

N° 35 / 2015 pénal.
du 9.7.2015.
Not. 14950/05/CD
Numéro 3524 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, **neuf juillet deux mille quinze**,

l'arrêt qui suit :

Entre :

X, né le (...), demeurant à (...),

demandeur en cassation,

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

et :

le Ministère public

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt rendu le 12 novembre 2014 sous le numéro 475/14 X par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 11 décembre 2014 par Maître Larbi MIMOUNA, en remplacement de Maître Cathy ARENDT, pour et au nom de X au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 9 janvier 2015 par Maître Cathy ARENDT pour et au nom de X au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Edmée CONZEMIUS et les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Georges WIVENES ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle, avait condamné X du chef des préventions d'abus de biens sociaux, de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple à une peine d'emprisonnement assortie du sursis intégral et avait ordonné la réintégration des montants frauduleusement soustraits dans les masses des faillites ; que sur appel, la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris, sauf à acquitter X d'une des préventions de banqueroute simple, à modifier le libellé des préventions de banqueroute frauduleuse sur deux points et à réduire les montants faisant l'objet de la réintégration ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 89 de la Constitution, et de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 195 du Code d'instruction criminelle,

en ce que la Cour d'appel

N'a pas motivé son arrêt en confirmant le premier jugement en ce que celui-ci a reconnu Monsieur X convaincu de banqueroute frauduleuse pour, en infraction à l'article 577-2 du Code du commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, avoir détourné et dissimulé d'une part de l'actif social des différentes sociétés en cause, à savoir la société SOC1), la société SOC2), la société SOC3) SARL, la société SOC4) SARL, et plus précisément

En débitant, via versements ou virements, de différents comptes courants ouverts au nom de la société, un montant global de :

Pour SOC2), le montant de € 569.195,66.-,

Pour la SARL SOC4), le montant de € 84.327,14.-,

Pour la société SOC3), le montant de € 131.432,17.-,

tous comptes confondus et tous bénéficiaires confondus, dépenses qui n'étaient pas en relation, ni avec l'objet de la société, ni avec l'intérêt de celle-ci, sachant que tous les gratifiés de cette dépense étaient soit les dirigeants de fait eux-mêmes, ou les membres de leurs familles connaissances ou amis, soit des sociétés dans lesquelles ils avaient des intérêts.

En effet, en retenant globalement et généralement que Monsieur X est pénalement responsable de l'ensemble de la dissimulation et du détournement d'actif de la société, sans distinguer concrètement lequel des virements ou versements qui auraient été faits sans être en relation ni avec l'objet, ni l'intérêt de

la société, lui était effectivement imputable, la Cour n'a pas suffisamment motivé sa décision.

L'article 89 de la Constitution dispose que << tout jugement est motivé >> et l'article 195 du Code d'instruction criminelle dispose que << tout jugement définitif de condamnation sera motivé >> et que la Cour Européenne des Droits de l'Homme, à travers de nombreuses décisions, a retenu que l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme comportait également l'obligation de répondre au niveau d'un jugement ou arrêt ou moyens juridiques soulevés par les parties au procès.

Certes, Monsieur X a été qualifié, tant par la juridiction de première instance que par la Cour d'Appel, comme gérant de fait des différentes sociétés.

Cependant, d'autres personnes intervenaient dans la gestion des sociétés, dont notamment Monsieur Y, ainsi que les gérants de droit, surtout pour ce qui est des restaurants, de sorte que le fait de tenir globalement que les faits de détournements et de dissimulation seraient imputables à Monsieur X, même solidairement de Monsieur Y, ne sauraient suffire

Il aurait fallu, au contraire, distinguer de quels actes Monsieur X était concrètement et personnellement responsable.

En l'occurrence, une motivation globale concernant les prétendues infractions commises par Monsieur X ne sauraient être retenue. » ;

Attendu que l'article 89 de la Constitution et l'article 195 du Code d'instruction criminelle sanctionnent le défaut de motifs, qui est un vice de forme ; qu'une décision judiciaire répond aux exigences de ces dispositions, dès lors qu'elle comporte un motif sur le point considéré ;

Attendu que les juges du premier degré, confirmés sur ce point en appel, ont retenu, par rapport à la faillite de la société SOC4) s. à r. l. : « *Il y a lieu de relever que le détournement et la dissimulation font, en fait, présumer l'intention frauduleuse (J. SPREUTELS, La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse, n° 32, p. 439 K). De même, l'intention frauduleuse peut être déduite légalement de la circonstance que le désordre dans la comptabilité et dans les comptes annuels d'un commerce était si considérable qu'il ne peut avoir été causé que volontairement pour donner lieu à des faits constituant la prévention de banqueroute frauduleuse (Cass., 28.4.1981, I, p. 984).*

En matière de banqueroute frauduleuse, il incombe ainsi au prévenu, s'il nie le détournement de prouver qu'il a affecté ces fonds à la réalisation de l'objet social de la société (Cass. bel. 13 mars 1973, Pas 1973, I, 661).

En l'espèce, tant Y que X sont restés en défaut de prouver que les fonds ont été affectés à la réalisation de l'objet social de la société. Ils ont même admis lors de leurs auditions policières que des paiements à partir des comptes sociaux ont été effectués au profit des sociétés SOC3) Sàrl et SOC2) Sàrl et vice versa. » ;

Que les juges du fond ont partant motivé leur décision sur le point considéré et qu'aucune violation des dispositions visées au moyen ne saurait leur être reprochée ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de la violation des articles 577 alinéa 3 du Code de commerce et 489 du Code pénal en ce que les magistrats de la Cour d'appel ont retenu que Monsieur X s'était rendu coupable de banqueroute frauduleuse pour, en infraction à l'article 577-2 du Code du commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, avoir détourné et dissimulé d'une part de l'actif des sociétés, à savoir

Pour SOC2), le montant de € 569.195,66.-,

Pour la SARL SOC4), le montant de € 84.327,14.-,

Pour la société SOC3), le montant de € 131.432,17.-,

Et notamment en débitant, via versements ou virements, de différents comptes courants ouverts au nom de la société, tous comptes confondus et tous bénéficiaires confondus, dépenses qui n'étaient pas en relation, ni avec l'objet de la société, ni avec l'intérêt de celle-ci, sachant que tous les gratifiés de cette dépense étaient soit les dirigeants de fait eux-mêmes, ou les membres de leurs familles connaissances ou amis, soit des sociétés dans lesquelles ils avaient des intérêts.

Alors que l'article 577 2° du Code de Commerce prévoit comme l'un des cas d'ouverture d'une banqueroute frauduleuse, le fait pour le commerçant failli d'avoir détourné ou dissimulé des actifs.

Cette formulation suppose donc un acte positif.

Or que, dans la mesure, il ne résulte nullement des faits de l'espèce soumis à la Cour d'Appel et aux juges de première instance, que Monsieur X aurait concrètement détourné ou dissimulé une partie de l'actif de la société.

Le fait que certains des mouvements de comptes n'aient finalement pas pu être expliqués dans l'immédiat n'implique pas l'existence d'une infraction dans son chef. » ;

Mais attendu que sous le couvert du grief de la violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits constitutifs de l'infraction et de leur imputabilité au prévenu ;

Que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré « du défaut de base légale en ce que la Cour d'appel a insuffisamment motivé sa décision en fait et a négligé certaines constatations de fait qui étaient nécessaires pour statuer sur le droit.

Il est de doctrine et de jurisprudence que l'insuffisance de motifs constitue un défaut de base légale.

Les décisions de la Cour de cassation française considèrent le défaut de base légale comme un cas d'ouverture à cassation distinct du défaut de motivation.

Le défaut de base légale est défini << comme l'insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaire pour statuer sur le droit >>.

La cassation prononcée sur ce fondement s'analyse en quelques sortes en << une demande de supplément d'instruction sur les faits adressés par le juge de cassation à la juridiction de renvoi >> (Encyclopédie DALLOZ, Procédure Verbo : Pourvoi en cassation n°526 et suivants et plus particulièrement au n° 530 qui cite un arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1922, Cassation Civile 22 décembre 1922, S.1924.1.235).

En l'occurrence, la Cour d'appel a dans sa décision complètement négligé certaines constatations de fait résultant des pièces versées.

Il est de jurisprudence constante que << même si la Cour de cassation admet de façon constante que les juges du fond sont souverains pour apprécier si un écrit rend vraisemblable ou non le fait allégué (Cass. 1^{ière} Civ. 1^{er} déc. 1985 ; Bull. Civ. I, n°670 ; 21 oct.1997, Bull. Civ. I, n°284) il convient toutefois de formuler une nouvelle fois la réserve de la dénaturation des pièces du procès : si le juge du fond déforme le sens clair et précis d'une pièce de la procédure, la Cour de cassation le censurera sur le fondement de la dénaturation, dans le cadre de laquelle elle exerce un contrôle disciplinaire sur les juges du fond >> (Répertoire Procédure Civile Dalloz, Verbo preuve, n°253), (pièce 31),

La position de principe de la Cour de cassation belge en la matière est identique et << le point de savoir si le document produit rend vraisemblable le fait allégué est une question de fait que les juges du fond apprécient souverainement, pour autant cependant que, comme le précise la Cour suprême que, le juge ne méconnaisse pas la notion de vraisemblance >> (La Preuve, Raymond MOUGENOT, Larcier, n°65, pièce n°17).

Monsieur X avait soulevé que la destination d'un montant de € 60.000.- prélevé sur le compte de la société SOC2) était en fait déterminée et justifiée par le remboursement du prêt consenti par Monsieur A).

Outre la déclaration de son épouse, Madame B), Monsieur X s'était basé sur le contrat de prêt lui-même sur lequel Monsieur A) avait marqué de sa main la date du 05 janvier 2008, suivi de << affaire réglée >>.

Or, la Cour n'a pas retenu correctement la portée de la mention du 05 janvier 2008 figurant sur le contrat de prêt entre SOC2) et Monsieur A).

Certes, la Cour a analysé, à la page 67 de son arrêt les différents éléments invoqués par Monsieur X, et résultant du dossier, pour justifier la destination du montant de € 60.000.-.

En déduisant cependant incorrectement de ces éléments, et notamment de l'écrit clair et précis susmentionné, qu'il ne serait pas établi que le montant de € 60.000.- aurait été remis à Monsieur A) en remboursement du prêt de € 100.000.-, ce qui était l'explication pertinente fournie par Monsieur X concernant la destination du montant de € 60.000.-.

Il a été en l'occurrence fait abstraction de la preuve écrite émanant du créancier lui-même, à savoir Monsieur A), que l'affaire était réglée, ce qui suppose donc un règlement intégral de la dette et non comme l'ont déduit erronément les premiers juges, d'une partie seulement de cette dette,

D'ailleurs, le créancier Monsieur A) n'est jamais plus revenu à charge après le 02 août 2004,

En ne tenant pas compte de cette mention claire et précise figurant sur une pièce du dossier, la Cour a méconnu des constatations de fait résultant d'une pièce versée.

Le document produit en l'espèce rendrait vraisemblable les faits allégués, et que même si les Juges du fond apprécient souverainement les questions de fait, il ne faut pas que le Juge méconnaisse la notion de vraisemblance.

L'arrêt est entaché d'une insuffisance des constatations de fait nécessaires pour statuer sur le droit.

L'arrêt est encore à casser de ce chef. » ;

Attendu que le défaut de base légale suppose que l'arrêt comporte des motifs de fait incomplets ou imprécis qui ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la bonne application de la loi ;

Que le moyen, en ce qu'il n'indique aucun cas d'ouverture par la référence à un texte de loi, met la Cour de cassation dans l'impossibilité de statuer ;

Qu'il est partant irrecevable ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré « de la violation, sinon du refus d'application de l'article 6 § 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

En ce que la Cour a indument renversé la charge de la preuve au détriment de Monsieur X, pour ce qui est du volet de l'affaire relatif à la société SOCI),

La Cour d'Appel a retenu

Il aurait incombé à Monsieur X d'établir qu'il a légitimement pu ignorer, malgré sa qualité de dirigeant de fait, que les deux fils Y n'ont pas fait de prestations pour le compte de SOCI).

Or en exigeant de Monsieur X de rapporter la preuve négative qu'il n'a pas connu, respectivement qu'il n'aurait pas pu connaître le fait que les deux fils de Monsieur Y n'ont pas fait de prestations pour la société, la Cour renverse indûment la charge de la preuve.

Il aurait appartenu positivement au Ministère public de prouver que Monsieur X connaissait le fait que les deux fils Y n'ont pas fait de prestations pour la société SOCI) pour que l'infraction soit constituée.

Monsieur X avait, de bonne foi, engagé les deux jeunes hommes, et, bien que qualifié de dirigeant de fait, notamment en raison de cet acte, il ne s'est pas activement impliqué dans la gestion de cette société depuis cette embauche.

Le gérant de fait effectif de celle-ci ayant été Monsieur Y, Monsieur X était persuadé que les fils Y effectuaient en fait les tâches effectives pour la société en question en contrepartie desquelles ils étaient rémunérés.

L'article 6 § 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme prévoit que << toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie >>.

La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme appliquant cet article retient notamment que :

<< La charge de la preuve pèse sur l'accusation et que le doute profite à l'accusé, >>

Et qu'il incombe à l'accusation << d'indiquer à l'intéressé de quelle charge il fera l'objet, afin de lui fournir l'occasion de préparer et présenter sa défense en conséquence et d'offrir des preuves suffisantes pour fonder une déclaration de culpabilité. >>

Il a encore été dit que :

<< La présomption d'innocence sera enfreinte lorsque la charge de la preuve aura été renversée de l'accusation à la défense >>,

<< La charge de la preuve ne saurait être renversée dans le cadre d'une procédure d'indemnisation, introduite à la suite d'une décision définitive de non-lieu à poursuites >>,

En l'occurrence, il y a eu renversement de la charge de la preuve sur le point mentionné ci-dessus. »

Mais attendu que les juges du fond ont basé la déclaration de culpabilité sur les témoignages recueillis ; qu'après avoir retenu que la mauvaise foi s'apprécie au moment où les faits délictueux ont été commis, en l'occurrence le jour où C) et D) ont touché un salaire sans avoir fourni de contrepartie, ils ont ajouté : « *Il aurait incombé à X d'établir qu'il a légitimement pu ignorer, malgré sa qualité de dirigeant de fait, que les deux fils Y n'ont pas fait de prestations pour le compte de SOCI* » ; qu'en se déterminant ainsi, ils n'ont nullement renversé la charge de la preuve, mais n'ont fait que relever que le prévenu avait eu la possibilité de justifier, malgré la culpabilité en principe établie, ses actions ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne X aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 19,25 euros.

Ainsi jugé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **neuf juillet deux mille quinze**, 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,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Christiane RECKINGER, premier conseiller à la Cour d'appel,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier en chef Lily WAMPACH.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Monsieur Jeannot NIES, premier avocat général et de Madame Lily WAMPACH, greffier en chef de la Cour.