Jugt no 1348/2013 ***not. 28412/10/CD***
cs/16

ex.p./s
étr.
publ.jugt.
(confisc.équiv.)

AUDIENCE PUBLIQUE DU 7 MAI 2013

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, chambre correctionnelle, a rendu le jugement qui suit :

Dans la cause du ministère public contre

X.),
né le (…) à (…),
demeurant à F-(…), (…);
actuellement détenu ;

F A I T S :

Par citation du **13 mars 2013,** le procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu de comparaître à l'audience publique du **11 avril 2013** devant le tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes :

I) faux et usage de faux ;
II) banqueroute simple ;
III) principalement : banqueroute frauduleuse, subsidiairement : abus de biens sociaux ;
IV) blanchiment ;
V) défaut de publication des bilans.

A cette audience le premier juge-président constata l'identité du prévenu **X.)** et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal.

Le témoin Axelle LHERITIER-ANDREI fut entendu en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du code d'instruction criminelle.

Le prévenu **X.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense, lesquels furent plus amplement développés par Maître Perrine LAURICELLA, en remplacement de Maître Sylvie KREICHER, avocats à la Cour, demeurant tous les deux à Esch/Alzette.

Le représentant du ministère public, Guy BREISTROFF, substitut du procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendu en son réquisitoire.

Le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour, date à laquelle le prononcé avait été fixé,

LE JUGEMENT QUI SUIT :

Vu l'information menée en cause par le juge d'instruction ainsi que les rapports et procès-verbaux dressés en cause.

Vu l'ordonnance de renvoi numéro 160/13 du 23 janvier 2013 de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, renvoyant le prévenu **X.)** du chef des infractions de faux, usage de faux et banqueroute frauduleuse, sinon abus de biens sociaux, par application de circonstances atténuantes, ainsi que du chef de banqueroute simple, de blanchiment et de défaut de publication des comptes annuels, devant une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.

Vu la citation à prévenu du 13 mars 2013 régulièrement notifiée à **X.)**.

AU PÉNAL

Aux termes de la citation à prévenu, ensemble l'ordonnance de renvoi, le ministère public reproche à **X.)**, comme auteur, sinon comme complice, entre le 20 octobre 2009 (date de la demande d'autorisation gouvernementale en vue de l'exercice d'une activité) et le 6 novembre 2009 (date portée sur le timbre de chancellerie), au ministère des classes moyennes, d'avoir commis un faux en ajoutant sur la demande en autorisation gouvernementale en vue de l'exercice d'une activité les mentions de l'objet social *« commerce import-export location véhicules neufs occasion GPS Multimédia etc... »*, du nom de la société **SOC1.)** s.àr.l., le numéro de matricule et l'adresse de la société **SOC1.)** s.àr.l. et d'avoir fait usage de ce faux en le faisant parvenir au ministère des classes moyennes en sachant que ce ministère lui avait retiré l'autorisation d'établissement établie en son nom propre pour défaut d'honorabilité professionnelle.

Le ministère public reproche à **X.)**, en sa qualité de dirigeant de fait ou de droit de la société **SOC1.)** s.àr.l., de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour:

- en infraction à l'article 574 6° du code de commerce, depuis août 2009, au siège de la société **SOC1.)** s.àr.l., ne pas avoir tenu pour la société **SOC1.)** s.àr.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du code de commerce et

de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du code de commerce,

- en infraction à l'article 574 4° du code de commerce, au moins depuis novembre 2009, au greffe du tribunal de commerce de Luxembourg, 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.

Le ministère public reproche ensuite à **X.)**, en sa qualité de dirigeant de fait ou de droit de la société **SOC1.)** s.àr.l., de s'être rendu coupable principalement de banqueroute frauduleuse, en infraction à l'article 577 du code commerce, et subsidiairement d'abus de biens sociaux, en infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciales, pour avoir procédé à deux prélèvements de 10.000 euros en date du 1er octobre 2009 et de 1.000 euros en date du 13 novembre 2009 à partir d'un compte de la société **SOC1.)** s.àr.l. ouvert dans les livres de la banque **BQUE1.)** LUXEMBOURG S.A.

Il est ensuite reproché à **X.)**, comme auteur de l'infraction primaire, en infraction de l'article 506-1 (3) du code pénal combiné à l'article 506-4 du même code, d'avoir détenu depuis le 1er octobre 2009, respectivement le 13 novembre 2009, la somme totale de 11.000 euros, sachant au moment où il recevait ce bien qu'il provenait d'une banqueroute frauduleuse.

Finalement le ministère public lui reproche, en sa qualité de dirigeant de fait ou de droit de la société **SOC1.)** s.àr.l., en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, depuis le 1er août 2008, respectivement le 1er août 2009, respectivement le 1er août 2010, au registre de commerce et des sociétés à Luxembourg, de ne pas avoir publié les bilans des années 2007, 2008 et 2009 dans le délai légal.

<u>En fait</u>

Les éléments du dossier répressif, l'instruction à l'audience ainsi que les déclarations du témoin Axelle LHERITIER-ANDREI ont permis d'établir les faits suivants :

X.) avait exercé le commerce d'import-export de véhicules en son nom propre sous l'enseigne « **SOC1.)** » pour lequel il avait obtenu une autorisation d'établissement en date du 20 mars 2006 et pour lequel il avait été inscrit au rôle des assujettis à la TVA en date du 15 août 2006. Le numéro TVA attribué à **X.)** avait été radié d'office le 27 janvier 2009 et par décision du 25 septembre 2009, le ministère des classes moyennes et du tourisme avait considéré **X.)** comme n'étant plus honorable professionnellement, de sorte qu'il avait révoqué l'autorisation lui délivrée en nom personnel.

Concomitamment à l'exercice du prédit commerce en son nom personnel sous l'enseigne « **SOC1.)** », **X.)** a constitué le 4 janvier 2007 pardevant le notaire Martine DECKER la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.àr.l. en sa qualité d'associé unique, ce même acte le nommant gérant unique de la société. L'objet social de la société était *« le commerce, l'import, l'export et la location de véhicules neufs et*

d'occasion, de GPS, de multimédia, LCD TV HOME AND CARS, de quads et atv, de véhicules de tout genre et autres marchandises ».

Suite à des contrôles effectués par la police grand-ducale, respectivement par l'administration de l'enregistrement, service anti-fraude, en date des 5 août 2009 et 7 septembre 2009, il fut constaté que **X.)**, en tant que gérant de la société **SOC1.)** s.àr.l., avait exercé l'activité de commerce de véhicules automoteurs sans que la société ne disposait d'une autorisation d'établissement. Par jugement du 18 novembre 2009, **X.)** fut condamné du chef de la prédite infraction à une peine d'emprisonnement de 12 mois et à une amende de 10.000 euros. Par ailleurs, le tribunal avait ordonné la fermeture de la société **SOC1.)** s.àr.l. pour une durée de cinq ans et avait ordonné la confiscation de quatre véhicules et des documents saisis en date du 7 septembre 2009. Suivant arrêt du 7 juillet 2010, la cour d'appel a réformé le prédit jugement en prononçant à l'égard de **X.)** une interdiction professionnelle de cinq ans et a confirmé le jugement pour le surplus.

En date du 7 septembre 2009, **X.)** a déposé au nom et pour le compte de la société **SOC1.)** s.àr.l. une demande en autorisation gouvernementale en vue de l'exercice de l'activité de « commerce ».

Par décision du 25 septembre 2009, le ministère des classes moyennes et du tourisme a considéré **X.)** comme n'étant plus honorable professionnellement et il a dès lors informé la société **SOC1.)** s.àr.l. qu'il ne faisait pas droit à sa demande d'autorisation.

Suivant demande datée du 20 octobre 2009, entrée au ministère des classes moyennes le 6 novembre 2009, **A.)** a sollicité une autorisation d'établissement au nom et pour le compte de la société **SOC1.)** s.àr.l.. Le ministère a informé la société **SOC1.)** s.àr.l. dans son courrier du 19 novembre 2009 que l'autorisation d'établissement sollicitée ne pourra être délivrée que lorsque **X.)** se sera entièrement retiré de la société.

Suivant cession des parts sociales du 18 décembre 2009, **X.)** a cédé l'intégralité des actions, dont 150 actions à **A.)** et 50 actions à son épouse, **B.)**. Par le même acte, **X.)** a démissionné de sa fonction de gérant unique avec effet au 4 janvier 2010 et **A.)** a été nommé gérant avec effet au 5 janvier 2010.

A.) a démissionné avec effet immédiat de son poste de gérant unique par lettre du 14 avril 2010.

Par jugement n° 1577/2010 du 22 octobre 2010, sur assignation du centre commun de la sécurité sociale, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a déclaré la société **SOC1.)** s.àr.l. en faillite et a nommé curateur Maître Axelle LHERITIER-ANDREI.

Suivant rapport d'activité du curateur du 17 janvier 2011, Maître Axelle LHERITIER-ANDREI a informé le parquet que l'ancien gérant **A.)** lui avait indiqué que **X.)** était le gérant précédent et qu'il est resté, par la suite, gérant de fait de la société **SOC1.)** s.àr.l. Elle a précisé qu'elle n'a pas réussi à contacter **X.)**, ni l'autre associée de la

société **SOC1.)** s.àr.l. **B.)**, épouse de **X.)**. Elle est finalement d'avis que **X.)** est entièrement responsable de la faillite.

<u>En droit</u>

- **<u>L'infraction de faux et d'usage de faux</u>**

Le ministère public reproche à **X.)** d'avoir falsifié la demande en autorisation gouvernementale en vue de l'exercice d'une activité datée du 20 octobre 2009 et d'avoir fait usage de ce faux entre le 20 octobre 2009 et le 6 novembre 2009.

Il échet de rappeler que le 25 septembre 2009, la société **SOC1.)** s.àr.l. s'est vue refuser la délivrance de l'autorisation d'établissement requise par **X.)** au motif que ce dernier n'est plus à considérer comme honorable professionnellement. Une nouvelle demande datée du 20 octobre 2009 a été introduite par **A.)** au nom et pour le compte de la société **SOC1.)** s.àr.l. Le 19 novembre 2009, le ministère des classes moyennes a de nouveau refusé la délivrance de l'autorisation tant que **X.)** était encore associé unique. Sur ce, une cession des parts sociales datée du 18 décembre 2009 a été déposée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg, aux termes de laquelle **X.)** a cédé l'intégralité des actions, dont 150 actions à **A.)** et 50 actions à son épouse **B.)**. Par le même acte, **X.)** a démissionné de sa fonction de gérant unique avec effet au 4 janvier 2010 et **A.)** a été nommé gérant avec effet au 5 janvier 2010. Malgré que le mandataire de la société **SOC1.)** s.àr.l. a relancé le ministère des classes moyennes par lettre du 15 février 2010, aucune autorisation ne fut délivrée à la société.

L'infraction de faux telle que libellée à l'article 196 du code pénal suppose la réunion de quatre éléments constitutifs :

a) une écriture prévue par la loi pénale,
b) un acte de falsification,
c) une intention frauduleuse ou une intention de nuire,
d) un préjudice ou une possibilité de préjudice.

La demande d'autorisation signée par **A.)** constitue une écriture privée qui dispose, en raison de son contenu et de sa forme, d'une valeur de crédibilité et d'une présomption de sincérité. Elle a pour objet de solliciter une autorisation d'établissement au nom et pour le compte de la société dont le nom y figure, à savoir en l'espèce la société **SOC1.)** s.àr.l. Il s'agit dès lors d'un écrit protégé par la loi pénal.

En ce qui concerne la condition de l'acte de falsification, il faut relever qu' *« est constitutive d'un faux en écriture par fausse signature, l'obtention par surprise d'une signature vraie. Celui qui inscrit des montants exorbitants sur des chèques ne correspondant dans une large mesure à aucune contrepartie réelle commet une altération, non de l'écriture et de la forme matérielle des chèques, mais de leur substance respectivement des indications qu'ils étaient censés contenir. Ainsi, les signatures même matériellement vraies apposées sur les chèques préétablis, ne peuvent ôter à ces écrits leur caractère de faux, dès lors qu'il est constaté que c'est frauduleusement que le prévenu les a fait apposer et qu'ils relatent une fausse*

expression, altérant la pensée du signataire de l'écrit dont la signature a été obtenue par surprise » (Cour 11 janvier 2006, P. 33, 315).

En l'espèce, suivant les déclarations de **A.)**, il était persuadé que la demande d'autorisation devait être faite au nom et pour le compte d'une nouvelle société à créer par lui et l'épouse de **X.)**, avec la dénomination **SOC2.)**.

Le tribunal constate que le formulaire de la demande en autorisation gouvernementale datée du 20 octobre 2009 contient des écritures différentes. Compte tenu des déclarations de **A.)** et des spécimens de son écriture, annexés au procès-verbal du 26 mai 2011 établi par la police grand-ducale du commissariat de proximité de Roeser, il est clair que **A.)** a lui-même rempli les cases relatives à ses données personnelles (nom, prénom, matricule, date et lieu de naissance, état civil, nationalité, domicile) et qu'il a daté et signé la demande. Par contre les rubriques relatives à l'activité et à l'identité de la société concernée ont été remplies par une autre personne.

X.) a admis tant devant le juge d'instruction qu'à l'audience que les rubriques relatives à l'activité et à l'identification de la société avaient été remplies par lui. Il a cependant prétendu qu'il avait rempli la demande en présence de **A.)** et que ce dernier était au courant que la demande avait été faite au nom et pour le compte de la société **SOC1.)** s.àr.l.

Dans son audition devant la police le 25 mai 2011, **A.)** a déclaré que **X.)** lui avait remis la demande d'autorisation pour qu'il la remplisse. Il a précisé qu'au moment de la remettre à **X.)**, les cases relatives à la société étaient vides et que le document était destiné à l'obtention d'une autorisation d'établissement pour une nouvelle société dénommée **SOC2.)** s.àr.l. Il a encore ajouté qu'il n'avait jamais postulé pour le poste de gérant technique dans la société **SOC1.)** s.àr.l.

Le tribunal relève qu'en cas de contestation par le prévenu, le code d'instruction criminelle adopte le système de la libre appréciation de la preuve par le juge qui forme son intime conviction librement sans être tenu par telle preuve plutôt que par telle autre. Il interroge sa conscience et décide en fonction de son intime conviction (cf. FRANCHIMONT, Manuel de procédure pénale, page 764).

Le juge répressif apprécie souverainement, en fait, la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde son intime conviction (cf. Cass. belge, 31 décembre 1985, Pas. Bel. 1986, I, 549).

Cependant, si le juge pénal peut fonder sa décision sur l'intime conviction, il faut cependant que celle-ci résulte de moyens de preuve légalement admis et administrés en la forme. En d'autres termes, sa conviction doit être l'effet d'une conclusion, d'un travail préliminaire de réflexion et de raisonnement, ne laissant plus de doute dans l'esprit d'une personne raisonnable.

En l'espèce, le tribunal relève que la demande d'autorisation a été faite le 20 octobre 2009 au nom de la société **SOC1.)** s.àr.l. avec indication de *« changement de gérant »*, alors que ce changement de gérant n'a été opéré postérieurement qu'en vertu de la cession des parts sociales du 18 décembre 2009, suite au refus du

ministère des classes moyennes du 19 novembre 2009 de faire droit à la prédite demande d'autorisation.

X.) n'explique nullement comment **A.)** aurait pu être d'accord de solliciter une telle autorisation sans pour autant avoir été nommé réellement gérant de la société **SOC1.)** s.àr.l. Les déclarations de **A.)** à ce sujet sont plus crédibles, dans la mesure où il est concevable de solliciter une demande d'autorisation préalablement à la création d'une nouvelle société.

Il faut ajouter, que suite au refus du 19 novembre 2009 du ministère des classes moyennes, il y a certes eu une cession de parts sociales avec changement de gérant qui a été déposée le 18 décembre 2009 au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg. Or **A.)** a contesté lors de son audition devant la police avoir signé un tel document. Il s'est en effet avéré, suite à la perquisition effectuée le 11 mars 2011 par le juge d'instruction auprès du registre de commerce et des sociétés, que l'original de cette cession n'a jamais été déposé au registre de commerce et des sociétés, seulement un exemplaire non signé a pu être saisi. **X.)** n'a pas non plus été à même de justifier de l'existence d'un exemplaire signé.

Le tribunal note en plus que suite à cette cession de parts sociales, Maître KREICHER s'est enquise du sort de la demande d'autorisation auprès du ministère des classes moyennes. Il faut tout d'abord constater que **A.)** a contesté devant la police avoir chargé cette avocate d'une telle mission. Il ressort par ailleurs du courrier même de cette avocate daté du 15 février 2010 qu'elle se réfère à *« Affaire **X.)**/DEFAUT D'AUTORISATION DE FAIRE LE COMMERCE »*, alors qu'à ce moment, selon les termes de la prédite cession de parts sociales, **X.)** était néanmoins complètement sorti de la société.

Tous ces éléments permettent de conclure que les démarches faites suite au refus de la part du ministère des classes moyennes ont été effectuées par **X.)** et ils viennent confirmer les déclarations de **A.)**, à savoir qu'il n'était pas au courant d'un changement de gérant au sein de la société **SOC1.)**.

Le tribunal a acquis ainsi l'intime conviction que **X.)** a rempli les rubriques relatives à l'activité et à l'identité de la société en dehors de la présence de **A.)**, tel qu'affirmé par celui-ci, et que cette demande n'était pas censée contenir des indications quant à la société existante **SOC1.)** s.àr.l., mais des indications par rapport à la société **SOC2.)** s.àr.l. que les parties devaient créer ensemble.

L'intention frauduleuse de **X.)** est manifeste, étant donné qu'il entendait continuer son commerce d'achat et de revente de véhicules, ce qui ne fut plus possible ni en son nom personnel, ni en sa qualité de gérant de la société **SOC1.)** s.àr.l. Le changement de gérant au sein de la société **SOC1.)** s.àr.l. constituait la seule alternative possible, dans la mesure où ni **X.)**, ni **A.)** ne disposaient des fonds nécessaires pour créer une nouvelle société. Ce changement de gérant déclaré dans la demande d'autorisation et opéré par la suite par **X.)** a été fait à l'insu et dès lors au préjudice de **A.)**.

Les éléments constitutifs de l'infraction de faux sont dès lors réunis quant à la demande d'autorisation datée du 20 octobre 2009 qui fut déposée au ministère des

classes moyennes en date du 6 novembre 2009, de sorte que **X.)** est encore convaincu de l'infraction d'usage de faux.

- **<u>Les infractions de banqueroute frauduleuse et simple</u>**

Les infractions de banqueroute frauduleuse et simple supposent que l'auteur des faits incriminés est commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il est en état de cessation de paiements, c'est-à-dire de faillite. Ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels par les juridictions répressives (cf. GARRAUD, Traité du Droit pénal français, t.6, n°2667).

Le juge répressif, pour la déclaration de la banqueroute, et le juge commercial, pour la déclaration de faillite, doivent apprécier les mêmes faits, selon les mêmes critères, à savoir : la qualité de commerçant, l'état de cessation des paiements et l'ébranlement du crédit. Ils le font indépendamment l'un de l'autre et sans être liés par la décision de l'autre.

1) <u>Qualité de commerçant</u>

En principe, seuls les commerçants peuvent être déclarés en état de faillite.

Les dirigeants de personnes morales peuvent en raison de leur activité, être condamnés du chef de banqueroute, bien qu'ils ne soient pas eux-mêmes commerçant. Il peut s'agir de dirigeants de fait (cf. Gaston SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, sub art 489-490, n°10 et références citées). Il appartient au juge répressif de rechercher la personne physique, organe ou préposé, sur laquelle pèse la responsabilité pénale d'une infraction commise par une société commerciale (Cass. belge, 1 octobre 1974, Pas. 1974, I, p. 34).

La doctrine définit le dirigeant de fait comme « *toute personne physique ou morale qui, assumant les fonctions et les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit, exerce en fait, en toute souveraineté et indépendance, une activité positive de gestion et de direction »* (cf. J.-L. JASPAR et A. DE SMETH, "La notion de gérant de fait", *J.T.*, 1984, p. 645 ; P.Van Ommeslaghe et X. Dieux, "Examen de jurisprudence - Les sociétés commerciales (1979 à 1990)", *R.C.J.B.*, 1993, p.791).

Lors de la constitution de la société le 4 janvier 2007, **X.)** était associé et gérant unique. Ce n'est que suite et en raison du refus du ministère des classes moyennes d'accorder une autorisation d'établissement à la société **SOC1.)** s.àr.l., qu'en vertu d'une cession de parts sociales du 18 décembre 2009, **X.)** a cédé toutes ses parts dans la société **SOC1.)** s.àr.l. et qu'il a démissionné de sa fonction de gérant unique avec effet au 4 janvier 2010.

Il résulte des développements faits dans le cadre de l'infraction de faux et d'usage de faux que le changement de gérant avait été opéré à l'insu de **A.)**. Conformément aux déclarations de **A.)** faites devant la police, il n'avait jamais signé la cession de parts sociales et il n'avait eu connaissance du fait qu'il avait été nommé gérant que lorsqu'il avait reçu le 29 mars 2010 une lettre d'un huissier de justice lui réclamant la somme d'environ 20.000 euros en sa qualité de gérant de la société **SOC1.)** s.àr.l.

Devant le juge d'instruction, **X.)** a expliqué que la cession de parts sociales avec changement de gérant a été faite, étant donné que *« le ministère des classes moyennes le voulait »*. Il a précisé que son épouse a acquis des parts sociales *« pour que quelqu'un de nous reste associé »* et qu'il n'a jamais réclamé de l'argent à **A.)** pour la cession des parts sociales, étant donné qu' *« il est venu dans la société avec son autorisation »* et que *« le but était de travailler ensemble »*.

A l'audience du 11 avril 2013, **X.)** admet qu'il continuait à assumer la fonction de gérant de la société après janvier 2010 jusqu'à la date de la faillite du 22 octobre 2010, tout en prétendant que la société n'avait plus d'activité. Il admet encore que lui seul avait une procuration sur le compte bancaire de la société **SOC1.)** s.àr.l. et que **A.)** n'en disposait jamais.

Il résulte ainsi des éléments du dossier que **X.)** était gérant de droit de la société **SOC1.)** s.àr.l. jusqu'au 4 janvier 2010 et qu'il est resté suite à cette date jusqu'au jugement déclaratif de faillite, gérant de fait de la société.

En sa qualité de gérant de droit, puis de fait de la société **SOC1.)** s.àr.l., **X.)** est à considérer comme commerçant au sens des dispositions précitées et peut partant, en cette qualité, être poursuivi du chef de l'infraction de banqueroute.

2) Etat de faillite

En application du principe de l'autonomie du droit pénal à l'égard du droit commercial, le juge répressif n'est pas tenu 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 données sans être tenue par les constatations du tribunal de commerce. Ainsi, l'action publique du chef de banqueroute est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale.

Conformément à l'article 437 alinéa 1er du code de commerce, l'état de faillite se caractérise par la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit.

• La **cessation de paiement** consiste dans l'impossibilité constatée devant laquelle se trouve un débiteur pour faire face à ses engagements (TA Lux., 15 juillet 1992, n° 41412). Elle ne doit pas être absolument générale ; le défaut de paiement d'une seule dette suffit à établir la cessation des paiements, la loi ne subordonnant nullement la faillite à l'arrêt de tous les paiements ou même de leur généralité (TA Lux., 27 mars 1992, n° 147/92). Il suffit que le prévenu ne parvienne pas à se maintenir à flot. La cessation des paiements est indépendante de l'éventuelle suffisance de l'actif. Ainsi, le fait que l'actif du débiteur soit supérieur à son passif au jour du jugement déclaratif n'empêche pas que ce débiteur puisse être en état de cessation des paiements si, en fait, il ne paie pas ses dettes (CSJ, 28 janvier 1998, n° 15508).

A l'audience du 11 avril 2013, le curateur Maître Axelle LHERITIER-ANDREI déclare que la société **SOC1.)** s.àr.l. disposait d'un actif de 17,60 euros sur un compte bancaire, tandis que le passif était de 351.601,23 euros suivant déclarations de

créance. Elle estime qu'une déclaration de créance d'un montant de 221.466 euros n'est pas justifiée qu'elle n'entend pas accepter, de sorte que le passif non-contesté de sa part se chiffre à 130.135,23 euros.

Il ressort encore des pièces versées au dossier répressif que les cotisations de la sécurité sociale restaient impayées depuis mars 2008, que le centre commun de la sécurité sociale a rendu exécutoire le 12 février 2010 une contrainte d'un montant du 13.350,01 euros à l'égard de la société **SOC1.)** s.àr.l. et que, suivant procès-verbal de carence du 4 mai 2010, le centre commun de la sécurité sociale n'a pas pu récupérer le prédit montant auprès de la société débitrice.

Suivant procès-verbal du 19 avril 2010 établi par l'administration de l'enregistrement et des domaines, service anti-fraude, **X.)**, ayant exercé d'abord à titre personnel sous l'enseigne commercial **SOC1.)** et ensuite en tant que gérant de la société **SOC1.)** s.àr.l., n'avait pas remis de déclarations annuelles TVA des exercices 2008 et 2009. La société **SOC1.)** s.àr.l. a dès lors fait l'objet d'une taxation d'office et suivant bulletin d'impôt notifié le 25 novembre 2009, le montant redû s'élèvait à 98.714,48 euros.

Au vu de ces éléments, il faut constater que la société **SOC1.)** s.àr.l. était confrontée à des dettes et qu'elle n'avait pas de liquidités pour les honorer.

La société **SOC1.)** s.àr.l. avait dès lors cessé ses paiements.

• L'**ébranlement du crédit** peut provenir tant de l'impossibilité d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes, c'est-à-dire pour mettre fin à la cessation de paiements, que du refus des créanciers d'accorder des délais de paiement ; l'ébranlement du crédit implique un élément supplémentaire à la cessation de paiement, qui est le refus de tout crédit par les créanciers, par les fournisseurs et par les bailleurs de fonds, en raison d'une carence notoire (TA Lux. (com.), 7 juin 1985, faillite n° 31/85 ; TA Lux (com.), 20 juin 1986, n° 36964 du rôle). Ainsi, l'ébranlement du crédit, qui n'est qu'une modalité que la cessation des paiements doit revêtir pour justifier une déclaration de faillite, peut provenir tant de l'impossibilité pour le créancier d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes que du refus des créanciers de lui accorder des délais de paiement (TA Lux., 29 janvier 1988, n° 57/88).

En faisant assigner en faillite la société **SOC1.)** s.àr.l. par exploit d'huissier du 23 septembre 2010, le centre commun de la sécurité sociale n'accordait plus aucun délai de paiement à la société, de sorte qu'il y a eu ébranlement du crédit commercial.

La société **SOC1.)** s.àr.l. se trouvait partant en état d'ébranlement de crédit et, par voie de conséquence, en état de faillite.

3) <u>La date de la cessation de paiements</u>

Il échet de déterminer l'époque de la cessation des paiements.

En effet, la date retenue par le jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par cette juridiction de la cessation des paiements sont sans

effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (cf. Cass. belge 14 avril 1975, Pas. I, p. 796), mais il n'est pas interdit au juge répressif d'adopter cette date, s'il l'estime exacte, sans toutefois se contenter de s'y référer (cf. Gaston SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, sub art 489-490, n°11).

Dans le jugement de faillite du 22 octobre 2010, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 22 avril 2010.

Il résulte des éléments énoncés ci-avant que déjà bien avant l'assignation en faillite du 23 septembre 2010, la société ne payait plus ses dettes, notamment les cotisations sociales, depuis le mois de mars 2008. Il y a lieu de fixer la date de cessation des paiements au 12 février 2010, date à laquelle la contrainte du centre commun de la sécurité sociale a été rendue exécutoire par le président du comité-directeur.

Quant aux infractions de banqueroute simple

A. quant au non-respect de l'obligation de tenir les livres de commerce et l'inventaire

Il est reproché au prévenu sub II.A) dans la citation, par infraction à l'article 574 6° du code de commerce, de ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire exigés par le code du commerce.

La tenue d'une comptabilité, soit dans un livre-journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, relève de la responsabilité du ou des dirigeants de la société.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 6° du code de commerce, 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 (R.P.D.B., v° « Faillite et Banqueroute », n° 2620 et Cour d'appel lux. 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI).

A l'audience, le curateur confirme qu'il n'a récupéré aucune comptabilité.

Dans le cadre de l'instruction menée par le juge d'instruction, l'administration de l'enregistrement et des domaines l'a informé par courrier du 13 novembre 2012 que lors du contrôle en date du 7 septembre 2009, elle a saisi les documents comptables suivants :

- extraits bancaires **BQUE1.)** janvier 2007 à juillet 2009 (4 classeurs),
- extraits relevés VISA **BQUE1.)** (1 classeur),
- 22 classeurs dont lesquels se trouvent des factures d'achat et de vente, des documents de transport et tous autres frais divers quelconques,
- un relevé caisse datant de janvier à août 2009.

Il en ressort que les pièces comptables ont été rangées et classées et qu'il y a eu une certaine comptabilité qui a été tenue jusqu'en août 2009, mais aucun document comptable postérieur à cette date n'a pu être récupéré.

Devant le juge d'instruction, **X.)** a admis qu'après août 2009, aucune comptabilité n'a été tenue jusqu'à la date de la faillite le 22 octobre 2010.

A l'audience **X.)** affirme avoir toujours remis tous les documents au comptable jusqu'en septembre 2009. Suite à la saisie de tous les documents comptables, la société **SOC1.)** s.àr.l. aurait arrêté toute activité.

Il résulte à l'abri de tout doute de ce qui précède qu'à partir d'août 2009 jusqu'à la date de la faillite, les livres comptables de la société n'ont plus été tenus et qu'aucun inventaire n'a été dressé.

Il y a dès lors lieu de retenir le prévenu dans les liens de la prévention lui reprochée.

B. quant à l'omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai légal

Le ministère public reproche à **X.)** sub II.B) dans la citation de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal.

Aux termes de l'article 440 du code de commerce, tout commerçant et toute société commerciale qui cesse ses paiements doit dans le mois en faire l'aveu au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de son domicile ou de son siège social.

Lors de l'audience du 11 avril 2013, **X.)** admet que, suite à la cessation de l'activité de la société **SOC1.)** s.àr.l. en septembre 2009, il aurait été préférable de procéder à une clôture en bonne et due forme.

L'omission de l'aveu de cessation des 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 (cf. Cour 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibérée ou le résultat d'une simple négligence (en ce sens Cour 12 juillet 1994, n° 270/94).

Tel que retenu ci-avant, l'époque de la cessation des paiements est fixée au 12 février 2010.

Il est constant en cause que le prévenu ne s'est jamais rendu au greffe du tribunal de commerce, bien qu'il ait été obligé de ce faire, par application du texte légal au cas d'espèce, entre le 12 février 2010 et le 12 mars 2010.

Il y a partant lieu de retenir qu'à partir du 12 mars 2010, **X.)**, en sa qualité de gérant de fait de la société **SOC1.)** s.àr.l., a violé l'article 440 du code de commerce auquel renvoie l'article 574 4° du code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal.

Les prédites infractions établies à charge du prévenu constituent des cas de banqueroute simple facultative.

Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé et établi doit être sanctionné en tenant compte, par exemple, de la gravité de la faute commise, du préjudice causé ou de la position du failli (Gaston SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, sub art 489-490, n°13 et références citées). La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges appartient aux juridictions de jugement (cf. R.P.D.B., v° « Faillite et Banqueroute », n° 2591 et 2592).

Il est certes vrai, comme le fait plaider le mandataire de **X.)**, que son client se voit reprocher la non-tenue de la comptabilité et le défaut d'aveu de la faillite à partir d'un moment où il est constant en cause que la société **SOC1.)** s.àr.l. ne poursuivait plus d'activité.

Il faut cependant replacer ces faits dans leur contexte, à savoir que la société **SOC1.)** s.àr.l. s'est retrouvée dans cette situation de cessation des activités en raison du seul comportement irresponsable de son gérant et associé unique, respectivement de son gérant de fait **X.)**. Notamment le désintérêt de **X.)** au niveau de la gestion administrative et de la tenue de la comptabilité de la société, et ce dès le début de la création de la société, est manifeste. Le tribunal estime que ce fait de banqueroute simple facultative encourt dans le chef de **X.)** la sanction prévue par la loi.

Quant à l'infraction de banqueroute frauduleuse, sinon d'abus de biens sociaux

Le ministère public reproche à **X.)** sub III) dans la citation, principalement, en infraction à l'article 577 du code de commerce, d'avoir détourné puis dissimulé les sommes d'argent de 10.000 euros et de 1.000 euros, prélevées sur le compte bancaire de la société **SOC1.)** s.àr.l. détenu auprès de la banque **BQUE1.)** LUXEMBOURG S.A. en date des 1er octobre et 13 novembre 2009, et subsidiairement, en infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciales, d'avoir de mauvaise foi fait des prédites sommes un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de la société **SOC1.)** s.àr.l.
Aux termes de l'article 577 du code de commerce, sera déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui a détourné ou dissimulé une partie de son actif.

Tout acte de disposition volontaire accompli sur le patrimoine du débiteur après la cessation des paiements, en fraude des droits des créanciers, constitue le délit de banqueroute par détournement d'actif (Cass fr. 11 mai 1995, JCP 1995, IV, no 2053).

En principe, les détournements commis avant l'époque de la cessation de paiement seront qualifiés 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. Si les faits peuvent recevoir la qualification d'abus de biens sociaux et de banqueroute, c'est la qualification de banqueroute qui devra être retenue, en vertu du principe de la spécialité.

Il incombe au tribunal de fixer l'époque de la cessation des paiements. En effet, la date retenue par le jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la

fixation par ce tribunal de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (TA Lux. 26 mars 1987, n° 601/87), mais il n'est pas interdit au juge répressif d'adopter cette date, s'il l'estime exacte.

Il résulte des développements faits ci-avant que la date de cessation de paiement est à fixer au 12 février 2010, date à laquelle la contraiente du centre commun de la sécurité sociale a été rendue exécutoire.

Les prélèvements incriminés ont eu lieu le 1er octobre et le 13 novembre 2009, soit avant la cessation de paiement. Il ne ressort pas des éléments du dossier répressif que les prélèvements de la somme totale de 11.000 euros ont conduit directement à la cessation de paiement, de sorte que **X.)** est à acquitter de l'infraction de banqueroute frauduleuse.

Il y a partant lieu d'acquitter **X.)** de l'infraction :

« comme auteur, sinon comme complice,

le 1er octobre 2009, respectivement le 13 novembre 2009, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

*en sa qualité de dirigeant de fait ou de droit de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.àr.l., en faillite, constituée le 4 janvier 2007 par-devant Maître Martine DECKER, notaire de résidence à Hesperange, établie et ayant eu son dernier siège social à L-*(…)*,* (…)*, immatriculée au RCS sous le numéro B*(…)*, déclarée en faillite par jugement commercial n°1577/2010 (faillite n°674/2010) du 22 octobre 2010 de la 2ème chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,*

principalement en infraction à l'article 577 du code de commerce, puni des peines comminées par l'articles 489, alinéa 3 et 4 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 sa qualité de dirigeant de la société **SOC1.)** s.àr.l., établie et ayant eu son dernier siège social à L-*(…)*,* (…)*, pour avoir détourné puis dissimulé une partie de son actif, en effectuant deux retraits en liquide à partir du compte IBAN LU*(…) *de la société **SOC1.)** s.àr.l. ouvert dans les livres de la banque **BQUE1.)** LUXEMBOURG S.A. :*

- *le 1er octobre 2009, au prélèvement du montant de 10.000 euros,*
- *le 13 novembre 2009, au prélèvement de 1.000 euros. »*

Le ministère public a libellé à titre subsidiaire l'infraction d'abus de biens sociaux à l'encontre du prévenu.

L'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales vise les dirigeants de société, de droit ou de fait, qui, de mauvaise foi, auront fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

Les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux sont donc les suivants :

1) la qualité de dirigeant,
2) un usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt social,
3) un usage dans un but personnel ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle on est intéressé directement ou indirectement,
4) la mauvaise foi.

Au moment des prélèvements des 1er octobre et 13 novembre 2009, **X.)** était encore gérant de droit de la société **SOC1.)** s.àr.l.

Il ressort du procès-verbal du 20 septembre 2012 du commissariat de proximité de la police grand-ducale de Roeser, ensemble l'analyse du compte courant de la société **SOC1.)** s.àr.l. lequel fut utilisé pour le fonctionnement de la société, que la société a cessé de fonctionner après août 2009. En effet, jusqu'à cette date le compte présentait régulièrement des opérations pour l'achat et la revente de véhicules, ce qui ne fut plus le cas après cette date. En date du 1er octobre 2009, un prélèvement de 10.000 euros a été effectué et le 13 novembre 2009, la somme de 1.000 euros a été transférée sur le compte de **X.)**.

A l'audience du 11 avril 2013, **X.)** réitère ses déclarations faites devant le juge d'instruction en ce qui concerne l'arrêt des activités de la société, suite aux saisies effectuées par l'administration de l'enregistrement et des domaines en date du 3 septembre 2009. Il ne sait néanmoins pas fournir d'explications quant au retrait des deux montants de 10.000 euros et 1.000 euros en date des 1er octobre et 13 novembre 2009. Il déclare cependant qu'il avait mis beaucoup d'argent dans la société, de sorte qu'il se sentait en droit d'en retirer également.

Il est constant en cause que seul **X.)** disposait d'une procuration sur le compte de la société **SOC1.)** s.àr.l. En s'appropriant des fonds de la société en contrepartie d'un prétendu apport fait antérieurement, mais non documenté, **X.)** a fait un usage de fonds appartenant à la société qui était contraire à l'intérêt social et qui était uniquement fait dans un but personnel.

En ce qui concerne la mauvaise foi, elle doit s'apprécier au moment où les actes incriminés ont été commis ; elle se déduira généralement des circonstances ayant entouré l'opération incriminée (Cass. Crim. 6 mars 1970, JCP 971, II, 16813 ; Cass. Crim. 6 octobre 1980, D 1981, IR, 144).

En l'espèce, le tribunal constate que **X.)** n'a d'une part jamais avancé une quelconque justification quant aux prélèvements de la somme totale de 11.000 euros et d'autre part il devait nécessairement savoir qu'il n'était pas autorisé à prélever des fonds de la société à sa guise, en contrepartie d'un apport non autrement documenté. Il ne fait dès lors pas de doute que **X.)** a agi de mauvaise foi et en connaissance de cause.

Le prévenu est partant à retenir dans la prévention d'abus de biens sociaux en ce qui concerne les montants de 10.000 euros et 1.000 euros.

- **<u>L'infraction de blanchiment</u>**

Le ministère public reproche à **X.)** sub IV) dans la citation, en infraction de l'article 506-1 (3) du code pénal combiné à l'article 506-4 du même code, d'avoir détenu depuis le 1er octobre 2009, respectivement le 13 novembre 2009, la somme totale de 11.000 euros, sachant au moment où il recevait ce bien, qu'il provenait d'une banqueroute frauduleuse.

Compte tenu du fait que le tribunal n'a pas retenu ci-dessus l'infraction de banqueroute frauduleuse libellée en ordre principal, mais l'abus de biens sociaux libellé en ordre subsidiaire, il y a lieu d'examiner l'infraction de blanchiment par rapport à l'infraction primaire d'abus de biens sociaux.

Aux termes de l'article 506-1 (3) du code pénal, sont punis d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 1.250 euros à 1.250.000 euros, ou de l'une de ces peines seulement, ceux qui ont acquis, détenu ou utilisé des biens visés à l'article 32-1, alinéa premier, sous 1), formant l'objet ou le produit, direct ou indirect, des infractions énumérées au point 1) de cet article ou constituant un avantage patrimonial quelconque tiré de l'une ou de plusieurs de ces infractions, sachant, au moment où ils les recevaient, qu'ils provenaient de l'une ou de plusieurs des infractions visées au point 1) ou de la participation à l'une ou plusieurs de ces infractions.

L'article 506-1 (1) du code pénal prévoit expressément que toute autre infraction punie d'une peine privative de liberté d'un minimum supérieur à six mois rentre dans le champ d'application de cet article.

L'infraction d'abus de biens sociaux est punie d'une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et tombe par conséquent dans le champ d'application de l'article 506-1 du code pénal.

Il y a lieu de relever que l'article 506-4 du code pénal prévoit expressément que « *les infractions visées à l'article 506-1 sont également punissables, lorsque l'auteur est aussi l'auteur ou le complice de l'infraction primaire* ».

X.) peut ainsi en tant qu'auteur de l'infraction d'abus de biens sociaux retenue à sa charge également être poursuivi comme auteur du blanchiment au sens de l'article 506-1 du code pénal.

Par ailleurs l'article 506-1 du code pénal stipule qu'il suffit que l'auteur ait acquis, détenu ou utilisé le produit de l'infraction primaire tout en sachant que l'objet provenait d'une infraction prévue à l'article 506-1 (1).

Le but de cette acquisition, détention ou utilisation est partant sans incidence du moment que l'auteur connaissait l'origine du produit.

Il ressort en l'espèce des éléments du dossier répressif que **X.)** a détenu et utilisé les montants de 10.000 euros et de 1.000 euros, objets de l'infraction d'abus de biens sociaux commis par lui-même.

X.) savait pertinemment que cet argent provenait de l'infraction d'abus de biens sociaux et pourtant, il a intentionnellement utilisé l'argent détourné à des fins privées.

L'infraction à l'article 506-1 (3) du code pénal est partant à retenir à charge de **X.)**.

- **<u>L'infraction du défaut de publication des comptes annuels</u>**

Le ministère public reproche à **X.)**, par infraction à l'article 163 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir fait procéder à la publication des comptes annuels au registre de commerce et des sociétés dans les délais légaux.

Il ne résulte d'aucun extrait du registre de commerce et des sociétés de Luxembourg relatif à la société **SOC1.)** s.àr.l. que les comptes annuels pour les exercices 2008, 2009 et 2010 ont été déposés.

Suivant déclarations du prévenu, il aurait confié cette tâche au comptable qui lui aurait assuré qu'il allait procéder à la publication des bilans.

L'existence d'une infraction requiert, outre un élément matériel, un élément moral ; dans le silence de l'article 163.2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur l'élément moral requis, cet élément, la faute, consiste dans la transgression matérielle de la disposition légale commise librement et consciemment ; le gérant ou l'administrateur qui n'a pas fait procéder à la publication requise par la loi est présumé se trouver en infraction par suite du seul constat de cette omission, qui constitue la faute infractionnelle ; il peut renverser cette présomption en faisant valoir qu'il n'a pas agi librement et consciemment, c'est-à-dire en rendant crédible une cause de justification (Cour de cassation, 25 février 2010, n° 11/2010 pénal ; également en ce sens : Cour, 20 mars 2012, n°163/12).

X.), en sa qualité de gérant de droit et ensuite de gérant de fait de la société **SOC1.)** s.àr.l., n'a pas fait procéder à la publication des bilans de la société pour les exercices 2008 à 2010.

Conformément à la jurisprudence citée ci-dessus, **X.)** est dès lors présumé se trouver en infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915.

Aux termes de cette même jurisprudence, il appartient au prévenu, s'il le souhaite, de rendre crédible une cause de justification, en faisant valoir qu'il n'a pas agi librement et consciemment lorsqu'il a omis de se conformer aux obligations légales et, ensuite, *« au ministère public d'établir que ces explications ne sauraient valoir cause de justification »* (Cour, 20 mars 2012, n°163/12), étant précisé que *« la mise en mouvement de l'action publique ne se traduit dès lors pas non plus par une dérogation au principe qui veut que la partie publique établisse l'infraction dans ses divers éléments constitutifs et prouve la culpabilité des prévenus »* (*ibid.*).

A titre de justification de son omission de se conformer aux dispositions légales, **X.)** fait valoir qu'il avait confié cette tâche à son comptable.

Il convient cependant de rappeler que la publication des bilans est une obligation personnelle à charge des dirigeants, ceux-ci ne peuvent déléguer cette responsabilité à des tiers. S'ils font appel à des tiers, tel un comptable, pour procéder aux démarches, il ne leur incombe pas moins de surveiller que ces démarches soient effectivement et correctement réalisées par ce tiers.

X.) en sa qualité de gérant aurait donc dû surveiller que les démarches soient réalisées. En omettant de ce faire, il doit être retenu dans les liens de l'infraction qui lui est reprochée. En effet, les explications avancées par **X.)**, outre le fait de ne pas témoigner d'une inconscience dans son chef ni quant à l'existence des dispositions légales violées, ni quant aux conséquences de l'omission de se conformer aux dispositions légales, ne sauraient constituer une cause de justification dans son chef.

- **<u>La peine et les autres mesures</u>**

X.) est partant **convaincu** par les éléments du dossier répressif :

« comme auteur ayant lui-même exécuté les infractions,

I. ***entre le 20 octobre 2009, date portée sur le document intitulé « Demande en autorisation gouvernementale en vue de l'exercice de l'activité suivante » et portant le numéro d'enregistrement « MCM 0000131745 » et la date du 6 novembre 2009, date portée sur le timbre de la chancellerie, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au Ministère des Classes Moyennes sis 6, boulevard Royal, L-2449 Luxembourg,***

en infraction aux articles 193, 196 et 197 du code pénal, dans une intention frauduleuse, avoir commis un faux en écritures privées, par addition de déclarations que ces actes avaient pour objet de recevoir, et d'avoir fait usage de ce faux,

en l'espèce, dans une intention frauduleuse, d'avoir fait un faux par addition de déclarations sur le document intitulé « Demande en autorisation gouvernementale en vue de l'exercice de l'activité suivante » et portant le numéro d'enregistrement « MCM 0000131745 », en y ajoutant notamment l'objet social « commerce import-export location véhicules neufs occasion GPS Multimédia etc... », le nom de la société SOC1.) s.àr.l., le numéro de matricule et l'adresse de la société SOC1.) s.àr.l., et d'avoir fait usage de ce faux en le faisant parvenir au ministère des classes moyennes en vue de l'obtention d'une autorisation d'établissement relative à la société SOC1.) s.àr.l.,

II. ***A. depuis août 2009 jusqu'au 22 octobre 2010, au siège de la société SOC1.) s.àr.l. sis à L-***(…)***,*** (…)***, immatriculé au RCS sous le numéro B***(…)***, déclarée en faillite par jugement commercial n°1577/2010 (faillite n°674/2010) du 22 octobre 2010 de la 2ème chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,***

en sa qualité de dirigeant de droit, puis de fait de la société SOC1.) s.àr.l. en faillite, constituée le 4 janvier 2007 par-devant Maître Martine DECKER, notaire de résidence à Hesperange, établie et ayant eu son dernier siège social à L-(…), (…)***, immatriculé au RCS sous le numéro B***(…)***, déclarée en faillite par jugement commercial n°1577/2010 (faillite n°674/2010) du 22 octobre 2010 de la 2ème chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,***

en infraction à l'article 574, 6° du code de commerce, de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour ne pas avoir tenu pour la société SOC1.) s.àr.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du code de commerce et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article article 15 du code de commerce ;

B. depuis le 12 mars 2010, au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

en sa qualité de dirigeant de fait ou de droit de la société SOC1.) s.àr.l., établie et ayant eu son dernier siège social à L-(…), (…)***, immatriculé au RCS sous le numéro B***(…)***, déclarée en faillite par jugement commercial n°1577/2010 (faillite n°674/2010) du 22 octobre 2010 de la 2ème chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,***

d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple, en infraction à l'article 440 et 574, 4° du code de commerce, puni des peines comminées à l'article 489 du code pénal, en tant que dirigeant d'une société commerciale ayant cessé ses paiements, pour ne pas avoir fait dans le mois l'aveu au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de son siège social,

en l'espèce, d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple en tant que dirigeant de la société SOC1.) s.àr.l. ayant cessé ses paiements, pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation de paiements dans le mois de la survenance de la faillite ;

III. le 1er octobre 2009, ainsi que le 13 novembre 2009, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en sa qualité de dirigeant de fait ou de droit de la société à responsabilité limitée SOC1.) s.àr.l., en faillite, constituée le 4 janvier 2007 par-devant Maître Martine DECKER, notaire de résidence à Hesperange, établie et ayant eu son dernier siège social à L-(…), (…)***, immatriculée au RCS sous le numéro B***(…)***, déclarée en faillite par jugement commercial n°1577/2010 (faillite n°674/2010) du 22 octobre 2010 de la 2ème chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,***

en infraction à l'article 171-1 de la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciales, d'avoir de mauvaise foi fait des biens de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles,

en l'espèce, d'avoir, en sa qualité de dirigeant de droit de la société SOC1.) s.àr.l. un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci en, à des fins personnelles, procédant aux prélèvements suivants du compte IBAN LU(…) ***de la société SOC1.) s.àr.l. ouvert dans les livres de la banque BQUE1.) LUXEMBOURG S.A. :***

- ***le 1er octobre 2009, au prélèvement du montant de 10.000 euros,***
- ***le 13 novembre 2009, au prélèvement de 1.000 euros ;***

IV. depuis le 1er octobre 2009, respectivement le 13 novembre 2009, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 506-1 (3) du code pénal combiné à l'article 506-4 du même code, d'avoir, étant l'auteur de l'infraction primaire, détenu un bien visé à l'article 31 alinéa 1er sous 1 du code pénal, auquel renvoie l'article 32-1 du même code, formant l'objet d'un abus de biens sociaux, partant une infraction libellée à l'article 506-1 du code pénal, sachant, au moment où il recevait ce bien, qu'il provenait d'une infraction d'abus de biens sociaux, partant d'une infraction visée au prédit point 1) de l'article 506-1 du code pénal,

en l'espèce, d'avoir, étant l'auteur de l'infraction primaire d'abus de biens sociaux, détenu la somme totale de 11.000 euros (somme provenant de l'infraction d'abus de biens sociaux libellée sub III), partant un bien visé à l'article 31 alinéa 1er sous 1 du code pénal, auquel renvoie l'article 32-1 du même code, formant le produit d'un abus de biens sociaux, partant une infraction libellée à l'article 506-1 du code pénal, sachant, au moment où il recevait ce bien, qu'il provenait d'une infraction d'abus de biens sociaux, partant d'une infraction visée au prédit point 1) de l'article 506-1 du code pénal ;

V. depuis le 1er août 2008, respectivement le 1er août 2009, respectivement le 1er août 2010, au registre de commerce et des sociétés à Luxembourg,

en sa qualité de dirigeant de droit, puis de fait de la société à responsabilité limitée SOC1.) s.àr.l., en faillite, établie et ayant eu son dernier siège social à L-(…), (…)***, immatriculée au RCS sous le numéro B***(…)***, déclarée en faillite par jugement commercial n°1577/2010 (faillite n°674/2010) du 22 octobre 2010 de la 2ème chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,***

en infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir publié les bilans des années 2007, 2008 et 2009 dans le délai légal. »

Il y a lieu de préciser que lorsque l'usage de faux a été commis par l'auteur de la pièce fausse, l'usage de faux n'est que la consommation du faux lui-même. Le faux et l'usage de faux ne constituent dans ce cas qu'un seul délit continué. L'infraction continuée est constituée par la réunion de plusieurs infractions qui procèdent d'une intention délictueuse unique, mais dont chacune est punissable en soi. Elle suppose des actes successifs qui constituent eux-mêmes autant de faits punissables, mais qui, en raison du but poursuivi par l'agent, ne tendent qu'à la réalisation d'une seule et unique situation délictueuse. Ces faits multiples ne constituent donc qu'une infraction unique (Jean CONSTANT, Manuel de Droit Pénal, T.1, no 148).

Il a été ainsi décidé que lorsque le faussaire fait lui-même usage du faux, cet usage ne forme que le dernier acte de la consommation de l'infraction de faux, il s'ensuit que l'auteur du faux et de l'usage de faux ne commet qu'une seule infraction; l'ensemble des faits délictueux continués étant le résultat de la même intention criminelle (Cour, 6 juillet 1972, P.22, 167).

En l'occurrence, le faux et l'usage de faux retenus sub I) ne constitue qu'une même infraction, dès lors que le fait d'usage de faux émane de l'auteur de la falsification et que l'usage de ce faux se confond avec l'infraction de faux.

Les infractions d'abus de biens sociaux et de blanchiment retenues sub III) et IV) se trouvent en concours idéal.

Il y a encore lieu de préciser que plusieurs faits de banqueroute constituent des infractions distinctes qui sont en concours réel entre elles (CSJ, 7 juillet 2009, n° 353/09; CSJ, 1er juillet 2009, n° 345/09).

L'infraction de faux, d'usage de faux, de blanchiment et l'infraction à l'article 163 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, se trouvent en concours réel avec les infractions de banqueroute.

Il y a dès lors lieu à application des dispositions de l'article 60 et 65 du code pénal et de ne prononcer que la peine la plus forte, qui pourra cependant être élevée au double du maximum, sans pouvoir dépasser la somme des peines encourues.

- L'infraction de faux et d'usage de faux est punie en vertu des articles 196 et 197 du code pénal, ensemble l'article 214 du même code, de la réclusion de cinq à dix ans et une amende de 251 à 125.000 euros. Suite à la décriminalisation opérée par la chambre du conseil, la peine à encourir est une peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans et une amende facultative de 251 euros à 10.000 euros (articles 74 et 77 du code pénal).
- L'infraction de banqueroute simple est punie d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans, suivant l'article 489 du code pénal.
- L'infraction d'abus de biens sociaux telle que libellée à l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales est punie d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 à 25.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

- L'infraction de blanchiment est sanctionnée aux termes de l'article 506-1 du code pénal d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 1.250 euros à 1.250.000 euros, ou de l'une de ces peines seulement.
- Les faits sanctionnés par l'article 163 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales sont punis d'une amende de 500 à 25.000 euros.

La peine la plus forte est donc celle prévue pour l'infraction de blanchiment.

Au vu du désintérêt manifeste du prévenu pour la gestion de la société **SOC1.)** s.àr.l., de sa mauvaise foi ainsi que de la gravité des faits, le tribunal décide de condamner **X.) à une peine d'emprisonnement de quinze (15) mois et à une amende de cinq mille (5.000) euros.**

Il y a lieu en outre d'ordonner, conformément aux dispositions de l'article 583 du code de commerce, que le jugement soit affiché en la salle d'audience du tribunal de commerce à Luxembourg, où il restera exposé pendant la durée de trois mois et sera inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais du contrevenant. La **publication obligatoire** de la condamnation prévue par l'article 583 du code de commerce n'est pas une peine, mais une mesure de sûreté prescrite dans l'intérêt des tiers.

Le ministère public sollicite en outre la confiscation de la somme de 11.000 euros.

L'article 31. 4) du code pénal dispose que la confiscation spéciale s'applique aux biens dont la propriété appartient au condamné et dont la valeur monétaire correspond à celle des biens visés sous 1), à savoir notamment les biens formant l'objet direct ou indirect des infractions, si ceux-ci ne peuvent être trouvés aux fins de confiscation.

En vertu de l'article susmentionné, le tribunal décide de prononcer la **confiscation par équivalent** de la somme d'argent de 11.000 euros.

AU CIVIL

A l'audience du 11 avril 2013, Maître Axelle LHERITIER-ANDREI, avocat à la Cour, agissant en sa qualité de curateur de la société en faillite **SOC1.)** s.àr.l., se constitua partie civile pour et au nom de la masse de la faillite de la société en faillite **SOC1.)** s.àr.l. contre le prévenu **X.)**.

Cette partie civile, déposée sur le bureau du tribunal correctionnel de Luxembourg, est conçue comme suit :

Il y a lieu de donner acte à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile.

Le tribunal est compétent pour en connaître, eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'égard du prévenu **X.)**.

La demande civile est recevable pour avoir été faite dans les forme et délai de la loi.

Le tribunal relève que si les créanciers ne peuvent se constituer individuellement partie civile puisqu'ils ne justifient pas d'un intérêt distinct de la masse et que par ailleurs, la juridiction correctionnelle romprait l'équilibre entre les créanciers de la faillite (CSJ, 9 juillet 2008, n° 353/08), il en est autrement en l'espèce, étant donné que la demande civile est formée par le curateur, qui représente la masse et pourra distribuer tout montant qu'il recouvre conformément aux privilèges et rangs de priorité dont sont investis les créanciers.

Concernant la demande en réparation libellée par le curateur, il y a lieu de rappeler que les dommages-intérêts que le tribunal accordera le cas échéant à la masse ne seront pas destinés à réparer le préjudice subi par les créanciers du fait de la cessation des paiements de leur débiteur, c'est-à-dire la différence entre le montant des créances et le dividende. La cessation de paiements n'est pas comme telle le dommage résultant de l'état de banqueroute. Les dommages-intérêts devront réparer le préjudice particulier découlant d'un ou de plusieurs faits constitutifs de banqueroute (cf. A.Honorat, note sous Cass.fr., 4.10.1974, D. 1975, p.328).

Pour que la constitution de partie civile soit recevable, il faut un préjudice particulier distinct du montant de la créance, résultant directement de l'infraction (cf. M-C SORINDO in ''Délit de banqueroute'', n°200).

Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que la partie civile n'aura qualité pour exercer l'action civile que si elle justifie d'un intérêt, c'est-à-dire si elle établit que le dommage dont elle se plaint est la suite immédiate et directe d'un fait constituant une infraction (Cour 10 janvier 1985, P.26, 247).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, alors que le curateur, représentant la masse des créanciers, réclame le montant intégral des créances, ainsi que le tantième lui revenant. Ces montants sont dus consécutivement à la faillite et à la cessation de paiements, mais il n'est pas pour autant établi que ces préjudices résultent directement d'une des infractions retenues à charge du prévenu.

Il résulte de ce qui précède que la demande civile est irrecevable.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **seizième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement, X.)** et son mandataire entendu en ses explications et moyens de défense, et le représentant du ministère public entendu en son réquisitoire,

AU PÉNAL

a c q u i t t e X.) de l'infraction non retenue à sa charge ;

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **QUINZE (15) mois** et à une amende de **CINQ MILLE (5.000) euros**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 69,92 euros,

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à CENT (100) jours,

o r d o n n e que le présent jugement sera affiché en la salle d'audience du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, où il restera exposé pendant trois mois, et qu'il sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais du contrevenant,

o r d o n n e la confiscation par équivalent de la somme d'argent de 11.000 euros,

AU CIVIL

d o n n e acte à Maître Axelle LHERITIER-ANDREI, prise en sa qualité de curateur de la société en faillite **SOC1.)** s.àr.l., de sa constitution de partie civile contre **X.)**,

d é c l a r e la demande civile recevable en la forme,

s e d é c l a r e compétent pour en connaître,

d é c l a r e la demande civile **irrecevable,**

l a i s s e les frais de cette demande civile à charge de la demanderesse au civil.

En application des articles 14, 15, 16, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 60, 65, 66, 74, 77, 193, 196, 197, 214, 489, 506-1 et 506-4 du code pénal, des articles 8, 9, 10, 11, 15, 440, 574 et 583 du code de commerce, des articles 162, 163 et 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ainsi que des articles 2, 3, 155, 179, 182, 183-1, 184, 185, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195 et 196 du code d'instruction criminelle, qui furent désignés à l'audience par le premier juge-président.

Ainsi fait et jugé par Daniel LINDEN, premier juge-président, Marie-Anne MEYERS, premier juge, et Isabelle JUNG, juge, et prononcé par le premier juge-président en audience publique au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en présence de Patrick KONSBRUCK, premier substitut du procureur d'Etat et de Christophe WAGENER, greffier, qui, à l'exception du représentant du ministère public, ont signé le présent jugement.