eu de transfert intragroupe.

De plus, il y aurait lieu de voir qu'après le 8 mars 2011, la société SOC1 avait été confrontée à une crise mondiale et elle n'avait plus les mêmes liquidités. Ce manque de liquidités aurait conduit à la conclusion d'un contrat de prêt important. Les fonds reçus par le biais de ce contrat de prêt n'auraient cependant pas été affectés dans l'intérêt de la société SOC1, mais auraient été utilisés au bénéfice d'autres sociétés pour leur donner des liquidités. Il se serait agi de transferts à voie unique. Or, la société SOC1 elle-même aurait eu à cette époque des problèmes de liquidités, de sorte qu'il n'aurait pas été dans son intérêt d'accorder des prêts. Ce serait donc à bon droit que la juridiction de première instance aurait retenu P1 dans les liens de l'abus de biens sociaux.

Quant à la peine, le représentant du ministère public ne s'oppose pas à une diminution de la peine d'emprisonnement prononcée. En revanche, l'amende serait à augmenter.

Le mandataire de P1 conclut, en ordre subsidiaire, à la confirmation du montant de l'amende, P1 étant personnellement ruiné et travaillerait à ... pour un salaire mensuel de 3.000-4.000 euros. Il insiste sur le fait que si le rythme de commande avait continué comme avant, il n'y aurait pas eu de problème pour payer toutes les factures.

L'appréciation de la Cour d'appel :

A l'audience de la Cour d'appel du 13 novembre 2020 à laquelle le prévenu a été régulièrement convoqué, ce dernier n'a pas comparu en personne. Son mandataire a demandé à pouvoir le représenter, en application de l'article 185 du Code de procédure pénale, demande à laquelle le représentant du ministère public ne s'est pas opposé et à laquelle la Cour d'appel a fait droit.

Quant à la recevabilité des appels :

Les appels au pénal de P1 et du ministère public, interjetés dans les formes et délai de la loi, sont à déclarer recevables.

En revanche, tel que l'a soulevé à juste titre le représentant du ministère public, l'appel de P1, dans la mesure où il tend à remettre en cause ce qui a été jugé au civil, est à déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt, alors que les juges de première instance ont déclaré les demandes civiles dirigées à son encontre irrecevables, sinon non fondées.

L'appel au civil interjeté par la société SOC2 en date du 18 juillet 2019 contre le jugement du 6 juin 2019 rendu contradictoirement à son encontre a été interjeté en dehors du délai légal de 40 jours prévu par l'article 203 du Code de procédure pénale.

La société SOC2 ne saurait pas non plus profiter du délai supplémentaire de cinq jours pour interjeter appel incident, alors que son appel se greffe sur l'appel au civil principal irrecevable formé par le prévenu et défendeur au civil P1.

L'appel de la société SOC2 est donc, à son tour, à déclarer irrecevable.

Quant au fond :

Il résulte des éléments du dossier répressif discutés à l'audience de la Cour d'appel que les juges de première instance ont fourni une relation correcte des faits à laquelle il convient de se référer, les débats devant elle n'ayant apporté aucun fait nouveau par rapport à ceux soumis à l'examen des juges de première instance.

C'est ainsi à bon escient que les juges de première instance ont retenu qu'il résulte de l'enquête versée au dossier que la société SOC1 a accordé différents crédits, respectivement avances pour un montant total de 2.591.700 euros à un certain nombre de sociétés dont P1 était le dirigeant et le bénéficiaire économique.

Ces prêts ou avances n'ont été remboursés que partiellement.

Les juges de première instance ont, en outre, retenu à juste titre qu'en sa qualité de dirigeant de la société SOC1, les infractions de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux pouvaient être reprochées à P1. Ils sont encore à confirmer, par adoption de leurs motifs, en ce qu'ils ont retenu que la société SOC1 avait cessé ses paiements et se trouvait en état d'ébranlement de crédit. Ils ont fixé à juste titre la date de la cessation des paiements à la date du 22 mars 2013.

C'est également à bon droit et pour des motifs que la Cour d'appel fait siens, que le tribunal de première instance, après avoir constaté que les détournements reprochés à P1 ont tous eu lieu avant la date de cessation des paiements du 22 mars 2013, a acquitté le prévenu de l'infraction de banqueroute frauduleuse qui lui a été reprochée à titre principal.

Quant à la prévention d'abus de biens sociaux, la Cour d'appel se rapporte d'abord aux développements en droit des juges de première instance concernant les conditions dans lesquelles l'acte du dirigeant de la société constitue un abus de biens sociaux.

Il est par ailleurs constant en cause que P1 a fait usage des fonds de la société SOC1 en les continuant à des sociétés apparentées.

La Cour d'appel rejoint les juges de première instance en ce qu'ils ont scindé l'octroi des prêts et avances accordées aux sociétés apparentées en deux phases, à savoir une première phase s'étalant entre 2007 et le 7 mars 2011 et une deuxième phase pour la période se situant après le 8 mars 2011, c'est-à-dire après l'octroi d'un crédit immobilier de 3.225.000 euros accordé par la banque BQUE1 à la société SOC1 pour financer un droit de superficie et un hall industriel au

La juridiction de première instance a ensuite retenu à juste titre que les prêts ou avances accordés jusqu'au 7 mars 2011 n'ont pas été contraires aux intérêts de la société SOC1 compte tenu du contexte de la crise financière mondiale des années 2007 et 2008. En effet, la société, qui avait beaucoup de liquidités à cette époque, avait plutôt intérêt à accorder des prêts à des sociétés apparentées qu'elle connaissait qu'à les placer auprès des établissements bancaires qui, à l'époque, avaient un avenir incertain devant eux. Tout comme les juges de première instance, la Cour d'appel relève à cet égard que lesdits prêts ou avances ont, dans un premier temps, été honorés conformément aux clauses des contrats conclus.

Concernant les prêts et avances accordés après le 8 mars 2011, la société SOC1 fait valoir que le fait de n'avoir pas utilisé le prêt accordé par la banque BQUE1 aux fins contractuelles prévues ne saurait servir de base à une condamnation pour abus de confiance au motif que l'affectation du prêt aurait seulement été libellée en faveur de la banque, qui cependant aurait exécuté les virements à des tiers sans s'opposer.

La Cour d'appel rappelle que l'infraction d'abus de biens sociaux requiert, outre la qualité de dirigeant, non contestée en l'espèce, et un usage des biens sociaux ou du crédit de la société, non plus contesté, un usage contraire à l'intérêt social et une intention délictueuse, respectivement un dol spécial.

Il s'agit donc d'examiner si l'usage par P1 des fonds de la société SOC1 était contraire aux intérêts de la société.

Selon P1 les prêts, qui tous auraient été accordés à d'autres sociétés du groupe, auraient été destinés à maintenir les liquidités des sociétés bénéficiaires à un certain niveau. Ces prêts auraient donc été conclus dans l'intérêt du groupe qui suivait une politique d'expansion.

L'incrimination d'abus de biens sociaux ne peut cependant être neutralisée que si « *d'une part, l'existence d'un groupe de sociétés est établie, et si d'autre part, le concours financier est dicté par les intérêts de ce groupe appréciés au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu de contrepartie ou ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés et n'excède par les possibilités financières de celle qui en supporte la charge* » (Cass. crim. 4 sept. 1996, Bull crim. 1996, no 314, JurisData no 1996-003916).

Or, tel que l'a relevé à juste titre le représentant du ministère public en se référant à l'organigramme confirmé par P1 auprès du juge d'instruction, il n'existe, en l'espèce, pas un seul groupe de sociétés, mais deux groupes de sociétés : d'une part le groupe P1 avec les sociétés SOC6 et SOC7 et, d'autre part, le groupe X (P1) avec, entre autres, la société SOC1 (cf. procès-verbal de première comparution de P1 devant le juge d'instruction en date du 17 avril 2018 et annexes). Il résulte également de l'organigramme que les sociétés filiales de ces deux groupes de sociétés n'ont pas de lien juridique entre elles tel que l'a confirmé P1.

P1 ne saurait dès lors légitimement soutenir que les prêts accordés aux sociétés SOC6 et SOC7 ont été faits dans l'intérêt du groupe dont faisait partie la société SOC1.

En tout état de cause, il résulte des éléments de la cause qu'au plus tard au mois de mars 2011, la société SOC1 n'avait plus suffisamment de liquidités à disposition pour continuer à financer de nouveaux prêts à des sociétés appartenant au même groupe de sociétés qu'elle-même ou non. Elle-même venait de contracter un prêt important portant sur plus de 3.000.000 euros. Or, malgré ce manque de liquidités, P1 a continué à transférer des fonds importants appartenant à la société SOC1 à diverses sociétés, dans lesquelles il était le dirigeant de droit et le bénéficiaire économique ultime, à savoir : la société SOC3 (en tout 160.000 euros), la société SOC4 (en tout 30.000 euros), la société SOC5 (en tout 635.000 euros), la société SOC7 (en tout 614.000 euros) et la société SOC6 (en tout 250.000 euros) et ceci plus particulièrement entre le 20 juin 2011 et 21 décembre 2012.

Même à prendre en considération un cash-flow de 1.600.000 euros prévisible sur 6 mois tel que repris dans la note du mandataire de P1, ce cash-flow se rapportait, d'après les propres affirmations de P1, seulement à l'année 2010. Celui-ci a cependant déboursé à partir du mois de mars 2011, et notamment à partir du mois de juin 2011 jusqu'au mois de décembre 2012, des fonds de la société SOC1 de l'ordre de 1.754.000 euros, ce qui a entraîné un appauvrissement subséquent de cette dernière au profit des sociétés bénéficiaires qui se trouvaient dans une situation financière de plus en plus difficile, fait qui n'a pas pu échapper à P1, alors qu'il a multiplié les prêts en leur faveur pour leur assurer les liquidités dont elles avaient besoin. Cette exposition de l'actif social à un risque injustifié est contraire à l'intérêt social.

P1 ne saurait pas non plus se retrancher derrière le fait que le marché s'est effondré et que le nombre de commandes a fortement baissé. En effet, en tant que dirigeant de la société SOC1 qui prenait toutes les décisions, il aurait été son devoir, en tant que dirigeant responsable, de contrôler, avant d'accorder des prêts ou des avances de 100.000, 200.000 euros, voire même plus, si, au moment de l'octroi de ces prêts ou avances, la situation générale de la société prêteuse lui permettait de ce faire sans la mettre en péril. A cela s'ajoute que face aux problèmes connus des différentes sociétés emprunteuses dont il était le bénéficiaire économique, auxquelles, tel que l'a précisé à juste titre la juridiction de première instance, les banques n'auraient plus accordé de prêt au vu de leur situation financière précaire, il n'a demandé aucune garantie pour le compte de la société SOC1.

La Cour d'appel en conclut que P1 devait nécessairement être conscient que ces prêts, destinés à permettre aux différentes sociétés dont il était le bénéficiaire économique d'avoir des liquidités qui leur manquaient, étaient contraires aux intérêts de la société SOC1. Il en résulte également que P1 a agi à des fins personnelles, du moins de façon indirecte.

C'est dès lors à juste titre que la juridiction de première instance a retenu que non seulement les éléments matériels de l'infraction d'abus de biens sociaux sont réunis en l'espèce, mais que l'élément moral est également établi.

Elle est donc à confirmer en ce qu'elle a retenu P1 dans les liens de l'infraction à l'article 1500-11 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

La juridiction de première instance est de même à confirmer par adoption de ses motifs en ce qu'elle a retenu l'infraction de blanchiment-détention prévue à l'article 506-1 3) du Code pénal pour le montant de 1.754.000 euros.

Les règles du concours ont été correctement appliquées.

Compte tenu du montant important sur lequel porte l'abus de biens sociaux, les peines prononcées, à savoir une peine d'emprisonnement de 18 mois, assortie du sursis intégral est non seulement légale mais également adaptée à la gravité des faits. Il en est de même de la peine d'amende de 3.000 euros qui tient compte des revenus du prévenu.

Ces peines sont donc à confirmer.

Le curateur de la faillite de la société SOC1, qui n'a pas interjeté appel contre la décision du 6 juin 2019, a informé la Cour qu'il n'allait pas se présenter à l'audience. Le curateur ayant reçu personnellement la convocation à l'audience, il y a lieu de statuer à son égard par un arrêt réputé contradictoire conformément à l'article 185 (2bis) du Code de procédure pénale.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant par arrêt réputé contradictoire à l'égard de la demanderesse au civil, la société SOC1 en faillite, et contradictoirement à l'égard des autres parties, le mandataire du prévenu et défendeur au civil P1 entendu en ses moyens, la demanderesse au civil la société SOC2 en ses conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

déclare les appels au civil de P1 et de la société SOC2 irrecevables;

reçoit les appels au pénal de P1 et du ministère public;

les **dit** non fondés;

confirme le jugement entrepris;

condamne P1 aux frais de la présente instance mis à part les frais de la demande civile de la société SOC2 qui sont à laisser à charge de cette dernière;

condamne P1 aux frais de sa poursuite pénale en instance d'appel, liquidés à 62,85€.

Par application des articles cités par la juridiction de première instance et par application des articles 185, 199, 202, 203, 209 et 211 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, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, date qu'en tête par Madame Mireille HARTMANN, président de chambre, Madame Anne-Françoise GREMLING et Monsieur Stéphane PISANI, conseillers, et signé, à l'exception du représentant du ministère public, par Madame Mireille HARTMANN, président de chambre, Madame Anne-Françoise GREMLING, conseiller, et Madame Cornelia SCHMIT, greffier, avec la mention, conformément à l'article 83 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, que Monsieur Stéphane PISANI, conseiller, se trouve à la date de la signature du présent arrêt dans l'impossibilité de le signer.

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 Isabelle JUNG, avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.