

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 238/24 V.
du 9 juillet 2024
(Not. 30629/19/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du neuf juillet deux mille vingt-quatre 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,
appellant,

e t :

PERSONNE1.), né le DATE1.) à ADRESSE1.) en Hongrie, demeurant à L-ADRESSE2.), ayant élu domicile en l'étude de Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1420 Luxembourg, 5-11, avenue Gaston Diederich,

prévenu et **appellant.**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit :

I.

d'un jugement rendu par défaut à l'égard du prévenu PERSONNE1.) par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dix-huitième chambre, siégeant en matière correctionnelle, le 21 juin 2022, sous le numéro 1655/2022, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

« *jugement 1* »

II.

d'un jugement sur opposition rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, douzième chambre, siégeant en matière correctionnelle, le 1^{er} février 2024, sous le numéro 289/2024, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

« jugement 2 »

Contre ce dernier jugement, appel fut interjeté au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 7 février 2024 au pénal par le mandataire du prévenu PERSONNE1.), ainsi qu'en date du 9 février 2024 par le ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 28 février 2024, le prévenu PERSONNE1.) fut régulièrement requis de comparaître à l'audience publique du 18 juin 2024 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, le prévenu PERSONNE1.), après avoir été averti de son droit de se taire et de ne pas s'incriminer lui-même, fut entendu en ses déclarations personnelles.

Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu PERSONNE1.).

Madame le premier avocat général Sandra KERSCH, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

Le prévenu PERSONNE1.) eut la parole en dernier.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 9 juillet 2024, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'arrêt qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 7 février 2024, le mandataire de PERSONNE1.) a relevé appel au pénal d'un jugement rendu sur opposition le 1er février 2024 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, et dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration entrée au greffe le 9 février 2024, le Procureur d'Etat a également fait relever appel contre le jugement précité.

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

Par le jugement entrepris PERSONNE1.) a été retenu, en sa qualité de dirigeant de droit de la société anonyme SOCIETE1.) dans les liens des préventions de banqueroute simple pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal, pour ne pas avoir respecté l'obligation de tenir des livres de commerce et l'inventaire suivant les prescriptions légales et en raison de l'absence de réponse aux demandes du curateur et a été condamné de ces chefs à une amende de 5.000 euros. Les juges de première instance ont encore ordonné, aux frais du prévenu, l'affichage du jugement et l'insertion dans les journaux MEDIA1.) et MEDIA2.), conformément à l'article 490-7 nouveau du Code pénal.

A l'audience de la Cour, PERSONNE1.) a expliqué avoir occupé le poste d'administrateur de la société SOCIETE1.). en sa qualité d'employé d'une société de domiciliation.

Chargé personnellement du dossier au sein du département « *Domiciliation* » de l'étude d'avocats dans laquelle il travaillait, PERSONNE1.) aurait été en contact permanent avec l'actionnaire et le bénéficiaire économique de la société qui aurait promis l'injection de nouveaux fonds pour régler les dettes exigibles et sauver la société. Le prévenu souligne que le bénéficiaire économique avait initialement investi la somme de 1,2 millions d'euros dans la société et que lui-même tenait pour acquis que l'investisseur n'irait abandonner ni la société ni son investissement.

Il insiste encore sur le fait qu'en tant que professionnels de la domiciliation, les membres du département « *Domiciliation* » de l'étude d'avocats « SOCIETE2.) » avaient l'obligation envers le client, d'assurer le suivi du dossier, d'être à l'écoute du client et d'entreprendre toutes les démarches pour garantir le bon fonctionnement et la survie de la société.

Le prévenu considère avoir été injustement traité vu qu'il aurait agi comme employé du département domiciliation d'un avocat.

Son mandataire expose dans une note écrite remise à l'audience, que les bénéficiaires économiques auraient promis à d'itératives reprises d'injecter des fonds afin d'assurer le fonctionnement de la société. Après le prononcé de la faillite par jugement du 15 mars 2019, son mandataire, rassuré des promesses des bénéficiaires économiques, aurait avancé sur ses propres fonds, les frais nécessaires dans le cadre de la procédure de rabatement, qui n'aurait, en fin de compte, pas abouti.

Quant à la prévention de ne pas avoir fait l'aveu dans le délai légal, il fait valoir que le bénéficiaire économique avait investi 1,2 millions euros dans cette société et avait promis de réinjecter des fonds afin de régler les dettes, pour éviter puis pour faire rabattre la faillite.

Son mandant aurait dans ces conditions, s'il avait précipitamment ou prématurément fait l'aveu de la cessation de paiement, été susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle envers le client. Son mandant aurait à tel point cru en les paroles des bénéficiaires économiques qu'il aurait entamé la procédure de rabatement de la faillite à ses propres frais.

Dans ces circonstances, il y aurait lieu de ne pas retenir la prévention.

En ce qui concerne la tenue de la comptabilité et sa remise au curateur, le mandataire de PERSONNE1.) expose que les bilans relatifs aux exercices 2016 et 2017 auraient été publiés en décembre 2018, mais que les informations concernant la publication n'auraient pas encore été actualisées au moment du prononcé de la faillite.

Seul le bilan relatif à l'exercice 2018 n'aurait pas pu être élaboré en raison de la survenance de la faillite.

Pour le surplus un échange de nombreux mails aurait eu lieu avec le curateur entre le 3 mai 2019 et le 9 décembre 2019. Son mandant aurait remis des copies informatiques des documents comptables en sa possession. Les documents comptable matériels se seraient trouvés en la possession du domiciliataire, donc de son employeur en sa qualité de domiciliataire. Il aurait remis tous les documents comptables demandés par le curateur.

Il conclut à l'acquittement de son mandant du chef de cette prévention.

En ce qui concerne finalement le manque de collaboration avec le curateur de la faillite, le mandataire souligne que le seul reproche dirigé par le curateur contre son mandant consisterait dans le refus de relever l'identité du bénéficiaire économique de la société.

Il invoque à ce titre en premier lieu le secret professionnel de son mandant l'ayant empêché de révéler l'identité de celui-ci sans son consentement et fait remarquer qu'il aurait suffi au curateur de consulter le Registre publique des bénéficiaire économiques lui-même. Par ailleurs, le contrat de domiciliation aurait contenu une clause de confidentialité ayant interdit à son mandant de dévoiler l'identité.

Il réfute l'ignorance par le curateur de cette identité, puisqu'il la mentionne lui-même dans son propre rapport d'activité adressé au parquet.

En conclusion il conclut, en ordre principal, à l'acquittement de son mandant et à titre subsidiaire, à la suspension du prononcé.

En tout état de cause, en cas de condamnation, il n'y aurait pas lieu d'ordonner la publication de l'arrêt suivant les dispositions de l'article 583 du Code de commerce, qui aurait été abrogé par la loi du 7 août 2023 et ce en application du principe de la rétroactivité *in mitius*.

Le représentant du ministère public conclut à la confirmation du jugement par adoption des motifs, sauf en ce qui concerne la troisième prévention résultant du défaut de fournir au curateur l'identité du bénéficiaire économique de la société SOCIETE1.). L'administrateur ne serait pas légalement tenu de fournir ce renseignement au curateur et cette information aurait été accessible pour le curateur au Registre des bénéficiaires économiques.

Il ne s'oppose pas à la suspension du prononcé de la condamnation.

Les infractions de banqueroute simple supposent que l'auteur des faits incriminés soit commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il soit en état de cessation de paiement, c'est-à-dire en état de de faillite. Si traditionnellement, seuls les commerçants, personnes physiques, étaient susceptibles d'être les auteurs du délit de banqueroute, la jurisprudence a évolué et considère qu'un dirigeant de droit ou de fait peut également avoir la qualité de banqueroutier (JCL Pénal des affaires, Fasc.10 Banqueroute et autres infractions, I. Banqueroute, A. Conditions nécessaires à la condition de l'infraction).

En l'espèce, c'est à juste titre que les juges de première instance ont retenu dans le chef de PERSONNE1.) sa qualité de commerçant en tant que dirigeant de droit de la société SOCIETE1.).

La Cour adopte encore la motivation des juges de première instance en ce qu'ils ont fixé la cessation des paiements au 18 juillet 2018, jour de l'établissement de la contrainte pour dettes fiscales impayées et de tout délai de paiements de la part de l'administration et l'ébranlement du crédit de la société SOCIETE1.) a été retenu à bon droit en raison du refus.

C'est à bon droit que les juges de première instance ont appliqué la loi ancienne applicable au moment de la commission des faits, pour être moins sévère, les faits restant toutefois punissables sous l'empire de la nouvelle loi qui prévoit des peines plus sévères en ce sans que l'amende comminée du chef de banqueroute simple est désormais obligatoire.

A l'audience de la Cour d'appel le prévenu reconnaît que, berné par les promesses des bénéficiaires économiques qu'ils projetaient d'injecter des fonds, puis qu'ils organiseraient une liquidation dans les formes et conformément à la loi, il n'a pas fait l'aveu de la faillite pour attendre la suite du cours des choses.

La Cour retient qu'il n'en reste pas moins que l'omission de faire l'aveu de la cessation de paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « *faute infractionnelle* » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même, peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibéré ou le résultat d'une simple négligence (cf. Cour d'appel lux 23 avril 1990 arrêt n° 68/90 VI).

Le prévenu a dès lors manqué à son obligation de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le mois de la survenance de celle-ci.

Cette prévention a à juste titre été déclarée établie. Au vu de sa situation en tant qu'employé subordonné du domiciliataire et des promesses de refinancement, il échet toutefois d'en tenir compte dans la fixation de la peine.

En ce qui concerne la tenue de la « *comptabilité* », infraction visée par l'ancien article 574 6° du Code de commerce et sanctionnée par l'ancien article 489 du Code pénal, libellée par le ministère public dans la citation à prévenu, vise le dirigeant de droit ou de fait « *s'il n'a pas tenu les livres prescrits par l'article 9 du Code de commerce et s'il n'a pas fait l'inventaire exigé par l'article 15 du même code ; si les livres et inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active ou passive, sans qu'il y ait eu néanmoins de fraude* ».

Le ministère public ne reproche pas au prévenu l'infraction consistant dans le défaut du dépôt des bilans et des comptes annuels incriminée par l'article 1500 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, mais lui reproche le fait de la non-teneur des livres de commerce telle que prévue par l'article 11 du Code de commerce et de ne pas avoir tenu pour la société SOCIETE1.) l'inventaire exigé par l'article 15 du même code, sinon pour avoir tenu les livres et inventaires de manière incomplète ou irrégulière prévue par l'article 574 6° ancien du Code de commerce.

Il n'appert pas du dossier que les pièces de comptabilité telles que définies par les articles 11 et 15 du Code de commerce auraient été tenues.

L'argument de PERSONNE1.) selon lequel la comptabilité aurait dû être établie et tenue en suivi par le domiciliataire, le comptable respectivement par la fiduciaire mandatée n'est pas fondé, dès lors que le fait de charger un tiers de la comptabilité de la tenue des livres comptable, ne dispense pas le dirigeant d'une société anonyme de veiller personnellement à la tenue des livres de commerce et de l'établissement de l'inventaire et de surveiller la tenue de ces documents (Cour 28 novembre 2018, Pas.39, p.279).

Quant à l'élément moral de l'infraction, les juges du fond ont à bon droit retenu que la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans la tenue de ses livres suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple (Cass. 18 avril 2013, n°24/13).

Cette infraction a été retenue à juste titre à l'encontre de PERSONNE1.).

En ce qui concerne l'infraction à l'article 574 5° du Code de commerce punie des peines prévues par l'ancien article 489 du Code pénal, la Cour estime que le seul fait de ne pas avoir révélé à première demande l'identité des bénéficiaires économiques de la société SOCIETE1.), ne constitue pas l'infraction visée par ce texte légal au vu du fait que cette aide ne constitue pas une aide indispensable à fournir au curateur qui aurait pu consulter le Registre des bénéficiaires économiques ce d'autant plus que tous les autres renseignements avaient été fournis par le prévenu.

Il y a lieu d'acquitter PERSONNE1.) de cette prévention :

« comme auteur ayant lui-même commis les infractions,

en sa qualité de dirigeant de droit de la société SOCIETE1.), établie et ayant eu son siège social à ADRESSE3.), inscrite au RCS de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), déclarée en faillite sur assignation de l'Administration des Contributions Directes suivant jugement commercial n° 2019TALCH02/004989/2016 (faillite 242/2019) du 15.03.2019 du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg.

3) depuis le 17 octobre 2019, à l'étude de Me PERSONNE2.), établie à ADRESSE4.),

en infraction à l'article 574 5° du Code de Commerce, puni des peines prévues à l'article 489 du Code pénal

ne pas avoir fourni en sa qualité de dirigeant de la société SOCIETE1.) les renseignements lui demandés par le curateur Me PERSONNE2.), notamment le nom du bénéficiaire effectif de la société SOCIETE1.). ».

Eu égard au contexte particulier de l'espèce et des préoccupations réelles du prévenu quant à l'exécution du contrat de domiciliation sous sa responsabilité personnelle et sa qualité d'employé du domiciliataire, la Cour décide de faire droit à la demande du prévenu et d'ordonner la suspension du prononcé de la condamnation, les faits retenus à charge du prévenu n'étant pas de nature à entraîner une peine de prison supérieure à deux ans.

Cette mesure est en l'espèce la plus appropriée en ce qu'elle permettra au prévenu de prendre conscience du caractère inadéquat de son comportement, sans mettre en péril ses perspectives d'avenir social et professionnel.

En ce qui concerne l'affichage et la publication de la décision rendue en matière de banqueroute, tant l'article 583 ancien du Code de commerce, que l'article 490-7 nouveau du Code pénal, prescrivent l'affichage et la publication de la décision portant condamnation.

Étant donné que la mesure de la suspension du prononcé de la condamnation prévue par l'article 621 du Code de procédure pénale, emporte que la juridiction ne prononce pas une condamnation, mais uniquement le constat et la qualification des faits, la mesure d'information des tiers par la voie de la publication et de l'affichage de la décision ne saurait être prononcée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu PERSONNE1.) et son mandataire entendus en leurs explications et moyens, et le représentant du ministère public entendu en son réquisitoire,

déclare les appels recevables ;

dit partiellement fondé l'appel du prévenu PERSONNE1.) ;

réformant:

acquitte PERSONNE1.) de l'infraction à l'article 574 5° ancien du Code de commerce, non établie à sa charge ;

déclare établies les préventions aux articles 574 4° ancien et 574 6° ancien du Code de commerce, sanctionnées par l'article 489 ancien du Code pénal ;

ordonne la suspension du prononcé de la condamnation et fixe la durée du temps d'épreuve à trois (3) ans ;

condamne le prévenu PERSONNE1.) aux frais de sa poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 21,75 euros.

Par application des textes de loi cités par les juges de première instance et par application des articles 199, 202, 203, 209, 211, 621, 622 et 624 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 Monsieur Jean ENGELS, président de chambre, de Monsieur Henri BECKER, premier conseiller, et de Madame Claudine ELCHEROTH, conseiller, qui ont signé le présent arrêt avec Madame Linda SERVATY, greffière.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Monsieur Jean ENGELS, président de chambre, en présence de Madame Monique SCHMITZ, premier avocat général, et de Madame Linda SERVATY, greffière.