

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 42/25 V.
du 4 février 2025
(Not. 23289/19/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du quatre février deux mille vingt-cinq 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 France, demeurant en France à F-ADRESSE2.),

prévenu, défendeur au civil et **appellant,**

e n p r é s e n c e d e :

Maître Alexandre DILLMANN, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-ADRESSE3.), agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCIETE1.) S.A., ayant eu son siège social à L-ADRESSE4.), inscrite au Registre de Commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO1.),

demandeur 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, dix-neuvième chambre, siégeant en matière correctionnelle, le 13 octobre 2023, sous le numéro 1983/2023, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

« jugement »

Contre ce jugement appel fut interjeté par courriel adressé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 17 novembre 2023 au pénal et au civil par le mandataire du prévenu et défendeur au civil PERSONNE1.), ainsi que par déclaration au même greffe le 20 novembre 2023, au pénal, par le ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 10 janvier 2024, les parties furent régulièrement requises de comparaître à l'audience publique du 10 mai 2024, devant la Cour d'appel de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

Lors de cette audience, l'affaire fut contradictoirement remise à l'audience publique du 17 décembre 2024.

A cette dernière audience, le prévenu et défendeur au civil PERSONNE1.), après avoir été averti de son droit de se taire et de ne pas s'incriminer lui-même, fut entendu en ses explications et déclarations personnelles.

Madame l'avocat général Nathalie HILGERT, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

Maître Florent KIRMANN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu et défendeur au civil PERSONNE1.).

Maître Stéphanie STAROWICZ, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Alexandre DILLMANN, avocat à la Cour, demeurant tous les deux à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la société anonyme SOCIETE1.) S.A., fut entendue en ses conclusions.

Le prévenu et défendeur au civil PERSONNE1.) eut la parole en dernier.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 4 février 2025, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par courrier électronique du 17 novembre 2023 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, PERSONNE1.) a fait interjeter appel au pénal et au civil contre le jugement numéro 1983/2023 rendu contradictoirement le 13 octobre 2023 par une chambre siégeant en matière correctionnelle du même tribunal.

Par déclaration déposée le 20 novembre 2023 au même greffe, le procureur d'État de Luxembourg a également interjeté appel au pénal contre ce jugement.

Les motifs et le dispositif du jugement entrepris sont reproduits dans les qualités du présent arrêt.

Selon le jugement faisant l'objet de l'appel, PERSONNE1.) a été condamné à une peine d'emprisonnement de quatorze mois, assortie du sursis intégral, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, du chef d'infractions :

- aux articles 440 et 574, point 4° du Code de commerce, sanctionnés par l'article 489 du Code pénal, pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements,
- à l'article 577 du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, pour banqueroute frauduleuse en tant que commerçant failli, ayant détourné ou dissimulé une partie de son actif,
- à l'article 506-1, point 3) du Code pénal, et
- à l'article 1500-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, pour ne pas avoir publié dans le délai légal l'inventaire, le bilan et le compte de pertes et profits.

Le tribunal a ordonné l'affichage du jugement en salle d'audience du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, et la publication par extraits dans deux quotidiens luxembourgeois.

Il a, en outre, condamné PERSONNE1.) à payer au curateur de la société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après la société SOCIETE1.)) le montant de 3.778.528,66 euros, avec les intérêts légaux à partir du 4 septembre 2019, date de la mise en demeure envoyée par le curateur, jusqu'à solde, au titre de réintégration à la masse de la faillite de celle-ci.

Au civil, la juridiction de première instance a donné acte à Maître Alexandre DILLMANN, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société SOCIETE1.), de sa constitution de partie civile contre PERSONNE1.), s'est déclarée compétente pour en connaître, l'a déclarée irrecevable et a laissé les frais de cette demande civile à la charge de la partie demanderesse au civil.

PERSONNE1.) a interjeté appel et a contesté l'intégralité des reproches formulés à son encontre. Il a affirmé que sa déposition devant la police française, effectuée sur réquisition du ministère public, était inexacte et que son avocat fournirait des explications à ce sujet et recontextualiserait les faits.

Il a indiqué avoir pris connaissance de la situation de la société SOCIETE1.) au moment de la nomination d'un curateur. Initialement, le curateur se serait limité à réclamer la dette fiscale. Aucune autre contestation, notamment concernant d'autres paiements, ne lui aurait été présentée.

Lorsqu'il a été convoqué par la police française, il aurait pensé que c'était en vue de combler le passif de la société SOCIETE1.). Son seul but aurait été de mettre hors de cause son fils, raison pour laquelle il aurait déclaré être dirigeant et associé de la société SOCIETE1.) depuis longtemps.

Le prévenu a exposé qu'il envisageait de créer un fonds de sauvegarde du patrimoine en France et en Italie. Il aurait dû dépenser des sommes importantes pour acquérir des biens, notamment des palais en ruine en Italie, qu'il fallait

restaurer. Son objectif aurait été d'acquérir ces biens à titre personnel et de les rénover, sans passer par la société SOCIETE1.).

Il n'y aurait pas de concomitance entre ce projet et l'argent qui lui avait été versé en 2011, correspondant au paiement d'une commission pour une opération réalisée pour le compte de la société SOCIETE1.). Il aurait utilisé cette somme, ainsi que d'autres fonds, pour investir dans son projet. L'argent qu'il aurait reçu de la société SOCIETE1.) constituerait une commission à laquelle il aurait eu droit en vertu d'un contrat conclu avec la banque d'affaires SOCIETE2.) en vue de lever des fonds pour l'acquisition d'actifs immobiliers.

PERSONNE1.) a indiqué avoir reçu 3,3 millions d'euros de commission de la part de la société SOCIETE1.), sur lesquels il a été tenu de mettre 2 millions en garantie auprès de la banque. Initialement, il était censé n'avoir qu'un rôle d'intermédiaire.

Il a indiqué qu'il était d'accord avec une suspension du prononcé.

Le mandataire du prévenu a expliqué que PERSONNE1.) avait exercé ses activités professionnelles par le biais de diverses sociétés en France et en Belgique. En 2004, les propriétaires de l'immeuble à ADRESSE5.) où il travaillait auraient décidé de le vendre, ce qui l'aurait contraint à envisager le déménagement de ses sociétés. L'une de ses connaissances, PERSONNE2.), avec ses associés PERSONNE3.) et PERSONNE4.), auraient proposé de racheter l'immeuble pour éviter ce déménagement. Ils auraient constitué la société SOCIETE1.) pour acquérir l'immeuble. Lors de la constitution de la société SOCIETE1.), PERSONNE2.), PERSONNE3.) et PERSONNE4.) auraient chacun détenu une action dans le capital social de celle-ci, tandis que la société SOCIETE3.) (ci-après la société SOCIETE3.)) en aurait détenu 97. La société SOCIETE3.) aurait été elle-même détenue par PERSONNE2.), PERSONNE3.) et PERSONNE4.), qui auraient également été les administrateurs des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE3.). L'objet social de la société SOCIETE1.) aurait été uniquement d'acquérir, de détenir et de vendre l'immeuble à ADRESSE5.).

PERSONNE2.) n'ayant pas pu lever les fonds nécessaires pour finaliser l'opération comme initialement prévu, PERSONNE1.) lui aurait proposé d'intervenir en tant qu'intermédiaire pour trouver un financement, qu'il aurait finalement obtenu auprès de la SOCIETE2.). Cette dernière aurait proposé une opération de crédit à court terme sur vingt-quatre mois pour un montant de 9.000.000 d'euros, en contrepartie du dépôt de 2.000.000 d'euros en gestion de patrimoine. PERSONNE1.) aurait ainsi contracté un prêt personnel pour se porter garant du prêt contracté par la société SOCIETE1.). En échange de cette intervention, un contrat aurait été conclu entre PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) le 17 novembre 2004, par lequel cette dernière se serait engagée à le rétribuer à hauteur de 3.300.000 euros pour ses services rendus dans le cadre de l'acquisition de l'immeuble et la garantie fournie.

Le mandataire du prévenu a insisté sur le fait que l'intervention de PERSONNE1.) était purement externe, en tant que conseiller de la société SOCIETE1.) et contre le paiement d'une commission. Il n'aurait été ni membre du conseil d'administration, ni actionnaire de la société SOCIETE1.), mais simplement créancier de celle-ci à la suite des services rendus. L'immeuble aurait été acquis par la société SOCIETE1.)

par acte notarié le 25 novembre 2004 pour un prix de 8.100.000 euros, sur décision du conseil d'administration.

La crise financière de 2008 aurait contraint la société SOCIETE1.) à vendre l'immeuble par adjudication en 2010 pour un prix de 18.200.000 euros. La vente n'aurait généré qu'un gain marginal pour les actionnaires après le remboursement des dettes. PERSONNE1.) aurait rencontré des difficultés à obtenir le paiement de sa créance, mais aurait finalement été payé en 2011, après que le prêt aurait été remboursé et les autres créanciers désintéressés.

Le mandataire a soutenu que les actionnaires et administrateurs de la société SOCIETE1.), ou du moins PERSONNE2.) et PERSONNE3.), auraient éprouvé une rancœur à l'égard de PERSONNE1.), ce qui expliquerait les irrégularités comptables de la société SOCIETE1.).

À la suite de la vente de l'immeuble, la société SOCIETE1.) ayant perdu son objet social, PERSONNE2.) et PERSONNE3.) auraient démissionné de leurs postes d'administrateurs et auraient été remplacés par PERSONNE5.) et la société SOCIETE3.), représentée par PERSONNE4.). Ceux-ci auraient à leur tour démissionné le 14 septembre 2016 pour être remplacés par PERSONNE1.), PERSONNE6.) et PERSONNE7.).

Le prévenu aurait alors eu pour ambition d'utiliser la société SOCIETE1.) pour d'autres projets.

Le mandataire de PERSONNE1.) a critiqué les juges de première instance d'avoir conclu à l'absence de prescription de l'infraction de banqueroute simple, due au défaut de déclaration de cessation des paiements dans le délai d'un mois, en considérant qu'il s'agissait d'une infraction continue.

La jurisprudence luxembourgeoise, s'alignant sur la doctrine et la jurisprudence françaises, aurait retenu que cette infraction est une infraction instantanée, réputée commise un mois après la date de cessation des paiements.

Il a exposé qu'en l'espèce, l'infraction a ainsi été commise le 25 mars 2015, soit un mois après la date de cessation des paiements du 25 février 2015, laquelle correspond à la date où la première contrainte de l'Administration des contributions directes (ci-après l'ACD) a été rendue exécutoire.

La prescription de l'action publique serait donc acquise le 25 mars 2020, avant le premier acte interruptif de prescription du 24 novembre 2022, de sorte que le délit de banqueroute simple pour défaut de déclaration de faillite serait prescrit.

En ce qui concerne l'infraction de banqueroute frauduleuse, le mandataire du prévenu a exposé que la loi du 7 août 2023 relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite (ci-après la Loi du 7 août 2023), entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2023, a décriminalisé cette infraction et réduit le délai de prescription. Une loi décriminalisant un comportement et raccourcissant la prescription rétroagirait car elle serait plus favorable. Ainsi, l'actuel article 490-3 du Code pénal devrait s'appliquer aux faits antérieurs à son entrée en vigueur, et les

faits reprochés à PERSONNE1.) seraient désormais soumis à un délai de prescription de cinq ans.

Il a rappelé qu'il est reproché à PERSONNE1.) de s'être attribué la somme de 3.108.604,88 euros en deux fois, le 30 octobre 2007 et en 2011, sans date précise, et sans preuve de virement dans le dossier. Il a considéré que cette opération, caractérisée par un appauvrissement de la société SOCIETE1.) au bénéfice de PERSONNE1.), constituerait un comportement unique et instantané. L'infraction d'abus de biens sociaux serait une infraction instantanée, consommée lors de chaque usage abusif.

La date de départ du délai de prescription devrait donc être fixée au jour de l'usage prétendument abusif, soit en 2011, date du prélèvement de la somme de 3.108.604,88 euros du compte de la société SOCIETE1.). Même en prenant en compte la date de publication du bilan de l'exercice 2011, à savoir le 20 novembre 2013, l'action publique serait prescrite au moment du premier acte interruptif de prescription en novembre 2022.

Le mandataire du prévenu a rejeté l'application de la théorie des infractions occultes, affirmant qu'aucun acte positif de dissimulation ne pourrait être imputé à PERSONNE1.), qui n'avait aucun pouvoir dans la société. Le point de départ du délai de prescription devrait donc être fixé en 2007 et 2011 respectivement, au moment des détournements allégués, sinon au plus tard le 5 mars 2008 et le 20 novembre 2013, dates de publication des comptes annuels au registre de commerce et des sociétés, rendant l'action publique prescrite.

Le mandataire du prévenu a rappelé qu'en matière pénale, il incombe au ministère public de prouver la matérialité des infractions reprochées, tant en fait qu'en droit.

Il a souligné que les juridictions répressives ont été saisies du présent dossier par citation à prévenu du 19 juillet 2023. Aucune instruction, ni enquête n'auraient été menées, à l'exception de l'interrogatoire de PERSONNE1.) devant la police française. De nombreux éléments probatoires feraient défaut, de sorte qu'aucune condamnation ne pourrait être prononcée.

La juridiction de première instance aurait retenu que PERSONNE1.) aurait détourné des fonds de la société SOCIETE1.), soit 1.500.000 euros le 30 octobre 2007 et 1.035.214,17 euros à une date inconnue, mais probablement en 2011. Pour le paiement de 2007, aucune preuve matérielle ne figurerait au dossier et aucune comptabilité interne de la société SOCIETE1.) n'y ferait référence. Les comptes annuels pour 2007 ne mentionneraient pas ce montant, et la société n'aurait pas disposé des fonds nécessaires en raison de ses pertes et de l'absence de revenus.

Concernant le transfert de 2011, il n'y aurait pas non plus de preuve bancaire d'un virement au bénéfice de PERSONNE1.). La seule preuve matérielle serait la comptabilité de la société SOCIETE1.) pour l'exercice 2011, qui indiquerait l'existence d'un compte courant associé. Cette comptabilité serait cependant fantaisiste et erronée. Aucune preuve bancaire ne montrerait que l'argent aurait quitté le patrimoine de la société SOCIETE1.) ou aurait été réceptionné par

PERSONNE1.). Une simple ligne dans un bilan comptable ne suffirait pas comme preuve, à défaut de refléter une réalité financière.

Le mandataire a estimé qu'il fallait prouver une remise matérielle des fonds pour établir un compte courant associé, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce. PERSONNE1.) n'aurait eu connaissance des bilans qu'au cours de la présente procédure, n'étant ni administrateur, ni actionnaire de la société SOCIETE1.) à l'époque des faits. Il n'aurait jamais pu contester les bilans avant cette poursuite pénale.

Face aux contestations du prévenu, les juges de première instance auraient dû s'appuyer sur d'autres preuves matérielles, qui feraient cependant défaut. Le prévenu n'ayant pas eu accès aux comptes de la société SOCIETE1.), le supposé détournement aurait été réalisé par une autre personne, probablement l'un des trois administrateurs de droit au moment des faits, qui n'auraient pas été entendus dans la présente procédure, malgré le fait que leur implication ne ferait aucun doute.

Le dossier répressif serait lacunaire et des éléments de preuve matériels essentiels manqueraient. L'ancienneté des faits, remontant en partie à plus de dix-sept ans, empêcherait de rassembler des preuves suffisantes. Ces lacunes empêcheraient toute condamnation et rendraient l'exercice de l'action publique inconciliable avec les droits de la défense de PERSONNE1.).

Quant au fond, le mandataire du prévenu a précisé qu'en ce qui concerne l'infraction de banqueroute, bien que l'état de cessation des paiements ne soit pas contesté, la détermination de sa date par les juges de première instance l'est.

Les juges de première instance auraient fixé la date de cessation des paiements au 19 février 2018, date à laquelle la dernière contrainte de l'ACD a été rendue exécutoire, sans fournir d'explications. Cette décision irait à l'encontre de la jurisprudence, qui fixerait généralement cette date au jour de la première contrainte restée infructueuse.

Il a rappelé que la cessation des paiements ne nécessite pas l'arrêt de tous les paiements, mais pourrait être établie par le défaut de paiement d'une seule dette. La contrainte serait une sommation de payer sous peine de poursuites judiciaires, et l'absence de paiement à la suite d'une seule contrainte suffirait à établir la cessation des paiements.

En l'espèce, la première contrainte restée sans réponse daterait du 28 janvier 2015, rendue exécutoire le 25 février 2015. Conformément à la jurisprudence, la société SOCIETE1.) devrait donc être considérée en état de cessation des paiements à partir de cette date. À cette époque, PERSONNE1.) n'aurait pas été dirigeant de droit de la société SOCIETE1.), le conseil d'administration étant composé d'PERSONNE5.), de la société SOCIETE3.), et de PERSONNE4.).

Le mandataire du prévenu a contesté que PERSONNE1.) ait été dirigeant de fait de la société SOCIETE1.) depuis sa création jusqu'au 31 août 2016. Il a estimé que cette conclusion des juges de première instance reposerait uniquement sur l'interrogatoire de PERSONNE1.) devant la police française, alors que la preuve de

la qualité de dirigeant de fait nécessiterait des éléments matériels tangibles et positifs, lesquels feraient défaut en l'espèce.

L'interrogatoire de PERSONNE1.), réalisé sans l'assistance d'un avocat et près de vingt ans après les faits, serait insuffisant pour prouver cette qualité. De plus, cet interrogatoire contiendrait des contradictions et des erreurs, et ses propos seraient contredits par les preuves matérielles du dossier. PERSONNE1.) aurait ainsi affirmé avoir pris la « présidence » de la société SOCIETE1.) en 2010, ce qui relèverait d'une erreur et serait matériellement impossible puisque le conseil d'administration aurait été composé d'autres personnes de 2004 à 2016.

La qualité de dirigeant de fait ne se présumerait pas et devrait être prouvée par des actes démontrant que l'individu est en mesure de décider du sort commercial et financier de l'entreprise. Or, il ressortirait du dossier que PERSONNE1.) n'aurait accompli aucun acte positif de gestion de la société. Il aurait affirmé ne pas avoir eu accès aux moyens de paiement de la société SOCIETE1.), n'avoir perçu aucune rémunération, et ne pas avoir eu de tâche quotidienne au sein de celle-ci. Il n'aurait eu accès ni aux comptes bancaires, ni à la comptabilité de la société, et n'aurait pris aucune part active à sa gestion.

Les dirigeants de droit de la société, PERSONNE2.), PERSONNE3.) et PERSONNE4.), auraient véritablement exercé leurs prérogatives. Ils auraient pris la décision d'acquérir l'immeuble à ADRESSE5.), validée par l'assemblée générale des actionnaires, sans la présence de PERSONNE1.). Ils apparaîtraient également comme actionnaires dans les déclarations fiscales françaises.

Aucun document ou preuve matérielle du dossier ne permettrait de rattacher PERSONNE1.) à une quelconque immixtion positive dans la gestion de la société. Par conséquent, la qualité de dirigeant de fait ne pourrait pas lui être attribuée avant sa nomination comme dirigeant de droit le 31 août 2016.

Le mandataire de PERSONNE1.) a conclu à l'acquittement du prévenu, tant pour l'infraction de banqueroute simple que pour celle de banqueroute frauduleuse.

Il a contesté l'existence d'un compte courant associé au nom de PERSONNE1.) au sein de la société SOCIETE1.), soulignant que cette notion implique nécessairement un lien entre la société et un de ses associés ou actionnaires. Il a rappelé que, selon la jurisprudence et la doctrine, un compte courant associé ne peut exister qu'entre une société et ses associés.

PERSONNE1.) n'aurait jamais été actionnaire des sociétés SOCIETE1.) ou SOCIETE3.). Le dossier répressif ne contiendrait aucune preuve de la qualité d'actionnaire de PERSONNE1.), ni aucun registre d'actionnaires de la société SOCIETE1.). Par conséquent, il ne pourrait se voir imputer un compte courant associé.

Le mandataire a soutenu que la comptabilité de la société SOCIETE1.) serait erronée et irrégulière. Le soi-disant compte courant associé contiendrait des paiements qui n'auraient rien à voir avec un compte courant associé, et la catégorisation comptable serait incorrecte. La comptabilité aurait été utilisée de

manière fantaisiste, sans respecter les règles légales, et ne pourrait donc pas être considérée comme un élément de preuve fiable.

PERSONNE1.) aurait conclu un contrat avec la société SOCIETE1.) en 2004 pour une rémunération de 3.300.000 euros en contrepartie de services rendus et d'une garantie bancaire. Il aurait été créancier de la société en vertu de ce contrat, aurait reçu une rémunération en conséquence, et la société n'aurait pas été lésée. Les mauvaises inscriptions comptables ne seraient pas de son fait.

En ce qui concerne l'infraction de blanchiment, le mandataire du prévenu a conclu à l'absence d'infraction primaire de banqueroute ou d'abus de biens sociaux de la part de PERSONNE1.). Le montant perçu par celui-ci de la société SOCIETE1.) correspondrait à une rémunération pour des services rendus dans le cadre de l'achat de l'immeuble. Il n'existerait donc aucune intention dolosive de sa part, ni de connaissance du caractère délictueux du paiement, de sorte qu'il y aurait lieu d'acquitter le prévenu de la prévention de blanchiment.

En ce qui concerne le défaut de publication des bilans de l'exercice 2017, le mandataire du prévenu a indiqué que, lorsque PERSONNE1.) est devenu dirigeant de la société SOCIETE1.) en 2016, il aurait été certain que la comptabilité et les publications étaient gérées par la fiduciaire responsable depuis la création de la société et auprès de laquelle elle était domiciliée. Le prévenu, n'ayant aucune connaissance comptable ou légale au Luxembourg, aurait délégué ces obligations à la fiduciaire, convaincu qu'elle s'en chargeait avec diligence. Il a conclu à l'acquiescement de PERSONNE1.) de cette infraction. Subsidiairement, il a demandé à la Cour de suspendre le prononcé en raison de l'ancienneté des faits, de l'absence d'antécédents judiciaires dans le chef du prévenu et du faible trouble à l'ordre public.

Il a, finalement, demandé à la Cour de débouter la société SOCIETE1.) de sa demande civile, étant donné qu'elle n'aurait subi aucun préjudice du fait de PERSONNE1.).

Le curateur de la société SOCIETE1.) a réitéré sa partie civile présentée en première instance et a demandé la confirmation du jugement entrepris.

La représentante du ministère public a conclu à la recevabilité des appels, considérant qu'ils ont été interjetés dans les formes et délais prévus par la loi.

Elle a ensuite exposé que, concernant l'infraction de banqueroute simple, les dispositions de la Loi du 7 août 2023, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2023, seraient plus sévères en ce qui concerne le défaut d'aveu de la cessation des paiements, de sorte qu'il conviendrait d'appliquer les anciennes dispositions.

La Loi du 7 août 2023 aurait décriminalisé la banqueroute frauduleuse et serait plus douce, de sorte qu'il conviendrait d'appliquer les nouvelles dispositions à l'infraction de banqueroute frauduleuse, notamment les règles applicables aux délits, y compris celles relatives à la prescription.

Les juges de première instance auraient correctement apprécié les éléments constitutifs de l'infraction de banqueroute simple en raison du défaut d'aveu de la

cessation des paiements dans le délai d'un mois. Ils auraient ainsi correctement retenu qu'il y aurait eu cessation des paiements et ébranlement du crédit de la société SOCIETE1.). PERSONNE1.) revêtirait la qualité de commerçant en tant qu'administrateur de la société, de sorte qu'il aurait été correctement retenu dans les liens de cette infraction. Le tribunal correctionnel serait libre d'apprécier la date de la cessation des paiements et aurait correctement fixé celle-ci au 18 février 2018, date de la dernière contrainte, considérant qu'antérieurement à cette date, l'ACD aurait encore accordé du crédit, de sorte que celui-ci n'aurait pas été ébranlé. L'aveu de la cessation des paiements aurait donc dû être fait au plus tard le 19 mars 2018, date à laquelle PERSONNE1.) aurait été dirigeant de droit de la société SOCIETE1.). L'infraction de banqueroute simple ne serait pas prescrite, étant donné que le délai de prescription quinquennal aurait été valablement interrompu par la demande d'entraide européenne et la réponse y afférente de novembre 2019.

La représentante du ministère public a estimé que PERSONNE1.) savait pertinemment que l'argent qu'il détenait provenait d'une infraction, de sorte que les juges de première instance l'auraient retenu à bon droit dans les liens de cette infraction. Il conviendrait cependant de réduire le montant à la somme de 1.035.000 euros, en considérant que le paiement de 2007, qui se situe avant la période infractionnelle libellée par le ministère public, ne serait pas à retenir.

Le défaut de publication des bilans serait une infraction instantanée. En l'espèce, le bilan de l'exercice 2017 de la société SOCIETE1.) aurait dû être publié le 1^{er} août 2018, ce qui n'aurait pas été le cas. Elle a cependant considéré que la publication aurait finalement eu lieu le 14 février 2019, avec seulement quelques mois de retard.

La représentante du ministère public ne s'est pas opposée à une réduction de la peine prononcée par la juridiction de première instance, au vu de ses conclusions quant aux différentes infractions. Elle a également estimé qu'à défaut de connaître le montant éludé pour lequel PERSONNE1.) a été condamné en Belgique à une peine d'emprisonnement de trois mois pour fraude fiscale, cette condamnation ne s'opposerait pas à l'octroi d'un sursis intégral au prévenu.

Elle a estimé que les juges de première instance ont correctement énoncé les principes des diverses infractions, notamment celui selon lequel les détournements commis avant la cessation des paiements sont à qualifier d'abus de biens sociaux et ceux réalisés après la cessation des paiements de banqueroute, sauf si les détournements en cause ont conduit à la cessation des paiements.

Elle a exposé que tant l'infraction d'abus de biens sociaux que celle de banqueroute seraient des infractions instantanées. La période infractionnelle retenue par les juges de première instance concernant l'infraction de banqueroute frauduleuse, à savoir du 1^{er} janvier 2011 jusqu'au jour de la faillite, serait donc à modifier pour refléter les dates précises des détournements.

Le compte courant associé litigieux se composerait, selon les éléments du dossier, de deux paiements, effectués le 30 octobre 2007 et en 2011 respectivement, auxquels il conviendrait de rajouter les intérêts.

Selon la jurisprudence, il n'y aurait pas lieu de retenir le solde global du compte courant associé, mais il conviendrait d'examiner chaque paiement individuellement.

Le début de la période infractionnelle, telle que libellée, ayant été fixé au 1^{er} janvier 2011, le paiement du 30 octobre 2007 d'un montant de 1.500.000 euros serait antérieur à cette période, de sorte qu'il conviendrait d'acquitter le prévenu pour ce chef. Étant donné qu'il résulterait du dossier répressif que l'immeuble n'a été vendu que plusieurs années après le paiement de 1.500.000 euros au bénéfice de PERSONNE1.) en 2007, cette opération n'aurait pas pu être financée par le prix de vente de l'immeuble.

Elle a noté que le solde du compte courant associé, qui figurerait pour la première fois dans les bilans de l'exercice 2010, augmenterait à partir du moment où l'immeuble ne figurerait plus parmi les actifs de la société.

Au moment de la vente de l'immeuble en 2011, la créance de la société SOCIETE1.) sur PERSONNE1.) aurait augmenté de 1,4 million d'euros à 2,9 millions d'euros. Le second paiement en faveur de PERSONNE1.), pour un montant de 1.035.214,17 euros, aurait été effectué à la même époque. Elle a reconnu que la seule preuve relative au paiement de 2011 est un e-mail du comptable de la société SOCIETE1.) au curateur, aucune preuve d'un virement ne figurant au dossier répressif, l'identité du donneur d'ordre n'étant pas connue et aucune précision sur la nature du paiement en question n'ayant pu être relevée.

Elle a expliqué qu'à partir de l'année 2012, le solde du compte courant associé s'élevait à environ 3,1 millions d'euros, augmentant ensuite chaque année, pour finalement atteindre un montant de 3,7 millions d'euros, cette augmentation étant due, selon l'ancien comptable de la société SOCIETE1.), aux intérêts calculés sur les montants prêtés à PERSONNE1.). Ces intérêts ne correspondraient donc pas à des prélèvements de la part du prévenu et ne pourraient pas constituer un détournement.

La représentante du ministère public a conclu que, même en faisant abstraction des déclarations du prévenu devant la police française au vu des contestations actuelles du prévenu, le deuxième paiement, intervenu en 2011, est à retenir, étant donné qu'il serait établi par les pièces figurant au dossier.

Elle a ensuite estimé qu'au vu de la longue période écoulée entre le virement litigieux et la cessation des paiements de la société SOCIETE1.), et nonobstant le fait que la société n'aurait pas d'autres activités et ne détiendrait notamment aucun autre immeuble, il n'y aurait a priori pas de lien de causalité entre le paiement en question et la cessation des paiements de la société SOCIETE1.), de sorte que les faits ne seraient pas à qualifier de banqueroute frauduleuse, mais d'abus de biens sociaux.

L'infraction d'abus de biens sociaux serait certes une infraction instantanée, laquelle aurait donc eu lieu, en l'espèce, en 2011, mais également une infraction clandestine pour laquelle le délai de prescription ne commencerait à courir qu'à partir du moment où le délit serait apparu et aurait pu être considéré dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

En l'espèce, si les bilans de la société SOCIETE1.) auraient fait l'objet d'une publication, ils ne contiendraient cependant pas de précisions concernant le compte courant associé, de sorte que les autorités judiciaires n'étaient pas, au moment de la publication des bilans, en mesure de déclencher l'action publique. La date de départ du délai de prescription serait à fixer à la date du rapport du curateur, à savoir le 14 août 2019, sinon à la date du prononcé de la faillite, en l'occurrence le 5 avril 2019. Le premier acte interruptif étant intervenu le 24 novembre 2022, la prescription ne serait pas acquise.

Les éléments constitutifs prévus par l'article 1500-11 de la loi modifiée concernant les sociétés commerciales seraient donnés en l'espèce. Concernant plus particulièrement la qualité de dirigeant de fait de PERSONNE1.), la représentante du ministère public a constaté qu'aucune procuration, notamment sur les comptes bancaires, émise en faveur de PERSONNE1.) ne figurerait au dossier et aucune vérification n'aurait été faite en ce sens. Elle a cependant estimé qu'il est en aveu d'avoir assuré le financement de l'acquisition de l'immeuble, financement primordial pour celle-ci au vu du fait qu'il s'agissait de la seule opération commerciale de la société SOCIETE1.), et en tenant compte de ses déclarations devant les policiers français, on pourrait retenir qu'il était à la tête de la société SOCIETE1.) et qu'il serait donc à considérer comme dirigeant de fait de la société SOCIETE1.) au moment du transfert litigieux.

Elle a rappelé que PERSONNE1.) a indiqué aux policiers français détenir toutes les parts de la société SOCIETE1.). La qualité d'actionnaire de PERSONNE1.) ressortirait encore de l'intitulé du compte courant associé tel qu'il figurerait dans les bilans publiés, à savoir « CC ALIAS1.) ».

La contrariété de l'usage des fonds à l'intérêt social de la société SOCIETE1.) serait également établie, étant donné que la société aurait pris des risques injustifiés et anormaux au moment où elle aurait vendu son seul actif et se serait séparée de ses fonds de réserve.

Finalement, l'opération aurait été dans l'intérêt personnel du prévenu qui aurait été au courant, de par ses fonctions tenues dans diverses sociétés en France, en Belgique et au Luxembourg, qu'en procédant aux opérations litigieuses, la société SOCIETE1.) allait être dépouillée de ses derniers avoirs.

Appréciation de la Cour

Les appels, interjetés conformément aux dispositions de l'article 203 du Code de procédure pénale, sont recevables.

Les juges du tribunal d'arrondissement de Luxembourg ont fait une relation correcte des faits de la cause, à laquelle la Cour se rallie. Les débats devant la Cour n'ont pas relevé de nouveaux éléments par rapport à ceux qui ont été soumis à l'appréciation du tribunal.

- L'application dans le temps des dispositions introduites par la Loi du 7 août 2023

L'article 489 du Code pénal, dans sa version applicable au moment des faits ainsi qu'à la date du prononcé du jugement entrepris, dispose que « *ceux qui, dans les cas prévus par le Code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute, seront condamnés :*

Les banqueroutiers simples, à un emprisonnement d'un mois à deux ans.

Les banqueroutiers frauduleux, à la réclusion de cinq à dix ans ».

La Loi du 7 août 2023 a abrogé les articles 573 à 583 du Code de commerce relatifs à la banqueroute simple et à la banqueroute frauduleuse, et a apporté plusieurs modifications au Code pénal, notamment en intégrant ces infractions directement dans ce dernier.

Ainsi, l'infraction de banqueroute simple est désormais régie par les articles 489 et 490 du Code pénal, tels que modifiés par la Loi du 7 août 2023, qui disposent qu'une telle infraction est sanctionnée par une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et une amende de 251 à 25.000 euros.

L'infraction de banqueroute frauduleuse est désormais régie par le nouvel article 490-3 du Code pénal, prévoyant une peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans et une amende de 500 à 50.000 euros.

La loi en question est entrée en vigueur le premier jour du troisième mois suivant sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, soit le 1^{er} novembre 2023, et donc postérieurement aux faits reprochés à PERSONNE1.) et au prononcé du jugement entrepris, mais antérieurement à celui du présent arrêt.

Aux termes de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée. Le principe de la rétroactivité de la législation pénale la plus douce, inscrit à l'article 2 du Code pénal, s'applique tant à l'incrimination (suppression ou restriction de l'incrimination) qu'à la peine (peine plus douce). En outre, si, en vertu des dispositions d'une nouvelle loi, un fait constituant un crime devient un délit, ce fait est censé avoir eu la nature de délit depuis le jour de sa perpétration. Par conséquent, le délai de prescription applicable est celui des délits, et non celui des crimes (Chambre des mises en accusation, 13 novembre 1876, Pas. 1, p. 232).

La Cour constate que les infractions de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse restent punissables en vertu de la Loi du 7 août 2023.

En ce qui concerne l'infraction de banqueroute simple, la Loi du 7 août 2023 prévoit des peines plus sévères en rendant l'amende obligatoire, la peine d'emprisonnement restant identique. Il convient dès lors d'appliquer, pour l'infraction de banqueroute simple, les dispositions applicables avant l'entrée en vigueur de la Loi du 7 août 2023.

L'infraction de banqueroute frauduleuse, auparavant punie par une peine de réclusion de cinq à dix ans, a été décriminalisée et est désormais punie par une peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans et une amende de 500 à 50.000 euros. Il convient donc d'appliquer les dispositions introduites par la Loi du 7 août 2023 en ce qu'elles prévoient une peine plus douce.

- Banqueroute simple

Le ministère public reproche à PERSONNE1.) de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société SOCIETE1.) dans le délai d'un mois à compter de cette cessation.

La société SOCIETE1.) a été déclarée en état de faillite par un jugement du 5 avril 2019, qui a provisoirement fixé la date de la cessation des paiements au 5 octobre 2018.

En application du principe de l'autonomie du droit pénal par rapport au droit commercial, le juge répressif n'est pas lié par le jugement de faillite, mais dispose du plein pouvoir pour apprécier l'état de faillite. Il incombe ainsi à la juridiction répressive de vérifier si les conditions de la faillite sont réunies, sans être tenue par les constatations du tribunal de commerce. L'action publique pour banqueroute est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale.

L'état de faillite se caractérise par la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit.

En l'espèce, le prévenu reproche à la juridiction de première instance d'avoir fixé la date de la cessation des paiements au 19 février 2018, date à laquelle la dernière contrainte de l'ACD a été rendue exécutoire. Il estime, au contraire, qu'elle aurait dû être fixée au 25 mars 2015, date à laquelle la première contrainte de l'ACD a été rendue exécutoire.

Il résulte du dossier répressif qu'une première contrainte a été émise le 28 janvier 2015 et rendue exécutoire le 25 février 2015, qu'une deuxième contrainte a été émise le 11 avril 2017 et rendue exécutoire le 27 avril 2017, et qu'une troisième contrainte a été émise le 22 janvier 2018 et rendue exécutoire le 19 février 2018.

Les contraintes ne figurent pas dans le dossier répressif.

La société SOCIETE1.) s'est trouvée dans l'impossibilité de faire face, en date du 25 février 2015, au paiement de la dette qu'elle avait envers l'ACD, telle que circonscrite dans la contrainte rendue exécutoire à cette même date. Cette absence de paiement ne s'explique pas par une simple gêne momentanée ou financière, ni par des difficultés passagères, puisqu'elle a été suivie d'une deuxième contrainte rendue exécutoire le 27 avril 2017 et d'une troisième contrainte rendue exécutoire le 22 janvier 2018.

Aucun élément du dossier ne permet de conclure que l'émission par l'ACD d'une deuxième et d'une troisième contrainte s'expliquerait par l'octroi d'un nouveau crédit

ou de délais de paiement à la société SOCIETE1.), ni que cette dernière aurait procédé au paiement de sa dette fiscale, laquelle n'était d'ailleurs pas contestée.

Il s'ensuit qu'en date du 25 février 2015, la société SOCIETE1.) avait cessé ses paiements et son crédit était ébranlé.

Contrairement à ce qu'ont retenu les juges de première instance, l'infraction tirée du défaut d'avoir fait l'aveu dans le délai légal constitue un délit instantané qui est consommé quand l'aveu de la cessation des paiements n'a pas été fait dans ce délai, à moins que le prévenu n'invoque et ne rende crédible, sans devoir en rapporter la preuve complète, une cause de justification. Le seul élément moral requis est la simple « faute infractionnelle », qui existe dès que le fait est commis (Cass. 4 juillet 2013, n° 39/2013 pénal, numéro 3214 du registre).

Le défaut d'aveu de faillite constitue un délit instantané et le délai de prescription commence à courir le premier jour suivant l'expiration du mois au cours duquel l'aveu doit être fait (Ch. De Valkeneer, Les infractions – Volume 1, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 224), en l'occurrence le 26 mars 2015.

Il s'ensuit que l'infraction était prescrite le 24 novembre 2022, date du premier acte interruptif de la prescription.

Au vu de ce qui précède, et sans qu'il soit nécessaire d'analyser si le prévenu revêtait, au moment de l'infraction, la qualité de dirigeant de droit, seul habilité à faire la déclaration de cessation des paiements, il y a lieu, par réformation, d'acquitter PERSONNE1.) de la prévention de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société SOCIETE1.) dans le délai d'un mois à partir de sa survenance.

- Banqueroute frauduleuse et abus de biens sociaux

Le ministère public reproche à PERSONNE1.) d'avoir détourné, entre le 1^{er} janvier 2011 et le 5 avril 2019, la somme de 3.778.528,66 euros, correspondant au solde d'un compte courant associé de la société SOCIETE1.).

Les juges de première instance ont correctement exposé que les détournements commis avant la cessation des paiements sont qualifiés d'abus de biens sociaux, tandis que ceux réalisés après sont qualifiés de banqueroute frauduleuse, sauf si les détournements ont conduit à la cessation des paiements.

Il résulte des éléments du dossier, tels que retenus par les juges de première instance, que la somme de 3.778.528,66 euros dont le détournement est reproché au prévenu se décompose de la manière suivante :

- un transfert de 1.500.000 euros effectué le 30 octobre 2007,
- un transfert de 1.035.214,17 euros effectué probablement en 2011,
- le solde étant composé d'intérêts comptabilisés sur les deux montants en question.

Le premier transfert, à supposer qu'il soit établi, se trouve en dehors de la période infractionnelle visée par le ministère public concernant les infractions de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux, allant du 1^{er} janvier 2011 au 5 avril 2019.

Dans la mesure où PERSONNE1.) a été renvoyé devant la juridiction de jugement pour répondre de faits commis entre le 1^{er} janvier 2011 et le 5 avril 2019, la Cour ne saurait faire remonter la période infractionnelle antérieurement au 1^{er} janvier 2011, comme figurant dans le renvoi dont elle est saisie.

Le détournement consiste à faire disparaître par un acte positif de disposition, accompli volontairement sur le patrimoine du débiteur, une partie de l'actif sans substitution de contre-valeur. La comptabilisation des intérêts sur le solde du compte courant associé ne constitue pas un tel détournement, étant donné qu'aucun actif n'a été retiré de la société SOCIETE1.) au bénéfice d'un tiers, mais correspond simplement à une inscription comptable.

Ainsi, le seul fait dont la Cour est actuellement saisie et qui est susceptible de constituer un détournement est le transfert du montant de 1.035.214,17 euros, effectué en 2011.

Les éléments du dossier répressif ne permettent pas de conclure que le transfert en question a conduit à la cessation des paiements de la société SOCIETE1.). Ce détournement, à le supposer établi, ayant eu lieu avant la date de la cessation des paiements fixée au 25 février 2015, les faits reprochés à PERSONNE1.) ne sont dès lors pas susceptibles d'être qualifiés de banqueroute frauduleuse, mais doivent être analysés sous la qualification d'abus de biens sociaux.

Par réformation du jugement entrepris, PERSONNE1.) est d'ores et déjà à acquitter de l'infraction de banqueroute frauduleuse.

L'abus de biens sociaux est une infraction instantanée, qui se consomme au jour de l'usage des biens sociaux et dont l'existence n'est pas effacée par un remboursement ou par la régularisation ultérieure d'une écriture comptable. En l'occurrence, le jour de l'usage des biens sociaux correspond au jour du transfert litigieux et se situe en conséquence en 2011.

Le report du point de départ du délai de prescription au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique constitue une exception prétorienne aux règles de droit commun en matière de prescription de l'action publique consacrée par la jurisprudence pour les infractions dites clandestines ou occultes.

Les infractions occultes ou clandestines par nature sont des infractions astucieuses dont la clandestinité est un élément constitutif ou est inhérente à l'infraction, c'est-à-dire que la réalisation de l'infraction ne se conçoit pas en dehors de la clandestinité. Dans cette catégorie figurent, par exemple, l'abus de confiance, la tromperie, l'atteinte à l'intimité de la vie privée, mais aussi l'abus de biens sociaux. Pour ces infractions, le point de départ de la prescription doit être fixé non au jour de leur commission effective, mais au jour où l'infraction est apparue et a pu être

constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (Cour, 15 janvier 2022, numéro 11/20 X. du registre).

S'il est vrai que les bilans de la société SOCIETE1.) ont fait état d'un compte courant associé, ils ne contenaient pas de précisions suffisantes faisant apparaître le transfert de fonds litigieux dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. En effet, ceci n'a été le cas qu'au moment du dépôt par le curateur de son rapport, à savoir le 14 août 2019. Au moment du premier acte interruptif de prescription, à savoir en novembre 2022, la prescription n'était donc pas encore acquise.

Aux termes de l'article 1500-11 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, constitue un abus de biens sociaux le fait, pour les dirigeants de sociétés, de droit ou de fait, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

L'infraction d'abus de biens sociaux requiert la réunion des éléments constitutifs suivants :

- la qualité de dirigeant, de fait ou de droit,
- un usage des biens sociaux ou du crédit de la société,
- un usage contraire à l'intérêt social,
- un élément moral : la recherche d'un intérêt personnel et un usage conscient de mauvaise foi.

Lors de la constitution de la société SOCIETE1.), l'intégralité des actions ont été souscrites par PERSONNE2.), PERSONNE3.), PERSONNE4.) et la société SOCIETE3.), les trois premiers ayant, en outre, été nommés administrateurs. Par une assemblée générale extraordinaire du 28 mars 2011, PERSONNE2.) a été révoqué de son poste d'administrateur et de président du conseil d'administration de la société SOCIETE1.), PERSONNE3.) de son poste d'administrateur, tandis qu'PERSONNE5.) et la société SOCIETE3.) ont été nommés administrateurs, et PERSONNE4.) président du conseil d'administration. Selon un dépôt effectué au registre de commerce et des sociétés le 14 septembre 2016, PERSONNE5.), la société SOCIETE3.) et PERSONNE4.) ont été rayés de leurs postes d'administrateurs et PERSONNE6.), PERSONNE7.) et PERSONNE1.) ont été nommés administrateurs avec effet au 31 août 2016.

Il est donc établi qu'au moment du transfert litigieux, PERSONNE1.) n'était pas dirigeant de droit de la société SOCIETE1.).

Étant donné que PERSONNE1.) n'était pas un dirigeant de droit de la société SOCIETE1.) au moment du détournement allégué, il appartient au ministère public d'établir sa qualité de dirigeant de fait.

La notion de dirigeant de fait vise toute personne qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale d'une société, sous le couvert ou aux lieux et place de ses représentants

légaux. Le dirigeant de fait se comporte, sans partage, comme maître de l'affaire. Il exerce son activité sous le couvert et au lieu et place du représentant légal, mais sans en avoir le pouvoir.

La gestion de la société peut être attribuée au dirigeant de fait, auquel cas le dirigeant de droit n'est qu'un homme de paille, ou bien elle peut résulter de l'action de concert entre ces deux personnes.

Le juge pénal dispose d'un large pouvoir d'appréciation de la qualité de dirigeant de fait. Il lui incombe de rechercher quel a été le rôle effectif de l'individu dont la responsabilité pénale est recherchée. Il ne peut se limiter à constater les qualités formelles de celui qui est, ou n'est pas, dirigeant de droit. C'est la participation criminelle effective qui prime sur la distinction pouvoir légal/pouvoir de fait.

Pour retenir la direction de fait, il convient d'établir que la personne incriminée a accompli des actes positifs de direction traduisant une immixtion effective dans le fonctionnement de la société. Il s'agit de se fonder sur un faisceau d'indices pertinents, précis et concordants, ainsi que des actes démontrant que leur auteur est en mesure de décider du sort commercial et financier de l'entreprise. Il faut établir en quoi le prévenu a pris une part essentielle dans des fonctions déterminantes pour la direction de l'entreprise et de manière indépendante.

Le dirigeant de fait est celui qui se comporte comme le dirigeant de droit, c'est-à-dire, agissant de manière indépendante, a la signature bancaire, conclut les contrats importants au nom de la société, embauche et licencie le personnel, détermine la politique de l'entreprise, et est reconnu comme le maître de celle-ci par les tiers.

La preuve de la gestion de fait se fait par tous moyens. La jurisprudence et la doctrine ont permis de déterminer certains critères de la direction de fait. Il s'agit de rechercher s'il existe des personnes, autres que les organes de la société, qui :

- perçoivent des sommes supérieures aux dirigeants de droit,
- sont titulaires de la signature bancaire et sont directement en relation avec les établissements de crédit,
- exercent un pouvoir dans les principales décisions de gestion de l'entreprise et signent les contrats importants,
- sont chargées d'embaucher le personnel,
- ont apporté un financement primordial,
- maîtrisent des contrats importants,
- déterminent la politique de la société,
- prennent en charge l'administratif et la rémunération.

Tous ces critères ne sont cependant que des indices qui, pris isolément, ne permettent pas de prouver de façon certaine que la personne mise en cause soit réellement un dirigeant de fait (Cour 16 avril 2013, numéro 201/13 V).

Pour établir la preuve de la gestion de fait de PERSONNE1.), la juridiction de première instance s'est appuyée sur les déclarations du prévenu devant les policiers français. Selon ces déclarations, il aurait été le « propriétaire » de la société SOCIETE1.) depuis sa constitution en 2004, aurait pris la décision d'acquérir l'immeuble, et aurait assumé la présidence de la société en 2010, date à laquelle il aurait décidé de la mettre en sommeil.

Ces déclarations ont été contestées par PERSONNE1.) lors de l'audience devant la Cour d'appel, où il a expliqué qu'elles visaient à « protéger » son fils, nommé administrateur de la société SOCIETE1.) en même temps que lui.

L'affirmation de PERSONNE1.) selon laquelle il aurait été, au moment du détournement litigieux, actionnaire ou bénéficiaire économique de la société, mise à part le fait qu'aucune précision concernant l'actionnariat de la société SOCIETE1.) ne figure dans le dossier au-delà de l'acte constitutif de celle-ci, ne permet pas de conclure qu'il aurait, de ce seul fait, revêtu la qualité de dirigeant de fait de celle-ci.

Son affirmation selon laquelle il aurait pris la présidence de la société SOCIETE1.) en 2010 est contredite en droit par les publications au registre de commerce et des sociétés et n'est pas autrement corroborée en fait.

Il résulte des éléments du dossier répressif et des pièces produites par PERSONNE1.) que les décisions concernant l'acquisition de l'immeuble ont été prises, au moins formellement, par les administrateurs de droit de l'époque. Ni ces derniers, ni les vendeurs, ni les notaires, ni les banques n'ont été contactés ou entendus pour déterminer si PERSONNE1.) est intervenu de quelque manière que ce soit dans la vente de l'immeuble.

L'affirmation de PERSONNE1.), selon laquelle il aurait été chargé d'assurer le financement de l'acquisition de l'immeuble en tant que personne tierce à la société SOCIETE1.), et moyennant commission, n'est pas dénuée de toute crédibilité. La SOCIETE2.) n'a pas été contactée afin de déterminer si PERSONNE1.) s'y est présenté comme représentant de la société SOCIETE1.) ou comme intermédiaire. Cela aurait pu permettre de clarifier le rôle éventuel de PERSONNE1.) dans la société SOCIETE1.) avant sa nomination et dans le cadre du financement de l'acquisition de l'immeuble, et de mieux cerner la raison d'être de son gage en faveur de la banque.

Aucune précision concernant le détournement litigieux ne figure dans le dossier répressif. En outre, il ne résulte pas du dossier quelles étaient les personnes disposant d'une procuration sur les comptes bancaires de la société SOCIETE1.) au moment du transfert litigieux. Cette absence de précision empêche d'identifier les personnes susceptibles d'avoir autorisé ou diligenté le transfert en question, ou d'obtenir l'ordre de virement ou une confirmation du paiement, et donc une preuve directe du transfert litigieux, qui ne résulte, en l'état actuel, que d'un e-mail du comptable de l'époque et d'une inscription dans les bilans de la société SOCIETE1.). En effet, aucun détail concernant cette opération n'est connu, ni la date exacte, ni le moyen par lequel l'argent a été transféré. On ne connaît ni le donneur d'ordre, ni les banques concernées par le transfert, ni les comptes bancaires.

Il ne résulte d'aucun élément du dossier que PERSONNE1.) aurait eu une procuration sur les comptes bancaires de la société SOCIETE1.) ou qu'il aurait disposé d'un accès à un quelconque moyen de paiement de celle-ci au moment du transfert litigieux, ce qu'il conteste d'ailleurs.

Au regard des considérations qui précèdent, il n'est pas établi, à l'exclusion de tout doute raisonnable, que PERSONNE1.) revêtait, au moment du transfert litigieux, la qualité de dirigeant de fait de la société SOCIETE1.), qu'il exerçait, en toute indépendance et liberté, une activité positive de gestion et de direction de celle-ci et se comportait comme maître de l'affaire, et que la direction de droit de la société SOCIETE1.) ne correspondait pas à la direction effective.

C'est donc à tort que le tribunal a retenu que PERSONNE1.) a agi en tant que dirigeant de fait de la société SOCIETE1.).

Ce doute sur sa qualité de dirigeant de la société entraîne que le prévenu ne saurait pas non plus être retenu dans les liens de la prévention de l'infraction d'abus de biens sociaux.

Il y a dès lors lieu d'acquitter PERSONNE1.) de la prévention d'infraction à l'article 1500-11 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

- Blanchiment

Aucune infraction primaire n'ayant été retenue, ni établie, les fonds litigieux ne sauraient, dès lors, constituer le produit direct ou indirect d'une infraction pénale, ni en constituer un avantage patrimonial. Par conséquent, PERSONNE1.) ne saurait être retenu dans les liens de l'infraction de blanchiment-détention.

Il convient donc de l'acquitter de cette infraction, par réformation du jugement entrepris.

- Défaut de publication de l'inventaire, du bilan et du compte de profits et pertes de l'année 2017

En application de l'article 1500-2 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, les gérants ou administrateurs des sociétés y visées sont pénalement responsables, notamment, du défaut de publication des comptes annuels et des bilans dans les délais légaux.

Suivant la jurisprudence, cette infraction est établie par le seul constat que le dirigeant de droit, agissant librement et en connaissance de cause, n'a pas fait procéder à la publication requise par la loi, à moins qu'il n'invoque et ne rende crédible, sans devoir en rapporter la preuve complète, une cause de justification (Cass. 25 février 2010, numéro 2734 du registre ; Cass. 18 avril 2013, numéro 3173 du registre).

Selon ces arrêts, l'infraction requiert un élément moral. Cet élément est toutefois présumé en raison de la commission du manquement. Cette présomption n'est pas

irréfragable, le prévenu pouvant toujours établir qu'il n'a pas agi librement et consciemment, c'est-à-dire qu'il doit établir une cause de justification légale.

La Cour constate d'abord que la matérialité des faits en cause, en l'occurrence le défaut de publication, dans le délai légal, de l'inventaire, du bilan et du compte de pertes et profits de la société SOCIETE1.) pour l'exercice 2017, publication qui incombait à PERSONNE1.), n'est pas contestée et résulte à suffisance des éléments du dossier répressif.

En ce qui concerne les affirmations de PERSONNE1.), selon lesquelles il aurait eu la certitude, lorsqu'il a été nommé administrateur de la société SOCIETE1.) en 2016, que la comptabilité et les publications y afférentes seraient assurées par la fiduciaire qui s'en était chargée auparavant et auprès de laquelle la société était domiciliée, tout comme celle selon laquelle il n'aurait eu aucune connaissance comptable ni légale au Luxembourg, celles-ci ne peuvent pas être invoquées valablement à sa décharge pour contester l'élément moral dans son chef ou valoir comme faits justificatifs. En effet, ces faits ne sont pas pertinents, étant donné qu'ils ne sont pas à considérer comme des cas de force majeure, c'est-à-dire des faits imprévisibles, excluant toute faute ou négligence de la part de PERSONNE1.), ni comme des faits irrésistibles, c'est-à-dire des difficultés insurmontables.

En effet, le fait de charger un tiers de l'exécution de cette tâche ne délie pas les dirigeants de leurs obligations et il leur incombe de surveiller si ce tiers s'exécute correctement.

Les juges de première instance doivent, dès lors, être confirmés, par une motivation à laquelle la Cour adhère, en ce qu'ils ont retenu PERSONNE1.) dans les liens de la prévention d'infraction à l'article 1500-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Il y a cependant lieu de limiter la période infractionnelle du 1^{er} août 2018 au 14 février 2019, date à laquelle les documents comptables de la société SOCIETE1.) pour l'exercice 2017 ont été déposés au Registre de commerce et des sociétés.

Il y a lieu de rectifier le libellé de l'infraction en ce sens.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu, par réformation du jugement entrepris, d'acquitter PERSONNE1.) des préventions suivantes :

« comme auteur ayant lui-même commis les infractions suivantes,

en sa qualité de dirigeant de droit et de fait de la société de droit luxembourgeois SOCIETE1.) S.A., établie et ayant eu son dernier siège social à L-ADRESSE4.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg (ci-après : RCS) sous le numéro NUMERO1.) déclarée en faillite sur assignation suivant jugement commercial n°2019TALCH15/00526 (faillite n°343/19) rendu en date du 5 avril 2019 par le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale,

I. Banqueroute simple :

depuis le 19 mars 2018, soit un mois après l'exécution d'une contrainte émise le 19 février 2018 par l'Administration des Contributions Directes au greffe du Tribunal de commerce de et à Luxembourg,

en infraction à l'article 440 du Code de Commerce et à l'article 574 4° du Code de commerce, articles sanctionnés par l'article 489 du Code pénal de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements pour la société SOCIETE1.) S.A., établie et ayant eu son dernier siège social à L-ADRESSE4.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg (ci-après : RCS) sous le numéro NUMERO1.),

II. Banqueroute frauduleuse

entre le 1^{er} janvier 2011 et le 5 avril 2019 en sa qualité de dirigeant de fait et à partir du 14 septembre 2016, en sa qualité de dirigeant de droit de la société SOCIETE1.) S.A., déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n°2019TALCH15100526 (faillite n°343/19) rendu en date du 5 avril 2019 par le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment aux anciens sièges sociaux de la société SOCIETE1.) S.A., sis à L-ADRESSE6.) et par la suite à L-ADRESSE4.),

en infraction à l'article 577 du Code de commerce, puni des peines comminées par l'article 489 du Code pénal, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse en tant que commerçant failli, pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif,

en l'espèce, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse en tant que commerçant failli pour avoir détourné une partie de l'actif de la société SOCIETE1.) S.A., notamment par les détournements suivants :

- *création d'un compte courant associé débiteur de 3.778.528,66 euros,*

III. Blanchiment

entre le 1^{er} janvier 2011 et le 5 avril 2019 en sa qualité de dirigeant de fait et à partir du 14 septembre 2016, en sa qualité de dirigeant de droit de la société SOCIETE1.) S.A., déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n°2019TALCH15/00526 (faillite n°343/19) rendu en date du 5 avril 2019 par le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment aux anciens sièges sociaux de la société SOCIETE1.) S.A., sis à L-ADRESSE6.) et par la suite à L-ADRESSE4.),

en infraction à l'article 506-1, 3) du Code pénal , d'avoir détenu ou utilisé des biens visés à l'article 31, paragraphe 2, point 1°, formant l'objet ou le produit direct des infractions énumérées au point 1) de cet article ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré de l'une de ces infractions, sachant, au moment où ils les percevaient, qu'ils provenaient de l'une des infractions visées au point 1) ou de la participation à l'une de ces infractions,

en l'espèce, d'avoir détenu ou utilisé les montants en provenance de l'infraction libellées Sub II, sinon leur contrepartie, formant l'objet ou le produit direct ou indirect, sinon un avantage patrimonial de l'infraction de banqueroute frauduleuse, sachant qu'ils provenaient des infractions visées ci-avant sub II. ».

Il y a encore lieu d'acquitter PERSONNE1.) de l'infraction d'abus de biens sociaux, libellée à titre subsidiaire sub II., à savoir :

« entre le 1^{er} janvier 2011 et le 5 avril 2019 en sa qualité de dirigeant de fait et à partir du 14 septembre 2016, en sa qualité de dirigeant de droit de la société SOCIETE1.) S.A., déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n°2019TALCH15100526 (faillite n 0343/19) rendu en date du 5 avril 2019 par le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment aux anciens sièges sociaux de la société SOCIETE1.) S.A., sis à L-ADRESSE6.) et par la suite à L-ADRESSE4.), sans préjudice quant aux circonstances de temps et de lieu plus exactes et précises,

en infraction à l'article 1500-11 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, d'avoir, en sa qualité de dirigeant de droit ou de fait d'une société, de mauvaise foi, fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'il/elle savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle elle/il était intéressé(e) directement ou indirectement,

en l'espèce, en sa qualité de dirigeant de fait et à partir du 14 septembre 2016, en sa qualité de dirigeant de droit de la société SOCIETE1.) S.A. d'avoir, de mauvaise foi, fait des biens de la société un usage qu'elle savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle elle était intéressée directement ou indirectement, dont notamment les opérations suivantes :

- *création d'un compte courant associé débiteur de 3.778.528,66 euros ».*

- Peine

L'article 1500-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales punit le défaut de publication des bilans par une peine d'amende de 500 euros à 25.000 euros.

La Cour décide qu'au vu du fait que la situation a été régularisée endéans quelques mois, l'infraction retenue à charge de PERSONNE1.) est adéquatement sanctionnée par une amende de 1.000 euros.

Il n'y a pas lieu d'ordonner l'affichage du présent arrêt dans l'auditoire du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, ni son insertion par extraits dans des journaux.

Il y a, finalement, lieu de décharger PERSONNE1.) de sa condamnation à payer au curateur de la société SOCIETE1.) la somme de 3.778.528,66 euros avec les intérêts légaux à partir du 4 septembre 2019, au titre de réintégration à la masse de la faillite de celle-ci.

Au vu de la décision concernant l'action publique, la Cour est compétente pour connaître de la demande civile du curateur de la société SOCIETE1.), à l'instar des juges de première instance.

Les juges de première instance sont cependant à réformer en ce qu'ils ont retenu qu'en raison du fait qu'ils ont ordonné la réintégration dans la masse de la faillite du montant de 3.778.528,66 euros, la demanderesse au civil ne subirait plus de préjudice, de sorte que sa demande serait devenue sans objet et donc irrecevable.

En effet, l'existence effective du droit invoqué n'est pas une condition de recevabilité de la demande mais la condition de son succès au fond, c'est-à-dire de son bien-fondé.

La demande civile est donc recevable pour avoir été formée dans les formes et délais requis.

Cependant, à défaut pour la demanderesse au civil d'établir un lien de causalité entre l'infraction retenue à charge du prévenu et le dommage allégué, elle n'est pas fondée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu et défendeur au civil PERSONNE1.) et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, le curateur de la société anonyme SOCIETE1.) S.A. entendu en ses conclusions, et la représentante du ministère public entendue en son réquisitoire,

reçoit les appels de PERSONNE1.) et du ministère public en la forme,

les **dit** partiellement fondés,

par réformation :

acquitte PERSONNE1.) des infractions non retenues à sa charge,

rectifie le libellé de l'infraction retenue à charge de PERSONNE1.) conformément à la motivation du présent arrêt,

décharge PERSONNE1.) de la peine d'emprisonnement de 14 (quatorze) mois prononcée à son encontre par la juridiction de première instance,

condamne PERSONNE1.) du chef de l'infraction retenue à sa charge à une peine d'amende de 1.000 euros,

fixe la contrainte par corps en cas de non-paiement de cette amende à 10 (dix) jours,

dit qu'il n'y a pas lieu à affichage du jugement entrepris ou du présent arrêt dans l'auditoire du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, ni à son insertion par extraits dans des journaux,

décharge PERSONNE1.) de sa condamnation à payer au curateur de la société anonyme SOCIETE1.) SA la somme de 3.778.528,66 euros avec les intérêts légaux à partir du 4 septembre 2019, au titre de réintégration à la masse de la faillite de celle-ci,

condamne PERSONNE1.) aux frais de sa poursuite pénale en instance d'appel, ces frais liquidés à 23,80 euros,

dit la demande civile recevable mais non fondée,

laisse les frais de cette demande civile à charge de la demanderesse au civil.

Par application des textes de loi cités par les juges de première instance et par application des articles 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, composée de Madame Nathalie JUNG, président de chambre, de Monsieur Thierry SCHILTZ, conseiller, et de Madame Tessie LINSTER, 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 Madame Nathalie JUNG, président de chambre, en présence de Monsieur Christian ENGEL, avocat général, et de Madame Linda SERVATY, greffière.