

Arrêt N° 306/12 V.
du 12 juin 2012
(Not. 1670/11/CD)

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

e n t r e :

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

e t :

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

2. **P.2.**), né le (...) à (...) (P), demeurant à F-(...)

prévenus, défendeurs au civil et **appelants**

e n p r é s e n c e d e :

Maître Martine LAUER, agissant en sa qualité de **curateur** de la société **SOC.1.) s.à r.l.**, déclarée en état de faillite par jugement rendu en date du 13 décembre 2010

partie civile constituée contre les prévenus et défendeurs au civil **P.1.)** et **P.2.)**, préqualifiés

demanderesse 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, 18^e chambre correctionnelle, le 15 décembre 2011, sous le numéro 3780/11, 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 6 janvier 2012 au pénal et au civil par le mandataire du prévenu et défendeur au civil **P.1.**), le 9 janvier 2012 par le représentant du ministère public, appel limité au prévenu **P.1.**), le 13 janvier 2012 au pénal et au civil par le mandataire du prévenu et défendeur au civil **P.2.**) et le 16 janvier 2012 par le représentant du ministère public, appel limité au prévenu **P.2.**).

En vertu de ces appels et par citation du 21 mars 2012, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 11 mai 2012 devant la Cour d'appel de Luxembourg, 5^e chambre correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience les prévenus et défendeurs au civil furent entendus en leurs explications et moyens de défense.

Maître Martine LAUER, avocat à la Cour, conclut en son nom.

Maître Maximilien KRZYSZTON, en remplacement de Maître Elisabeth MACHADO, avocats à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel des prévenus et défendeurs au civil.

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

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 12 juin 2012, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 6 janvier 2012 au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, le prévenu et défendeur au civil **P.1.**) a fait relever appel au pénal et au civil d'un jugement contradictoirement rendu par une chambre correctionnelle du même tribunal le 15 décembre 2011 dont les motifs et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration notifiée le 9 janvier 2012 au greffe du même tribunal, le procureur d'Etat a fait relever appel de ce même jugement, dans les formes prévues à l'article 203, alinéa 5 du Code d'instruction criminelle, appel limité au prévenu **P.1.**).

Par déclaration du 13 janvier 2012 au greffe du même tribunal, le prévenu et défendeur au civil **P.2.**) a de même fait relever appel au pénal et au civil du jugement précité.

Par déclaration notifiée le 16 janvier 2012 au greffe du même tribunal, le procureur d'Etat a fait relever appel de ce même jugement, dans les formes prévues à l'article 203, alinéa 5 du Code d'instruction criminelle, appel limité au prévenu **P.2.**).

Les appels ayant été relevés dans les formes et délai de la loi, ils sont à déclarer recevables.

Par le jugement attaqué, **P.1.)** et **P.2.)** ont été condamnés chacun à une peine d'emprisonnement de 15 mois avec sursis et à une amende du chef de faux en écritures authentiques et usage de faux, ainsi que, en leur qualité de dirigeants responsables de la société **SOC.1.)** s. à r. l., d'infraction à l'article 5 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, sanctionné par l'article 22 de cette loi, d'infraction aux articles 163 2° et 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et du chef de banqueroute simple visée à l'article 574 4° du code de commerce. Le jugement a en outre ordonné son affichage et sa publication en application de l'article 583 du code de commerce, ainsi que la confiscation du document constitutif du faux en écritures, de même que des restitutions. Au civil, la demande présentée par le curateur de la faillite de la société **SOC.1.)** s. à r. l. a été déclarée fondée pour le montant de 12.400 euros réclamé à titre de dommage matériel et les prévenus ont été condamnés solidairement au paiement de ladite somme.

Les prévenus confirment ne pas connaître le dénommé **A.)** nommé aux fonctions de gérant technique au sein de la société **SOC.1.)** s. à r. l. et dont l'autorisation d'établissement a été transférée à ladite société. Ils affirment que, n'ayant aucune connaissance dans le domaine de la constitution et de la gestion de sociétés commerciales, ils s'étaient adressés à une fiduciaire qui s'est occupée de toutes les formalités administratives en rapport avec la constitution et la mise en place de la société. Ils auraient fait confiance à la fiduciaire et auraient cru être en accord avec la loi, tant pour ce qui est de l'autorisation d'établissement délivrée à **SOC.1.)** s. à r. l. qu'en ce qui concerne le prélèvement de la somme empruntée pour les besoins de la constitution de la société. Les prévenus ne contestent pas la matérialité des faits de banqueroute simple libellés à leur charge, font cependant valoir qu'il incombait au bureau comptable en charge de la comptabilité de la société de veiller à l'établissement et à la publication des documents.

Le mandataire des prévenus fait valoir que ceux-ci ont toujours été constants dans leurs déclarations et qu'ils pensaient agir en conformité avec la loi, se fiant aux explications de la fiduciaire.

Pour ce qui est de l'infraction de faux en écritures, le mandataire des prévenus estime que cette infraction n'est pas donnée en l'espèce. Au moment de la passation devant notaire, l'acte de constitution de la société **SOC.1.)** s. à r. l. aurait été valable, l'autorisation d'établissement de **A.)** ayant été en règle et la société ayant ainsi disposé d'une autorisation valable. **A.)** aurait effectivement eu l'intention de venir travailler au Luxembourg en tant que gérant technique de la société. En faisant déposer les documents auprès du registre de commerce aux fins de publication, les prévenus n'auraient donc pas commis non plus un usage de faux. Il demande en conséquence à ce que ceux-ci soient, par réformation du jugement entrepris, acquittés des préventions de faux en écritures authentiques et d'usage de faux.

Quant au prélèvement du montant de 12.400 euros du compte de la société **SOC.1.)** s. à r. l. par **P.1.)** et **P.2.)**, les premiers juges auraient à tort conclu à un abus de biens sociaux en analysant cette opération comme un prêt accordé par la société en vue du remboursement d'une dette personnelle des associés. En effet, les prévenus auraient emprunté cet argent auprès d'un tiers, ensuite, ils l'auraient prêté à la société pour les besoins de la constitution. Cet argent, qui serait resté dans le patrimoine des prévenus, aurait donc constitué une dette personnelle de la société à l'égard de ses associés et non pas le contraire. En

prélevant l'argent du compte de la société, les prévenus ne se seraient fait que rembourser leur créance vis-à-vis de la société et n'auraient pas commis un abus de biens sociaux, de sorte que, par réformation de la première décision, ils seraient également à acquitter de cette prévention.

La défense de **P.1.)** et **P.2.)** qui ne conteste pas les autres préventions retenues à charge des prévenus, fait appel à l'indulgence de la Cour. Au regard des bons antécédents et de l'absence de mauvaise foi des prévenus qui croyaient agir dans la légalité, il y aurait lieu de ramener les peines prononcées en première instance à de plus justes proportions.

Quant à la demande civile présentée par le curateur, le mandataire des prévenus demande à la Cour, par réformation du jugement entrepris, de se déclarer incompétente pour en connaître, au regard de l'acquiescement sollicité au pénal du chef d'abus de biens sociaux.

Maître Martine LAUER, en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC.1.)** s. à r. l., réitère la demande civile présentée en première instance et conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Le représentant du ministère public requiert la confirmation de la décision attaquée pour ce qui est des infractions retenues à charge des deux prévenus. N'ayant ni la formation, ni les autorisations, ni les moyens financiers nécessaires pour constituer et gérer une société commerciale, ils se seraient adressés à une fiduciaire qui leur aurait fourni les solutions pour contourner les prescriptions légales. A l'aide d'une fausse attestation émise par les autorités portugaises au nom du dénommé **A.)**, résidant au Portugal, le Ministère des Classes Moyennes aurait délivré à la société **SOC.1.)** s. à r. l. une autorisation d'établissement, bien que les prévenus n'aient même jamais vu cette personne qui n'a en réalité exercé aucune activité au sein de la société. L'acte notarié de constitution de la société contenant le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire serait bien un faux en écritures authentiques, puisque l'énonciation que **A.)** occuperait la fonction de gérant technique de la société serait contraire à la réalité, fait constant au moment de l'acte notarié et nécessairement connu des prévenus.

De même, en prélevant du compte de la société **SOC.1.)** s. à r. l. la somme de 12.400 euros afin de rembourser une dette personnelle qu'ils avaient vis-à-vis d'un tiers, les prévenus auraient commis un abus de biens sociaux. En effet, l'argent, représentant la contrevaletur du capital social de la société, serait entré dans le patrimoine de celle-ci, les prévenus ayant reçu, en contrepartie, les parts sociales souscrites par eux, de sorte qu'il ne leur appartenait pas de disposer de l'argent à des fins personnelles.

Pour ce qui est des autres préventions retenues à charge des deux prévenus, le premier jugement serait à confirmer, sauf qu'il y aurait lieu de retenir, par réformation, la prévention principale libellée sub II 1) de la citation à prévenus, ceux-ci n'ayant pas été en possession d'une autorisation valable, l'autorisation d'établissement au nom de **A.)** délivrée par le Ministère des Classes Moyennes constituant un faux pour avoir été établie sur base de fausses informations figurant dans une attestation du 28 juin 2006 émanant de la Confédération de l'Industrie Portugaise, le titulaire, boulanger de formation, n'ayant jamais exercé les activités de « construction, façades, carrelages, toitures » y renseignées.

Quant aux peines, le représentant du ministère public considère qu'une peine d'emprisonnement de 12 mois, pouvant être assortie du sursis, sanctionnerait de manière adéquate les infractions commises par les deux prévenus. Il ne s'oppose pas non plus à voir réduire à de plus justes proportions l'amende prononcée en première instance à leur encontre.

Quant aux appels au pénal

Il résulte des éléments du dossier répressif discuté à l'audience de la Cour que les juges de première instance ont fourni une relation correcte et minutieuse des faits concernant la constitution de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** et la faillite de cette dernière, relation à laquelle la Cour peut se référer.

C'est d'abord à bon droit et par une motivation, tant en fait qu'en droit que la Cour adopte, que **P.1.)** et **P.2.)** ont été retenus dans les liens de la prévention de faux en écritures authentiques et usage de faux en relation avec le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire intégré dans l'acte de constitution de la société **SOC.1.)** s. à r. l. passé devant notaire et communiqué au Registre de Commerce et des Sociétés aux fins de publication. En effet, un tel document qui retrace les décisions prises par les associés et est destiné à être publié pour information des tiers, constitue un écrit protégé au sens des articles 193, 196 et 197 du code pénal qui, en raison de la présomption de sincérité qui y est attachée, est de nature à faire preuve de la réalité des faits y relatés. Conscients du fait qu'ils ne pourraient exploiter leur propre société à défaut de disposer des qualifications professionnelles nécessaires à l'obtention d'une autorisation d'établissement, les prévenus ont constitué la société **SOC.1.)** s. à r. l. sous le couvert d'une autorisation établie au nom de **A.)** et ont fait indiquer au procès-verbal que celui-ci occuperait la fonction de gérant technique de ladite société, tout en sachant que cette indication était contraire à la réalité, alors qu'ils ne connaissaient pas le titulaire de l'autorisation qui, tel qu'il résulte des propres déclarations de celui-ci recueillies par les agents verbalisants (procès-verbal du 9 mai 2011 n° SPJ/CRR/2011/10649.8-LAJE, page 6), est boulanger de profession, n'est jamais venu à Luxembourg et même ignorait qu'il avait été nommé gérant d'une société.

C'est encore à juste titre, s'agissant des préventions d'infraction à la loi d'établissement, d'abus de biens sociaux, de banqueroute simple visée à l'article 574 4° du code de commerce et d'infraction à l'article 163 2° de la loi sur les sociétés commerciales libellées à charge des prévenus, que les juges de première instance ont retenu **P.1.)** et **P.2.)**, en leur qualité de dirigeants et gérants administratifs de la société **SOC.1.)** s. à r. l., dans les liens des préventions en question.

Ainsi, la Cour se rallie à la motivation en fait et en droit par laquelle la première juridiction a déclaré les prévenus coupables d'infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales par le fait d'avoir prélevé du compte de ladite société la somme de 12.400 euros pour rembourser une dette personnelle, fait que les premiers juges ont qualifié de prêt consenti par la société à ses associés pour leurs besoins personnels.

Il résulte en effet du dossier répressif, que les prévenus avaient emprunté auprès de **B.)** les fonds dont ils avaient besoin pour constituer le capital social de la société (12.400 euros) et que, peu de temps après la constitution, ils ont

de nouveau prélevé cet argent du compte de **SOC.1.)** s. à r. l. afin de rembourser leur créancier.

L'argumentation de la défense présentée devant la Cour, qui diffère d'ailleurs de celle présentée en première instance, tel qu'il résulte des énonciations du jugement entrepris, que les 12.400 euros prélevés ne seraient pas entrés dans le patrimoine de **SOC.1.)** s. à r. l., mais seraient restés la propriété des prévenus qui auraient consenti un prêt à la société, de sorte que, par le prélèvement des fonds, les prévenus se seraient fait rembourser leur créance, ne saurait être retenue. En effet, le montant prélevé correspond à la valeur du capital social de la société **SOC.1.)** s. à r. l. souscrit par moitié par chacun des deux prévenus qui ont reçu en contrepartie chacun la moitié des parts sociales de la société. Le capital social fait dès lors partie du patrimoine de la société et sa contrevaletur en monnaie constituait, dans le cas concret, les seules liquidités dont disposait, à ce moment là, la société dont l'activité ne venait que de démarrer. Comme il a été apprécié à juste titre par les premiers juges, l'opération de prélèvement est à analyser en un prêt consenti par la société à ses associés pour le remboursement d'une dette personnelle, opération contraire aux intérêts de la société. Elle figure d'ailleurs comme telle au bilan du 31 décembre 2007 de **SOC.1.)** s. à r. l.. En privant la société de ses liquidités à des fins exclusivement personnelles, les prévenus qui d'ailleurs, dans la suite, n'ont pas songé à procéder, ne fût-ce que pour partie, à l'apurement de leur dette à l'égard de la société, ont donc manifestement commis un abus de biens sociaux.

Pour ce qui est de la prévention libellée à titre principal sub II 1) de la citation à prévenu et que le représentant du ministère public demande, par réformation du premier jugement, à voir retenir à charge des prévenus, la Cour estime que, s'il existe au dossier répressif des indices suivant lesquels le certificat de la Confédération de l'Industrie Portugaise, établi le 28 juin 2006 et attestant que **A.)** aurait exercé au Portugal les activités de « construction, façades, carrelages, toitures », certificat sur base duquel le Ministère des Classes Moyennes a délivré à l'intéressé une autorisation d'établissement pour exercer, en qualité d'artisan-commerçant, les activités d'entrepreneur de construction, plafonneur-façadier, carreleur et couvreur –ferblantier, autorisation transférée à la société **SOC.1.)** s. à r. l., constitue un faux, toujours est-il que l'enquête n'a pas été poussée dans cette direction, de sorte que ce fait n'a pas été établi de manière certaine. Par ailleurs, à supposer le faux établi, il ne résulte d'aucun élément du dossier pénal que les prévenus, auxquels **A.)** était inconnu, auraient pu ou dû avoir connaissance de cette circonstance, alors que les formalités administratives pour la constitution de la société **SOC.1.)** s. à r. l., notamment les demandes pour obtenir les autorisations nécessaires, ont été effectuées par la société **SOC.2.)** s. à r. l. à laquelle les prévenus ont laissé le soin de s'occuper desdites formalités et qui a fourni tous les documents exigés.

Il y a partant lieu de confirmer la décision entreprise en ce qu'elle a condamné **P.1.)** et **P.2.)** du chef de la prévention subsidiaire, à savoir d'avoir exercé les activités d'entrepreneur de construction et de plafonneur-façadier sous le couvert d'une tierce personne, la Cour faisant sienne la motivation exhaustive des premiers juges quant à l'existence des éléments matériel et moral de cette infraction dans le chef des prévenus qui, comme il a été correctement retenu, ne sauraient, dans ce contexte, se prévaloir d'une erreur de droit.

La Cour rejoint encore les premiers juges quant à leurs développements relatifs aux conditions requises aux fins d'apprécier, par la juridiction pénale, l'état de

faillite de la société **SOC.1.)** s. à r. l. et c'est à bon droit que l'ébranlement du crédit de ladite société, de même que l'état de cessation de paiements, fixé à « au plus tard à partir de juin 2010 », ont été retenus.

C'est finalement à bon droit, sur base des éléments du dossier, que les aveux des prévenus ne font que corroborer, que ceux-ci ont été déclarés coupables pour avoir, en leur qualité de dirigeants responsables de la société **SOC.1.)** s. à r. l. dont ils assuraient à la fois la gestion administrative et technique, aux périodes retenues par les premiers juges, omis de faire l'aveu de la faillite et de publier les documents de société dont le dépôt est exigé par la loi. En effet, le manquement de faire l'aveu de la faillite est imputable aux administrateurs et les carences dans la tenue de la comptabilité incombent également aux administrateurs qui ne peuvent s'en libérer en endossant cette obligation à un comptable choisi pour assurer matériellement le bon ordre des écritures.

Les peines d'emprisonnement et d'amende prononcées en première instance sont légales, moyennant une exacte application des règles du concours d'infractions. Tout en partageant l'avis des premiers juges quant à la gravité et la multiplicité des faits, et à l'attitude des prévenus qui entendent se délier de leur responsabilité en rejetant la faute sur leur fiduciaire et leur comptable, la Cour considère qu'une peine d'emprisonnement de 9 mois et une amende de 2.000 euros sanctionnent de manière adéquate les infractions retenues à leur charge, le sursis à l'exécution de la peine privative de liberté accordé en première instance pouvant être maintenu.

L'affichage et la publication de la décision à intervenir résultent de l'application de l'article 583 du Code de commerce. La disposition afférente du jugement entrepris est en conséquence à maintenir.

La confiscation et les restitutions ayant également été ordonnées à juste titre, la décision entreprise est encore à confirmer sur ce point.

Quant aux appels au civil

La demanderesse au civil réitère sa demande présentée en première instance et conclut à la confirmation de la décision entreprise, tandis que les prévenus et défendeurs au civil, sollicitant l'acquiescement du chef d'infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, demandent à la Cour d'appel de se déclarer incompétente pour connaître de la demande.

Compte tenu de la décision intervenue au pénal, c'est à bon droit que la première juridiction s'est déclarée compétente pour connaître de la demande civile présentée par le curateur de la faillite de la société **SOC.1.)** s. à r. l.. Eu égard à la décision à intervenir en appel sur l'action publique, la Cour reste compétente pour connaître de cette demande.

Au fond, les premiers juges ont, à juste titre, déclaré la demande recevable et fondée pour le montant de 12.400 euros qui représente le préjudice matériel subi par la société faillie du chef de l'abus de biens sociaux retenu à charge des prévenus, de sorte que la décision entreprise est à confirmer quant au volet civil.

PAR CES MOTIFS,

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

reçoit les appels en la forme;

déclare les appels des prévenus **P.1.)** et **P.2.)** partiellement fondés;

réformant:

ramène à neuf (9) mois la peine d'emprisonnement prononcée à l'encontre des prévenus **P.1.)** et **P.2.)** et **maintient** le sursis à l'exécution de cette peine d'emprisonnement;

ramène à deux mille (2.000) euros, l'amende prononcée à l'encontre de chacun des deux prévenus **P.1.)** et **P.2.)** et **fixe** la durée de la contrainte par corps en cas de non paiement de l'amende à quarante (40) jours;

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

condamne les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** aux frais de leur poursuite pénale en instance d'appel, ces frais liquidés à 16,70 € pour chacun;

au civil:

déclare les appels des défendeurs au civil **P.1.)** et **P.2.)** non fondés;

confirme la décision entreprise;

condamne les défendeurs au civil **P.1.)** et **P.2.)** aux frais de la demande civile dirigée contre eux en instance d'appel.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges en y ajoutant les articles 199, 202, 203, 209 et 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Nico EDON, président de chambre, Monsieur Jérôme WALLENDORF et Madame Agnès ZAGO, conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Cornelia SCHMIT.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Monsieur Nico EDON, président de chambre, en présence de Madame Mylène REGENWETTER, avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.