

**N° 39 / 2013 pénal.**  
**du 4.7.2013.**  
**Not. 10348/10/CD**  
**Numéro 3214 du registre.**

La **Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg**, formée conformément à la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, a rendu en son audience publique du jeudi, **quatre juillet deux mille treize**,

dans la poursuite pénale dirigée contre

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

**2)Y.**, née le (...) à Luxembourg, demeurant à L-(...), (...),

**demandeurs en cassation,**

**comparant par Maître Alain GROSS**, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu

**en présence du Ministère public et de la partie civile :**

**Maître Anne DEVIN-KESSLER**, demeurant à L-2146 Luxembourg, 90, rue de Merl, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC1.** s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), ayant exploité sous l'enseigne commerciale « **ENS1.** » à L-(...), (...),

**défenderesse en cassation,**

l'arrêt qui suit :

-----

## LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport du conseiller Monique BETZ et les conclusions de l'avocat général Jean ENGELS ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 28 novembre 2012 sous le numéro 544/12 X par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 20 décembre 2012 par Maître Laurent LIMPACH en remplacement de Maître Alain GROSS pour et au nom de X.) et Y.) au greffe de la Cour supérieure de Justice du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 7 janvier 2013 par X.) et Y.) à Maître Anne DEVIN-KESSLER, déposé le 17 janvier 2013 au greffe de la Cour ;

### Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, X.) et Y.) avaient été condamnés à une peine d'emprisonnement assortie du sursis et à une amende du chef de banqueroute simple, infraction à l'article 163 2° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et infraction à l'article 22 de la loi du 28 décembre 1988 concernant l'accès à certaines professions ; que sur appel, la Cour d'appel a confirmé la décision entreprise, sauf à préciser le libellé de l'infraction à l'article 574, 4° du Code de commerce ;

### Sur le premier moyen de cassation :

*tiré « de la violation de la loi, sinon de la fausse application de la loi et notamment des articles 574,4° du Code de commerce, de l'article 89 de la Constitution luxembourgeoise ainsi que de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ;*

*Que c'est à tort que l'arrêt attaqué a confirmé le jugement de première instance et a décidé que les parties demanderesses en cassation sont à retenir dans les liens de l'infraction de banqueroute simple mise à leur charge ;*

*Que la Cour a notamment violé l'obligation de motivation qui lui est imposée par l'article 89 de la Constitution en ce qu'elle n'a pas justifié sa décision de retenir l'infraction de banqueroute simple et qu'elle n'a pas démontré une quelconque intention dolosive dans le chef des demandeurs en cassation ;*

*Qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour a partant violé l'article 89 de la Constitution ainsi que l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme édictant l'obligation de motivation » ;*

Attendu que, concernant l'infraction de banqueroute simple sanctionnée par l'article 574 du Code de commerce, le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation pour considérer si les faits pris dans leur ensemble présentent un degré de gravité suffisant pour retenir le prévenu dans les liens de l'infraction ;

Attendu que les juges d'appel ont retenu : « *La Cour fixe la cessation des paiements en l'espèce au 1<sup>er</sup> septembre 2009, date à laquelle la société **SOCI.**) a cessé son activité en ayant fermé le restaurant après avoir vendu au préalable progressivement les éléments du fonds de commerce (ventes du 4 novembre 2008 à **SOC3.**), du 6 juillet 2009 à **SOC4.**), du 28 janvier 2009 à **SOC5.**), du 2 mars 2009 à **SOC6.**)), le prix de vente ayant été effectivement viré sur le compte de la société **SOCI.**). La Cour constate encore qu'à partir de septembre 2009 la société n'a plus eu de rentrées de fonds suffisants pour faire face à ses engagements importants (Centre commun de la sécurité sociale, administration des contributions pour les impôts sur salaire ...), n'avait plus de crédit auprès de ses créanciers (voir notamment la saisie-arrêt pratiquée par **SOC7.**) le 21 juillet 2009 sur le compte de la société auprès de la Banque **BQUE1.**) et avait peu de chances à obtenir un crédit au regard de l'absence d'un fonds de commerce propre.*

*C'est dès lors à bon droit que le tribunal a retenu les prévenus dans les liens de l'infraction à l'article 574,4° du Code de commerce pour ne pas avoir fait l'aveu de la cession des paiements dans le délai légal imposé par l'article 440 du même Code, encore qu'il y a lieu de préciser que l'aveu aurait dû être fait au plus tard le 1<sup>er</sup> octobre 2009 et que les termes retenus dans le libellé de l'infraction << depuis le 26 juillet 2009 >> sont à remplacer par << depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2009 >> » ;*

Que l'arrêt attaqué est donc motivé sur le point concerné ;

Attendu que l'infraction tirée du défaut d'avoir fait l'aveu dans le délai légal est un délit instantané qui est consommé quand l'aveu de la cessation des paiements n'a pas été fait dans le délai légal, à moins que le prévenu n'invoque et ne rende crédible, sans devoir en rapporter la preuve complète, une cause de justification ; que le seul élément moral requis est la simple « faute infractionnelle », qui existe dès que le fait est commis ;

Que le reproche d'une violation de l'obligation de motivation de l'élément moral n'est pas donné ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

**Sur le deuxième moyen de cassation :**

tiré « de la violation de la loi, sinon de la fausse application de la loi et notamment des articles 573,4° du Code de commerce, de l'article 89 de la Constitution et de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ;

*Que la Cour a notamment violé l'obligation de motivation qui lui est imposée par l'article 89 de la Constitution en ce qu'elle n'a pas démontré une quelconque intention dolosive caractérisée dans le chef des demandeurs en cassation et n'a de ce fait pas pris position quant à l'élément moral de l'infraction reprochée ;*

*Qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour a violé l'article 89 de la Constitution ainsi que l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme édictant l'obligation de motivation » ;*

Mais attendu que les juges d'appel ont motivé leur décision de retenir les prévenus dans les liens de l'infraction à l'article 573,5° du Code de commerce comme suit : « *S'agissant de la prévention à l'article 573,5° du Code de commerce, à savoir la banqueroute simple par le fait d'avoir payé des créanciers au préjudice de la masse, la Cour constate avec les premiers juges que les gérants de la société **SOCI.**) ont payé au détriment de la masse un grand nombre de créanciers chirographaires après la date de la cessation des paiements, surtout des fournisseurs du restaurant à l'égard desquels les gérants avaient un intérêt manifeste à rembourser leur dette, étant donné qu'ils projetaient de continuer et ont effectivement continué sous une autre enseigne (**SOC2.**) della **ENSI.**) et moyennant une autre société, à savoir la société **SOC2.**) constituée le 30 juillet 2009 et immatriculée au registre de commerce le 15 septembre 2009, l'activité de restauration.*

*Les paiements de faveur sont faits par les débiteurs, dans la pensée d'avantager le créancier qu'ils ont payé et dans leur propre intérêt afin d'éviter, respectivement de retarder la déclaration de la faillite.*

*L'intention peut être moins coupable dans ce dernier cas que dans le premier ; mais quel soit le mobile du débiteur, l'égalité qui doit exister entre les créanciers n'en disparaît pas moins, et c'est là un abus grave qu'il faut extirper.*

*En tout état de cause, le paiement doit avoir été accompli avec l'intention de favoriser le créancier ; si en le payant il (le failli) avait eu l'espoir fondé, d'être sous peu, à même de satisfaire à ses autres obligations, il ne devrait pas être condamné.*

*En l'espèce, les paiements incriminés ont été faits par les gérants à des fournisseurs à l'égard desquels ils avaient un intérêt à régler leur dette, comme relevé ci-dessus, à un moment où le fonds de commerce avait été cédé et où la société n'avait plus d'activité. Il n'est d'ailleurs pas établi qu'à partir de septembre 2009 les prévenus aient encore été à la recherche d'un repreneur, une reprise étant*

*d'ailleurs peu probable en l'absence de fonds de commerce propre et après la cessation de l'activité.*

*En payant dans ces conditions certains de leurs créanciers, alors qu'il n'y avait plus aucun espoir de pouvoir redresser la situation et payer les autres créanciers, les prévenus ont agi avec l'intention de favoriser certains créanciers.*

*Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a retenu les prévenus dans les liens de l'infraction à l'article 573,5° du Code de commerce. » ;*

Qu'en se déterminant ainsi, la Cour d'appel a, à suffisance de droit, caractérisé l'élément moral de l'infraction ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

### **Sur le troisième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation de la loi, sinon de la fausse application de la loi et notamment des articles 163 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 susmentionnée ensemble avec l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002, de l'article 89 de la Constitution et de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ;*

*Que c'est à tort que l'arrêt attaqué a confirmé le jugement de première instance et a décidé que les gérants et administrateurs ont une obligation de résultat de publication des comptes et sont sanctionnés à défaut de ladite publication, l'infraction étant purement matérielle ;*

*Qu'il n'existe pas d'obligation de résultat relative à l'approbation ou la publication des comptes ;*

*Que la Cour a en outre violé l'obligation de motivation qui lui est imposée en ce qu'elle n'a pas démontré une quelconque faute des demandeurs en cassation ;*

*Que la Cour, en statuant comme elle l'a fait, a violé les dispositions relatives au dépôt et à la publicité des comptes annuels, à savoir l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 auquel renvoie l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 ainsi que l'article 89 de la Constitution et l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme édictant l'obligation de motivation » ;*

Attendu que l'infraction visée 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 ;

Attendu que pour retenir les prévenus dans les liens de la prévention de l'article 163-2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, la Cour d'appel a souscrit aux motifs des premiers juges qui ont retenu :

*« Il résulte des éléments du registre de commerce qu'aucun bilan de la société SOCL.) s.à r.l. n'a fait l'objet d'une publication.*

*A l'audience, les prévenus ne contestent pas que les bilans n'ont pas été publiés. Ils disent avoir chargé une fiduciaire de ce travail administratif et que celle-ci n'aurait pas été à la hauteur de la tâche.*

*Le tribunal relève que l'obligation de procéder à l'approbation et à la publication des bilans incombe aux gérants. Le fait de charger un tiers de l'exécution de cette tâche ne les délie pas de leurs obligations et il leur incombe de surveiller si ce tiers s'exécute correctement.*

*Le mandataire des prévenus précise à l'audience que cette infraction n'est pas contestée.*

*Les prévenus X.) et Y.) sont par conséquent à retenir dans les liens de la prévention qui leur est reprochée sub 3) » ;*

*Que la cause de justification invoquée dans le développement du moyen de cassation, à savoir « qu'il était impossible pour les parties demanderesses en cassation de faire publier les comptes alors qu'ils n'ont jamais été approuvés par l'associée et qu'il n'existe aucun moyen prévu par la loi permettant aux gérants d'exiger des associés une approbation des comptes », n'a pas été soumise aux juges du fond ;*

*D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;*

#### **Sur le quatrième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation de la loi, sinon de la fausse application de la loi et notamment de l'article 46 de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel et abrogeant la loi du 18 décembre 1988, de l'article 2 du Code pénal, de l'article 14 de la Constitution luxembourgeoise et de l'article 7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ;*

*que c'est ainsi à tort que l'arrêt attaqué a confirmé le jugement de première instance et a décidé que les parties demanderesses en cassation sont à retenir dans les liens de l'infraction de l'article 22 de la loi du 18 décembre 1988, abrogée par la promulgation de la loi du 2 septembre précitée ;*

*que selon l'article 2 du Code pénal et dans la mesure où une loi pénale plus douce que celle qui existait à l'époque du délit a été promulguée, c'est cette loi plus favorable qui doit être appliquée en l'espèce ;*

*qu'en se basant sur la loi abrogée de 1988, la Cour a donc notamment violé l'article 46 de la loi du 2 septembre 2011, l'article 2 du Code pénal, l'article 14 de*

*la Constitution luxembourgeoise ainsi que l'article 7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme » ;*

Mais attendu que l'article 39 de la loi du 2 septembre 2011 incrimine, tout comme la loi du 28 décembre 1988, le fait par une personne d'exploiter un établissement, respectivement d'exercer une activité visée par la loi sans l'autorisation ministérielle préalable requise, cette autorisation devant exister tout au long de l'exploitation de l'établissement et non seulement au moment de son installation ;

Que les juges d'appel ont ainsi pu appliquer l'article 22 de la loi modifiée du 28 décembre 1988, en vigueur au moment des faits, sans violer les dispositions visées au moyen ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

**Par ces motifs :**

rejette le pourvoi ;

condamne les demandeurs en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 6.- euros.

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **quatre juillet deux mille treize**, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St.Esprit, composée de :

Georges SANTER, président de la Cour,  
Edmée CONZEMIUS, conseiller à la Cour de cassation,  
Irène FOLSCHIED, conseiller à la Cour de cassation,  
Monique BETZ, conseiller à la Cour de cassation,  
Elisabeth WEYRICH, conseiller à la Cour d'appel,  
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour,

qui, à l'exception du représentant du Ministère public, ont signé le présent arrêt.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Madame Mylène REGENWETTER, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.