

Assistance judiciaire accordée à X par décision du 19 juillet 2019 du délégué du bâtonnier à l'assistance judiciaire.

**N° 86 / 2020 pénal
du 18.06.2020
Not. 1075/10/XD
Numéro CAS-2019-00121 du registre.**

La Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg a rendu en son audience publique du jeudi, dix-huit juin deux mille vingt,

sur le pourvoi de :

X, né le (...) à (...), demeurant à (...),

prévenu,

demandeur en cassation,

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

en présence du **Ministère public,**

l'arrêt qui suit :

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 10 juillet 2019 sous le numéro 256/19 par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître Mimouna LARBI, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, au nom de X, suivant déclaration du 8 août 2019 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 6 septembre 2019 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Michel REIFFERS et les conclusions du premier avocat général Marc HARPES ;

Sur les faits :

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière correctionnelle, statuant par défaut, avait condamné X du chef de banqueroute frauduleuse, de faux commis dans les bilans, d'infraction à la législation sur le droit d'établissement et de défaut de publication des comptes annuels de deux sociétés à une peine d'emprisonnement et à une peine d'amende. Par un arrêt avec effet contradictoire, la Cour d'appel a, par réformation, acquitté le prévenu partiellement de l'infraction du défaut de publication des comptes annuels de deux sociétés et réduit la peine d'emprisonnement.

Sur le premier moyen de cassation :

« Tiré de la violation de la loi en l'espèce, de la violation de l'article 6 paragraphe 1^{er} de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de l'article 6 paragraphe 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application de ces textes.

L'article 6, paragraphe 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme prévoit que << Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) publiquement (...) par un Tribunal (...) qui décidera du bienfondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle >>.

L'article 6, paragraphe 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, laquelle prévoit que

<< Tout accusé a droit notamment à :

(...)

a) Être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) Disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) De se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur pour pouvoir se faire assister gratuitement par un avocat commis d'office lorsque les intérêts de la justice l'exigent >>

La Cour d'Appel en décidant de retenir et prendre en délibéré l'affaire à l'audience du 26 juin 2019 et en décidant, statuer, avec effet contradictoire, à l'encontre du prévenu X au motif que Monsieur X ne se serait pas présenté pour fournir des explications au sujet des suites relatives à sa demande d'assistance judiciaire, respectivement pour solliciter une refixation de l'affaire et

en retenant que

<< dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle remise de l'affaire, >>

(...)

La citation ayant été valablement notifiée à la personne du prévenu, le présent arrêt sera réputé contradictoire, conformément aux dispositions de l'article 185-2 bis du Code de Procédure Pénale.

a violé les articles 6 § 1 et § 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Il est vrai que Monsieur X n'a pas comparu à la dernière audience de la Cour d'Appel du 26 juin 2019, audience à laquelle l'affaire fut prise en délibéré.

Il est exact aussi que l'article 185-2 bis Code de Procédure Pénale prévoit que :

<< Lorsque la citation a été valablement notifiée à la personne du prévenu, le jugement du Tribunal sera réputé contradictoire >>.

Cependant, la décision de la Cour d'Appel de statuer par une décision réputée contradictoire à l'encontre de Monsieur X viole les dispositions de l'article 6, paragraphes 1 et 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ceci au regard de la situation procédurale particulière du dossier qui sera exposée ci-dessous.

Le droit à un procès public garanti par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme implique nécessairement le droit à une audience.

Le principe d'un procès public revêt une importance particulière en matière pénale où l'accusé doit pouvoir comparaître en première instance (voir guide l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Droit à un Procès équitable, publié par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, version publiée le 31 décembre 2018, n°245, p. 48, pièce 11).

Les juridictions internes doivent faire preuve de la diligence requise pour assurer la présence de l'accusé en le faisant citer en bonne et due forme et elles doivent prendre des mesures pour empêcher son absence injustifiée à l'audience.

Ainsi, il est dans l'intérêt de l'administration de la justice qu'une personne << soit prévenue de la tenue d'une audience de manière non seulement à ce qu'elle ait connaissance de la date, de l'heure ou du lieu de l'audience, mais encore qu'elle dispose de suffisamment de temps pour préparer sa défense et se rendre au prétoire >>.

Il est certes admis par la Cour Européenne des Droits de l'Homme que la comparution personnelle du prévenu ne revêt pas la même importance décisive en appel qu'au premier degré (même publication, n°257).

En revanche, << lorsque la juridiction d'appel doit examiner une affaire en fait et en droit et procéder à une appréciation globale de la culpabilité ou de l'innocence, elle ne peut statuer à ce sujet sans évaluer directement les éléments de preuve présentés par la personne de l'inculpé qui souhaite prouver qu'il n'a pas commis l'acte constituant prétendument une infraction pénale >> (même publication, n°260).

Ces principes n'ont pas été respectés en l'espèce.

La particularité du présent dossier est que pour diverses raisons, et sans faute du prévenu, celui-ci n'a - à aucun stade - de la procédure pénale menée contre pu donner ses explications ni n'a comparu en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat pour faire valoir ses moyens.

a) Ainsi, Monsieur X n'a, à aucun moment, lors de l'enquête menée par la Police judiciaire suite à la plainte du curateur de la faillite des sociétés soc1) et soc2) & Associés, été convoqué ni n'a comparu pour faire une déposition.

Il résulte du procès-verbal de Police (pièce 7, dernière page) établie par le commissaire en chef F) que << Indem keine der beschuldigten Parteien hierlands angetroffen werden kann, musste sich jedoch auf gegenwärtiges beschränkt werde. der aktuelle Aufenthaltsort der Beschuldigten jedoch bekannt ist, dürfte die Untersuchung respektive Vernehmung der beiden Personen in Frankreich vorgenommen werde. >>

A l'époque, Monsieur X résidait en France.

Or, il n'a jamais été convoqué ni entendu par les autorités luxembourgeoises ou par les autorités de police françaises pour se présenter et faire une audition.

L'enquête fait entièrement abstraction de la position du prévenu et se base sur certains points uniquement sur des suppositions ou déductions de l'enquêteur.

La seule signification que Monsieur X s'est vu adresser était celle de l'ordonnance de renvoi qui lui a été remise par la Police de Draguignan le 30 août 2012 (pièce 8).

b) Monsieur X n'a pas comparu à l'audience du Tribunal Correctionnel de Diekirch.

Il ne résulte d'aucun élément du dossier qu'il aurait reçu une citation à l'audience, en temps utiles, pour pouvoir se défendre.

En effet, le jugement renseigne sur le fait que, vu la citation à prévenu du 3 février 2016 (not. 1075/10/XD) régulièrement notifiée : << Malgré que le prévenu X a été régulièrement cité à l'audience du 4 mars 2016, il ne s'est pas présenté ni fait représenter à ladite audience, de sorte qu'il y a lieu à statuer par défaut à son encontre >>.

Le jugement en question renseigne également comme adresse de Monsieur X l'adresse suivante : (...), donc l'adresse dans le sud de la France.

Or, depuis 2014, suivant certificat de composition de ménage versé à titre de pièce 9, Monsieur X était officiellement déclaré en Belgique, à (...), où il résidait à ce moment. La maison en France avait fait l'objet d'une vente forcée bien auparavant.

Monsieur X n'a, en aucun cas, pu être valablement touché à l'adresse figurant dans le jugement alors que sa résidence était en Belgique depuis 2014.

Il n'a de fait pas reçu la citation, raison pour laquelle il n'a pas comparu.

c) Monsieur X a cependant reçu information du jugement rendu et a immédiatement relevé appel, par l'intermédiaire de Me Daniel CRAVATTE.

Monsieur X avait ensuite fait une demande d'assistance judiciaire.

L'instruction de ce dossier tardait, alors que de nouvelles pièces étaient demandées à plusieurs reprises par l'Ordre des Avocats à Monsieur X.

En date du 25 juin 2019, l'assistance judiciaire n'avait pas encore été accordée.

Monsieur X, constatant qu'il n'avait pas encore d'avocat à ses côtés, a adressé un courrier à la Cour d'Appel pour l'informer de cette situation.

N'étant pas conseillé par un avocat et n'étant pas familier avec les procédures, il avait cru que cette information serait suffisante pour reporter l'affaire sans qu'il ne comparaisse lui-même à l'audience pour demander ce report.

Il avait en effet adressé un premier courrier à la Cour d'Appel au mois de mars 2019 (pièce 6) dans lequel il avait, suite au non-octroi de l'assistance judiciaire, demandé et obtenu le report.

Monsieur X croyait donc erronément que pour l'audience du 26 juin 2016, la Cour allait procéder de la même façon et reporter l'affaire au vu du fait que Monsieur X n'était pas encore assisté d'un avocat.

La non-comparution de Monsieur X à l'audience s'explique donc, non par une désinvolture du prévenu ne voulant pas confronter la juridiction, mais par le fait de son appréciation erronée de la situation, croyant que le cas ne serait pas jugé tant que sa demande d'assistance judiciaire ne serait pas instruite.

Au regard de ces éléments, le prévenu n'a donc - à aucun moment - pu se défendre à l'audience et donner ses explications. Ses droits ont été violés.

En statuant par jugement réputé contradictoire sans que le prévenu n'ait comparu, la Cour d'Appel a violé les dispositions légales précitées, à savoir l'article

6 paragraphes 1 et 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et doit être cassée. ».

En statuant par un arrêt avec effet contradictoire, les juges d'appel qui, en présence d'une citation à l'audience valablement notifiée au prévenu, apprécient souverainement la question de savoir si les raisons invoquées par le demandeur en cassation pour justifier son absence à l'audience constituent une excuse valable, n'ont pas violé les dispositions légales visées au moyen.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation :

« Tiré de la violation, sinon de la mauvaise application des article 89 de la Constitution et de l'article 195 du Code d'Instruction Criminelle.

L'article 89 de la Constitution dispose que << tout jugement est motivé >>.

L'article 195 du Code d'Instruction Criminelle dispose que << tout jugement définitif de condamnation sera motivé. >>

Or, en retenant que Monsieur X était convaincu des infractions suivantes :

Il résulte des développements qui précèdent que X est convaincu :

<< I. comme auteur ayant commis lui-même les infractions, en sa qualité d'administrateur responsable de la société soc1) S.A.,

1) depuis fin novembre 2009, à (...),

en infraction aux articles 577 du Code de commerce et 489 du Code pénal,

avoir détourné une partie de son actif,

en l'espèce, avoir soustrait de l'actif de la faillite de la société soc1) S.A. la voiture de marque AUDI type A4 immatriculée (...) en procédant à peine 6 semaines avant le prononcé de la faillite à l'immatriculation à son nom propre dudit véhicule en France en organisant ainsi fictivement au courant de la période suspecte, une vente à son profit sans contre-valeur financière et dans le seul but de faire sortir ce véhicule du patrimoine social,

2) vers la fin de l'année 2006, à (...),

en infraction à l'article 169 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales,

avoir commis un faux, avec une intention frauduleuse dans les bilans, par fabrication de dispositions dans les bilans,

en l'espèce avoir fait état d'un montant de €. 18.121,19 à titre de frais de personnel dans le cadre du bilan de l'année exercice 2006 alors même qu'aucun personnel n'était engagé au service de la S.A. soc1) et déclaré aux Organismes de Sécurité Sociale avant le 1er janvier 2007,

3) entre 2008 et le 31 juillet 2009, à (...),

en infraction à l'article 163-3° de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée plus spécialement par la loi du 2 décembre 1993,

en l'espèce, omis de faire publier les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée du contrôle de la S.A. soc1) au Registre de Commerce et des Sociétés et plus spécialement celui de l'exercice 2008,

II. comme auteur ayant commis lui-même l'infraction, en sa qualité d'administrateur responsable de la société SOC2) & ASSOCIES secs,

depuis octobre 2007, à (...),

4) en infraction aux articles 1er et 22 de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi que certaines professions libérales,

avoir exercé sans autorisation écrite à titre principal l'activité de comptable,

en l'espèce avoir sans autorisation écrite, à titre principal, exercé l'activité de comptable, en exécutant des travaux de comptabilité. >>

La Cour a violé les dispositions précitées.

Le procès s'étant déroulé - comme expliqué dans le premier moyen de cassation depuis le début de la procédure - sans la moindre intervention de Monsieur X qui n'a, à aucun moment, pu exposer son propre point de vue et fournir des explications, la motivation de la décision ne prend nécessairement en considération qu'une situation incomplète et une motivation fait défaut. ».

En tant que tiré de la violation des articles 89 de la Constitution et 195 du Code de procédure pénale, le moyen vise le défaut de motifs qui est un vice de forme.

Une décision judiciaire est régulière en la forme, dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré.

En retenant :

« La juridiction de première instance a correctement apprécié les circonstances de la cause.

Il est constant en cause que par jugements n° 42/2010 et 43/2010 rendus le 13 janvier 2010 par le tribunal d'arrondissement de Diekirch, la faillite des sociétés SOC1) S.A. et SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. a été prononcée et l'époque de la cessation des paiements a été fixée au 13 juillet 2009.

C'est à juste titre et par une motivation que la Cour adopte que la juridiction de première instance a retenu, sur base des éléments du dossier répressif, que X, pris en sa qualité d'administrateur de la société SOC1) S.A., a commis un acte de banqueroute frauduleuse, en l'espèce, en ayant, six semaines avant la déclaration en état de faillite de la société SOC1) S.A. du 13 janvier 2010, détourné la voiture de la marque Audi type A4 immatriculée (...) appartenant à la société SOC1). Il résulte, en effet, de la feuille 9 du procès-verbal n° JDA 2010/9811/1/DF du 20 février 2010 de la police SRPS de Diekirch qu'en date du 30 novembre 2009, X a fait immatriculer ce véhicule à son propre nom. Il en appert que le détournement frauduleux a eu lieu en pleine période suspecte et que c'est à bon droit que cette infraction a été retenue à l'encontre de X, sauf à préciser la date de l'infraction comme ayant été commise en novembre 2009.

Pour les motifs que la Cour adopte, il y a lieu également de confirmer la décision entreprise en ce que le tribunal a acquitté X, pris en ses qualités respectives d'administrateur de la société SOC1) S.A. et de la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s., des infractions lui reprochées à l'article 240 du Code pénal et à l'article 491 du Code pénal, en l'occurrence, d'avoir encaissé au courant des périodes visées par l'ordonnance de renvoi les montants respectifs de 13.715,15 euros et de 28.131,10 euros au titre de la TVA et d'avoir omis de continuer ces montants à l'Administration de l'enregistrement et des domaines, partant d'avoir détourné ces montants à des fins personnelles.

Il convient encore de confirmer, par adoption des motifs du tribunal, la décision entreprise quant à l'infraction à l'article 169 actuellement sanctionnée par l'article 1500-8 de la loi modifiée du 10 août 1915, laquelle reste établie en instance d'appel au vu des pièces versées quant à l'inscription de frais de personnel fictifs dans le bilan de la société SOC1) S.A. pour l'exercice 2006. Il y a cependant lieu de préciser la date de l'infraction comme ayant eu lieu vers la fin de l'année 2006.

En ce qui concerne les infractions retenues par la juridiction de première instance en relation avec la non publication dans les délais légaux des comptes annuels pour les exercices 2008 et 2009 de la société SOC1) S.A., la Cour constate que, si la prévention en relation avec la non publication des comptes annuels de la société SOC1) S.A. pour l'exercice 2008 reste établie en instance d'appel, au vu des pièces versées en cause, tel n'est pas le cas pour la prévention en relation avec la non publication des comptes annuels pour l'exercice 2009, alors qu'en date du 13 janvier 2010, jour du jugement déclaratif de faillite de la société SOC1) S.A., le délai prévu par l'article 79 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la

comptabilité et les comptes annuels des entreprises, en l'occurrence << au plus tard sept mois après la clôture de l'exercice >> n'avait pas encore expiré. Il y a partant lieu d'acquitter X de cette infraction.

En ce qui concerne la non publication des comptes annuels de la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. pour les exercices 2008 et 2009, la Cour relève qu'en l'espèce, les associés infiniment responsables de la société en commandite simple SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. sont d'une part, la société anonyme SOC1) S.A. et d'autre part, une personne physique, D), de sorte que, et eu égard aux dispositions de l'article 77 de la prédite loi modifiée du 19 décembre 2002, la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. n'était pas tenue de la publication de ses comptes annuels. Conformément aux conclusions du ministère public, il y a partant lieu d'acquitter X de cette prévention.

X n'ayant pas justifié avoir été en possession d'une autorisation d'établissement pour la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s., le jugement entrepris est encore à confirmer sur ce point, sauf qu'il y a lieu de préciser dans le libellé qu'il s'agit de l'activité de comptable, alors qu'il résulte de l'objet social de la société que celle-ci a eu comme objet social « la prestation de services administratifs et tous travaux de comptabilité » et qu'il résulte également du bilan de la société pour l'exercice social 2007 qu'il s'agissait d'une activité réellement exercée par la société, dès lors une activité propre et indépendante de celle de commerçante.»

les juges d'appel ont motivé leur décision de confirmer le jugement de première instance quant aux infractions retenues à charge du demandeur en cassation.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

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.

L'arrêt du 10 juillet 2019 doit encourir la cassation pour défaut de base légale en ce que le défaut de base légale est défini << comme l'insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaire pour statuer sur le droit >>.

Le moyen est subdivisé en deux branches :

1^{ère} branche du moyen :

En ce que

la Cour d'Appel a décidé que Monsieur X est convaincu d'avoir commis les infractions prévues à l'article 577 du Code de Commerce et 498 du Code Pénal, alors qu'en retenant, adoptant la motivation de la juridiction de première instance, notamment que Monsieur X a fait immatriculer le véhicule AUDI, type A4, immatriculé (L) (...) à son propre nom et qu'il en appert que << le détournement frauduleux a eu lieu en pleine période suspecte >>.

Or, que la simple constatation en fait que le véhicule a été à un moment donné été immatriculé au nom de Monsieur X, même s'il s'avère rétrospectivement que cette immatriculation a eu lieu pendant la période suspecte fixée par le jugement de faillite, n'établit pas en soi qu'il y a eu détournement frauduleux dans la mesure où cette immatriculation a pu être (et a est de fait survenue) pour des raisons sans rapport avec une intention de détournement.

Ainsi, s'il n'est pas contesté que les sociétés SOC1) SA et SOC2) & Associés Secs rencontraient, en 2009, quelques difficultés, l'immatriculation du véhicule AUDI, type A4, immatriculé (L) (...), au nom de Monsieur X en nom personnel, avait une explication et un but étranger distinct de celui de violer l'article 577 du Code de Commerce.

En juillet 2009, sans préjudice de date exacte, Monsieur X s'était rendu en France dans l'immeuble qui lui appartenait avec son épouse. Son épouse rencontrait ensuite des problèmes de santé graves. Monsieur X a dû rester aux côtés de celle-ci et n'a plus pu retourner pendant plusieurs mois au Grand-Duché de Luxembourg.

N'ayant pas d'autre véhicule à sa disposition, il a décidé à un moment donné, absorbé par sa situation familiale difficile d'immatriculer ledit véhicule AUDI en France où son séjour se prolongeait et l'a fait en son nom.

Il l'a fait pour des raisons pratiques et non dans une volonté expresse de le soustraire à l'actif des sociétés ignorant en effet à de ce moment qu'une faillite allait être prononcée.

Le demandeur en cassation ne demande pas à la Cour de Cassation de trancher sur le fond la question de savoir, si en considération de ces éléments., l'infraction est établie ni si la condamnation est justifiée.

Ces explications ne sont données que pour démontrer que les constatations en fait des juges du fond sont incomplètes, faute de prendre en considération, les explications potentiellement pertinentes, du prévenu.

La cassation prononcée sur le fondement du défaut de base légale résultant de l'insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaire pour statuer sur le droit >> 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'espèce les constatations en fait des juges du fond sont forcément et nécessairement incomplètes, alors que le prévenu n'a jamais pu exposer son point de vue.

Elles sont encore insuffisantes pour statuer en droit, à savoir pour déterminer si les éléments constitutifs de l'infraction et les conditions d'application des articles 577 du Code de Commerce et 498 du Code sont remplis.

L'arrêt doit encourir cassation de ce fait. »,

2ème branche du moyen

« En ce que

la Cour d'Appel a retenu que Monsieur X avait << en infraction à l'article 169 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et avait commis un faux avec l'intention frauduleuse dans les bilans par fabrication de disposition dans les bilans, en l'espèce, d'avoir fait état d'un montant de € 18.121,19.- à titre de frais ''de personnel'', dans le cadre du bilan de l'exercice 2006, alors même qu'aucun personnel n'était engagé au service de la société (SOC1) et déclaré aux organismes de sécurité sociale avant le 1^{er} janvier 2007. >>

Pour condamner Monsieur X de ce chef, la Cour d'Appel a, adoption des motifs du premier Juge, déduit de la simple inscription de frais ''de personnel'' dans le bilan de (SOC1) pour l'exercice 2006, que celle-ci était fictive, sans rechercher en fait l'explication de cette inscription.

Monsieur X n'ayant été ni entendu et n'ayant ni comparu à aucun stade de la procédure, n'a par ailleurs pas pu s'en expliquer.

Or cette inscription dans le bilan avait une explication précise et correspondait à une dépense effective et non fictive.

La société a exposé avant la déclaration de la première employée aux organismes de Sécurité Sociale en 2007 des frais << de personnel >> en ce qu'elle a rémunéré son administrateur Monsieur X, pour le travail effectivement presté par celui-ci entre le mois d'avril 2006 et fin 2006. Monsieur X était affilié à la sécurité sociale comme indépendant et non comme salarié de sorte qu'il n'apparaissait pas comme employé du point de vue de la sécurité sociale.

En sa qualité d'administrateur touchait des revenus pour le travail qu'il accomplissait pour la société avant de n'engager du personnel. L'inscription en question correspond en effet à des sommes réellement été exposés par la société et ayant une contrepartie et non à une inscription fictivement dans les bilans pour des raisons frauduleuses.

A nouveau le demandeur en cassation ne demande pas à la Cour de Cassation de trancher sur le fond la question de savoir, si en considération de ces éléments, l'infraction est établie ni si la condamnation est justifiée.

Ces explications ne sont données que pour démontrer que les constatations en fait des juges du fond (inscription de frais de personnels avant déclaration de personnel) sont incomplètes, faute de prendre en considération les explications potentiellement pertinentes, du prévenu.

Elles sont insuffisantes pour permettre à la Cour de statuer en droit, à savoir pour déterminer si les éléments constitutifs de l'infraction et les conditions d'application de l'article 169 sont remplies.

L'arrêt du 10 juillet 2019 doit encourir la cassation. ».

Sur la première branche du moyen :

Le défaut de base légale se définit comme l'insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaires pour statuer sur le droit.

Des constatations de fait incomplètes ou imprécises mettent la Cour dans l'impossibilité d'exercer pleinement son contrôle de l'application de la loi.

Quant à la prévention d'infraction aux articles 577 du Code de commerce et 489 du Code pénal, la Cour d'appel a motivé sa décision comme suit :

« C'est à juste titre et par une motivation que la Cour adopte que la juridiction de première instance a retenu, sur base des éléments du dossier répressif, que X, pris en sa qualité d'administrateur de la société SOCI) S.A., a commis un acte de banqueroute frauduleuse, en l'espèce, en ayant, six semaines avant la déclaration en état de faillite de la société SOCI) S.A. du 13 janvier 2010, détourné la voiture de la marque Audi type A4 immatriculée (...) (L) appartenant à la société SOCI). Il résulte, en effet, de la feuille 9 du procès-verbal n° JDA 2010/9811/1/DF du 20 février 2010 de la police SRPS de Diekirch qu'en date du 30 novembre 2009, X a fait immatriculer ce véhicule à son propre nom. Il en appert que le détournement frauduleux a eu lieu en pleine période suspecte et que c'est à bon droit que cette infraction a été retenue à l'encontre de X, sauf à préciser la date de l'infraction comme ayant été commise en novembre 2009. »

(...)

« Il résulte des développements qui précèdent que X est convaincu :

« I. comme auteur ayant commis lui-même les infractions, en sa qualité d'administrateur responsable de la société SOCI) S.A.,

depuis fin novembre 2009, à (...),

*en infraction aux articles 577 du Code de commerce et 489 du Code pénal,
avoir détourné une partie de son actif,*

en l'espèce, avoir soustrait de l'actif de la faillite de la société SOCI) S.A. la voiture de marque AUDI type A4 immatriculée (...) en procédant à peine 6 semaines avant le prononcé de la faillite à l'immatriculation à son nom propre dudit véhicule en France en organisant ainsi fictivement au courant de la période suspecte, une vente à son profit sans contre-valeur financière et dans le seul but de faire sortir ce véhicule du patrimoine social. ».

En se déterminant ainsi, les juges d'appel ont, par une motivation exempte d'insuffisance, confirmé la condamnation du demandeur en cassation du chef de l'infraction retenue à sa charge.

Il en suit que le troisième moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé.

Sur la seconde branche du moyen :

Quant à la prévention d'infraction à l'article 169 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, la Cour d'appel a motivé sa décision comme suit :

« Il convient encore de confirmer, par adoption des motifs du tribunal, la décision entreprise quant à l'infraction à l'article 169 actuellement sanctionnée par l'article 1500-8 de la loi modifiée du 10 août 1915, laquelle reste établie en instance d'appel au vu des pièces versées quant à l'inscription de frais de personnel fictifs dans le bilan de la société SOCI) S.A. pour l'exercice 2006. Il y a cependant lieu de préciser la date de l'infraction comme ayant eu lieu vers la fin de l'année 2006. ».

En se déterminant ainsi, les juges d'appel ont, par une motivation exempte d'insuffisance, confirmé la condamnation du demandeur en cassation du chef de l'infraction retenue à sa charge.

Il en suit que le troisième moyen, pris en sa seconde branche, n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation :

« Tiré de la violation de la loi, in spe, de l'article 577 du Code de Commerce et 489 du Code Pénal.

L'article 577 prévoit que << sera déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui se trouvera dans l'un des cas suivants (...) 2) s'il a détourné ou dissimulé une partie de son actif >>.

L'article 489 prévoit que << ceux qui, dans les cas prévus par le Code de Commerce, sont déclarés coupables de banqueroute seront condamnés :

- les banqueroutiers simples, un emprisonnement d'un mois à deux ans
- les banqueroutiers frauduleux, à la réclusion de cinq à dix ans

Les banqueroutiers simples pourront de plus être condamnés à l'interdiction (conformément à l'article 24) >>.

La Cour a violé ces articles en ce qu'elle a retenu que << Monsieur X avait soustrait de l'actif de la faillite de la société SOC1) sa la voiture de marque AUDI, type A4, immatriculé (L) (...) en procédant, à peine six semaines avant le prononcé de la faillite, à l'immatriculation à son nom dudit véhicule en France en organisant ainsi fictivement, au courant de la période suspecte, une vente à son profit, sans contre-valeur financière et dans le seul but de faire sortir ce véhicule du patrimoine social.

La violation de l'article 577 par le prévenu implique une intention frauduleuse de sa part.

Une telle intention frauduleuse n'existait pas en l'espèce au vu des circonstances de l'affaire sur lesquelles Monsieur X ne s'est expliqué.

Ainsi, s'il n'est pas contesté que les sociétés SOC1) SA et SOC2) & Associés Secs rencontraient, en 2009, des difficultés, l'immatriculation du véhicule AUDI, type A4, immatriculé (L) (...), au nom de Monsieur X en nom personnel, avait une explication et un but étranger distinct de celui de violer l'article 577 du Code de Commerce.

En juillet 2019, sans préjudice de date exacte, Monsieur X s'était rendu en France dans l'immeuble qui lui appartenait avec son épouse, et a - en raison de problèmes de santé de son épouse - dû rester aux côtés de celle-ci et n'est plus retourné au Grand-Duché de Luxembourg.

N'ayant pas de véhicule à sa disposition en France, il a décidé d'immatriculer ledit véhicule AUDI à son nom.

Il l'a fait pour des raisons pratiques et non dans une volonté expresse de le soustraire à l'actif des sociétés.

La procédure de faillite ne fut introduite que beaucoup plus tard.

En ne déterminant pas l'existence de l'intention frauduleuse du prévenu, la Cour d'appel n'a pas vérifié si les éléments constitutifs de l'infraction et les conditions d'application des articles 577 du Code de Commerce et 498 du Code étaient remplies et a partant violé ces articles qui supposent pour être applicables un élément intentionnel. ».

Par les motifs cités dans la réponse au troisième moyen, pris en sa première branche, les juges d'appel ont correctement décidé que tous les éléments constitutifs de l'infraction aux articles 577 du Code de commerce et 489 du Code pénal, retenue à charge du demandeur en cassation, étaient réunis.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le cinquième 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.

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 Cour d'Appel a violé cet article en retenant, pour décider que Monsieur X était convaincu de l'infraction aux articles 1^{er} et 22 de la loi du 22 septembre 2011, que << X n'avant pas justifié avoir été en possession d'une autorisation d'établissement pour la société SOC2) & Associés Secs, le jugement entrepris est à confirmer sur ce point, sauf qu'il y a lieu de préciser dans le libellé qu'il s'agit de l'activité de comptable, alors qu'il résulte de l'objet social de la société que celle-ci a eu comme objet social la prestation de services administratifs et tous travaux de comptabilité.

Il résulte également du bilan de la société pour l'exercice 2007 qu'il s'agissait d'une activité réellement exercée par la société lors d'une activité propre et indépendante de celle de commerçant >>.

En décidant de la sorte, la Cour d'Appel a méconnu les dispositions de l'article 6 paragraphe 2 et a renversé la charge de la preuve.

Dans le cadre du procès pénal, il appartient au Ministère Public d'établir positivement que les éléments constitutifs d'une infraction sont donnés.

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, la Cour demandant à Monsieur X de prouver l'existence d'une autorisation alors qu'il appartenait à la partie poursuivante de déterminer l'absence d'une telle autorisation.

La condamnation est intervenue sur la supposition que SOC2) & ASSOCIES s'opérait sans autorisation, faute pour le prévenu d'avoir démontré qu'elle en avait une.

Or que le prévenu n'a - comme expliqué dans le cadre du premier moyen de cassation - été ni interrogé ni entendu à aucun stade de la procédure, ni n'a comparu en première instance ou en instance d'appel, ne lui a d'ailleurs pas permis de présenter au Iers juges il n'a pas pu fournir le moindre élément pour confirmer ou infirmer le reproche d'exercice d'une activité sans être en possession d'une autorisation d'établissement.

Il y a donc eu violation sinon refus d'application de l'article 6 § 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme

L'arrêt doit partant être cassé. ».

Au vu du résultat d'une enquête effectuée auprès du Ministère des classes moyennes, de laquelle il résultait qu'aucune suite favorable n'avait été accordée à la demande d'autorisation d'établissement présentée par le demandeur en cassation pour la société Soc2) & Associés, les juges d'appel n'ont pas procédé à un renversement de la charge de la preuve en retenant, par une appréciation souveraine qui échappe au contrôle de la Cour de cassation, que le demandeur en cassation avait commis l'infraction d'avoir exercé, à titre principal, une activité dans le domaine du commerce sans être en possession d'une autorisation d'établissement. Ils n'ont partant pas violé la disposition visée au moyen.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 4,25 euros.

Ainsi jugé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **dix-huit juin deux mille vingt**, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, composée de :

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier à la Cour Viviane PROBST.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER et du greffier Viviane PROBST.

Conclusions du Parquet Général

dans l'affaire de cassation

X

contre le Ministère Public

N° CAS-2019-00121 du registre

Par déclaration faite le 8 août 2019 au greffe de la Cour Supérieure de Justice du Grand-Duché de Luxembourg, Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, a formé au nom et pour le compte de X (ci-après « X ») un recours en cassation contre un arrêt n° 256/19 rendu le 10 juillet 2019 par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle et en instance d'appel.

Cette déclaration de recours a été suivie le 6 septembre 2019 par le dépôt du mémoire en cassation prévu à l'article 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, signé par Maître Cathy ARENDT.

Le pourvoi, dirigé contre un arrêt qui a statué de façon définitive sur l'action publique, a été déclaré dans la forme et le délai de la loi. De même, le mémoire en cassation prévu à l'article 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 a été déposé dans la forme et le délai y imposés¹.

Le pourvoi est partant recevable.

Faits et rétroactes

Par jugement n° 255/2016 du 21 avril 2016, le tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en chambre correctionnelle, a condamné X à une peine d'emprisonnement et à une amende des chefs de banqueroute frauduleuse et faux commis dans les bilans en rapport avec la société SOC1) S.A., infraction à la

¹ L'arrêt entrepris, réputé contradictoire, a été notifié au demandeur en cassation le 18 juillet 2019. Le délai d'un mois prévu à l'article 41 de la loi modifiée du 18 février 1885 pour la déclaration du pourvoi a donc expiré le 19 août 2019. Le délai d'un mois prévu à l'article 43 de la loi pour déposer le mémoire en cassation a expiré le 9 septembre 2019.

législation sur le droit d'établissement en rapport avec la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. et défaut de publication des comptes annuels en rapport avec les deux sociétés prémentionnées.

Sur l'appel du prévenu et du Ministère public, la Cour d'appel, par un arrêt réputé contradictoire du 10 juillet 2019, réformant, a maintenu la condamnation de X pour la prévention de défaut de publication des comptes annuels uniquement en rapport avec un exercice social de la société SOC1) S.A., a redressé le libellé de la déclaration de culpabilité en rapport avec l'infraction à la législation sur le droit d'établissement, a précisé les circonstances de temps de l'ensemble des déclarations de culpabilité, a réduit la peine d'emprisonnement et a ordonné la réintégration à la masse du véhicule détourné.

Le pourvoi est dirigé contre cet arrêt.

Sur le premier moyen de cassation

Le premier moyen est tiré de la violation de la loi, en l'espèce, de l'article 6, paragraphes 1^{er} et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application de ces textes.

Les dispositions dont la violation est invoquée par le demandeur en cassation sont de la teneur suivante :

- Article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) publiquement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »

- Article 6, paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme :

« 3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ».

Il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir violé les dispositions reproduites au moyen « *en décidant de retenir et de prendre en délibéré l'affaire à l'audience du 26 juin 2019 et en décidant de statuer avec effet contradictoire à l'encontre du prévenu X, au motif que Monsieur X ne se serait pas présenté pour fournir des explications au sujet des suites relatives à sa demande d'assistance judiciaire, respectivement pour solliciter une refixation de l'affaire et en retenant que :*

« dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle remise de l'affaire.

(...)

La citation ayant été valablement notifiée à la personne du prévenu, le présent arrêt sera réputé contradictoire, conformément aux dispositions de l'article 185 (2 bis) du Code de procédure pénale. »

Le demandeur en cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir violé ses droits de la défense, et en particulier son droit de prendre position sur les accusations formulées à son encontre, son droit de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense et son droit d'être entendu à une audience publique par le juge qui statue sur le fond de l'accusation.

Il fait valoir qu'il n'a pas été convoqué pour une audition préalablement à son jugement et affirme ne pas avoir reçu la citation à prévenu pour l'audience en première instance qui aurait été notifiée à une adresse en France où il ne résidait plus.

Concernant la procédure d'appel, il dit avoir cru que l'information que l'assistance judiciaire ne lui avait pas encore été accordée, information qu'il a communiquée à la Cour d'appel, aurait été suffisante pour obtenir une nouvelle remise de l'affaire, sans qu'il ne soit nécessaire qu'il compare personnellement.

La Cour européenne de droits de l'homme retient qu'en matière pénale, une information précise et complète des charges pesant contre un accusé, comprenant

la qualification juridique que la juridiction pourrait retenir à son encontre, est une condition essentielle de l'équité de la procédure². L'acte d'accusation joue un rôle déterminant dans les poursuites pénales: à compter de sa signification, la personne mise en cause est officiellement avisée de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre elle³. L'information doit réellement être reçue par l'accusé ; une présomption légale de réception ne suffit pas⁴. Cependant, si la situation dénoncée est imputable au propre comportement de l'accusé, ce dernier n'est pas en mesure d'alléguer une violation des droits de la défense⁵.

Le droit de se défendre soi-même ou par le biais d'un avocat garantit que la procédure dirigée contre un accusé ne se déroulera pas sans que celui-ci soit adéquatement représenté aux fins de sa défense⁶. Lorsqu'est examinée la question de savoir si l'accusé a disposé d'un délai adéquat pour la préparation de sa défense, il faut tenir particulièrement compte de la nature du procès ainsi que de la complexité de l'affaire et du stade de la procédure⁷.

En l'espèce, il est exact que le prévenu n'a pas fait l'objet d'une audition au cours de la phase de l'enquête préliminaire. En effet, dans la mesure le prévenu résidait à l'étranger, respectivement que son lieu de résidence à l'étranger n'était pas connu, la police n'a pas pu procéder à son audition. Une demande d'entraide internationale en matière pénale aux fins de l'audition du prévenu à l'étranger n'a pas été effectuée par le Ministère public.

Le Ministère public a cependant adressé une demande d'entraide internationale en matière pénale au Parquet de Draguignan en France afin de faire notifier au prévenu l'ordonnance de la chambre du conseil du 1^{er} mars 2012⁸ qui, statuant sur réquisitoire du Ministère public du 17 janvier 2012, a ordonné la correctionnalisation des crimes de banqueroute frauduleuse par détournement d'actif et faux commis dans les bilans en rapport avec la société SOC1) S.A. et le renvoi sans instruction préparatoire⁹ du prévenu X devant le tribunal correctionnel de Diekirch du chef de ces infractions. Cette ordonnance contient l'indication concrète des faits reprochés à X en rapport avec ces infractions, ainsi

² Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à un procès équitable (volet pénal) – Cour européenne des droits de l'homme, version du 31 décembre 1999, n° 360.

³ Idem, n° 362.

⁴ Idem, n° 367.

⁵ Idem n° 368.

⁶ Idem n° 406.

⁷ Idem n° 388.

⁸ Pièce n° 1 du Parquet général.

⁹ En application de l'article 132 (1) du Code de procédure pénale.

que leur qualification juridique. La notification de l'ordonnance à la personne de X a été effectuée le 17 août 2012 par la gendarmerie française.

X a partant été mis au courant dès le 17 août 2012 de l'existence des accusations de banqueroute frauduleuse et faux commis dans les bilans formulées à son encontre en rapport avec la société SOC1) S.A. et a été placé dès cet instant en mesure d'exercer ses droits de la défense par rapport à ces préventions pénales.

Ensuite, contrairement à l'affirmation du demandeur en cassation, celui-ci a bien reçu notification de la citation à prévenu du 3 février 2016¹⁰ pour l'audience du 14 mars 2016 devant le tribunal correctionnel de Diekirch. Cette citation a été notifiée le 8 février 2016 à sa propre personne à son adresse à (...). L'accusé de réception porte sa signature. De plus, par télécopie du 6 mars 2016¹¹ adressée à Messieurs les Président et Procureur d'Etat du tribunal d'arrondissement de Diekirch, X accuse réception de la citation à prévenu et demande le report de l'audience pour bénéficier de l'assistance judiciaire. Le 8 mars 2016, il envoie au Ministère public, de nouveau par télécopie, copie d'un formulaire partiellement rempli d'une « *demande d'aide judiciaire dans un autre Etat-membre de l'Union européenne* » auquel il a ajouté une copie de la citation à prévenu du 3 février 2016¹².

La citation à prévenu reprend les deux préventions renvoyées en vertu de l'ordonnance de renvoi du 1^{er} mars 2012 et comprend, en outre, la formulation de nouvelles accusations, de nature correctionnelle, de défaut de publication des comptes annuels pour les sociétés SOC1) S.A. et SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. et infraction à la législation sur le droit d'établissement en rapport avec la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. La citation à prévenu contient de nouveau l'indication concrète des faits reprochés à X ainsi que leur qualification juridique et suffit à ce titre aux exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme telle que citée ci-dessus.

N'ayant pas comparu à l'audience à laquelle il a été cité, X est condamné par défaut suivant jugement du tribunal correctionnel de Diekirch du 21 avril 2016 à une peine d'emprisonnement de douze mois, ainsi qu'à une amende de 2.500 euros.

¹⁰ Pièce n° 2 du Parquet général.

¹¹ Pièce n° 3 du Parquet général.

¹² Pièce n° 4 du Parquet général.

Ce jugement est notifié à sa personne le 18 avril 2018 avec l'indication qu'il est susceptible d'opposition et d'appel¹³.

Négligeant le recours de l'opposition qui lui aurait pourtant permis de faire rejurer intégralement l'affaire en première instance, X relève appel le 16 mai 2018 et porte l'affaire devant la Cour d'appel.

A l'audience du 26 juin 2019, le prévenu n'ayant comparu ni en personne, ni par mandataire, la Cour d'appel décide de retenir l'affaire et de statuer par un arrêt réputé contradictoire à l'égard de X, non sans avoir constaté ce qui suit :

« Il résulte des rétroactes de la procédure que l'affaire a fait l'objet d'une première remise le 31 octobre 2018, suite au dépôt de mandat le 30 octobre 2018 par le mandataire de l'époque de X ; qu'en date du 27 mars 2019, l'affaire a été remise une deuxième fois pour permettre à X de présenter une nouvelle demande d'assistance judiciaire, alors que différentes pièces avaient manqué et avaient été rappelées par courrier du Barreau du 31 janvier 2019.

Le 26 juin 2019, X a envoyé un courrier électronique au Parquet général duquel il résulte qu'il a envoyé le 19 juin 2019 au Barreau de Luxembourg différentes pièces manquantes, établies et signées par lui-même.

X ne s'est pas présenté pour fournir des explications au sujet des suites réservées à sa demande d'assistance judiciaire, respectivement pour solliciter une re fixation de l'affaire. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle remise de l'affaire.

Il résulte des modalités de la notification de la citation du 2 mai 2019 que celle-ci a été remise à la personne de son destinataire le 7 mai 2019.

La citation ayant été valablement notifiée à la personne du prévenu, le présent arrêt sera réputé contradictoire, conformément aux dispositions de l'article 185 (2 bis) du Code de procédure pénale. »

Il résulte des développements qui précèdent que X a reçu notification de l'acte d'accusation contenant l'indication concrète des faits lui reprochés ainsi que leur qualification juridique et qu'il a disposé d'un délai adéquat pour la préparation de sa défense, de sorte que les exigences imposées à cet égard par la Convention européenne des droits de l'homme relatives ont été respectées.

¹³ Pièce n° 5 du Parquet général.

X avait l'occasion de s'expliquer tant devant les juges de première instance que devant les juges d'appel. Bien qu'ayant à chaque fois reçu personnellement notification des citations, il ne s'est à aucun moment présenté devant les juges, de sorte qu'il a été jugé *in absentia*.

En appel, un avocat mandaté par lui a déposé son mandat sans avoir pris position sur le fond de l'accusation et l'affaire a été remise à deux reprises pour permettre à X de se faire assister par un nouvel avocat. A l'audience du 26 juin 2019, soit près de huit mois après la première remise de l'affaire, sa demande d'assistance judiciaire n'a toujours pas abouti et le prévenu n'a de nouveau pas comparu devant les juges et ne s'est pas fait représenter, ne serait-ce que pour fournir des explications au sujet des suites réservées à sa demande d'assistance judiciaire, respectivement pour solliciter une refixation de l'affaire.

Dans ces conditions, il est manifeste que la violation alléguée des droits de la défense est entièrement imputable¹⁴ au demandeur en cassation lui-même et celui-ci ne saurait se prévaloir de la violation des dispositions visées au moyen.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation

Le deuxième moyen de cassation est tiré de la violation, sinon de la mauvaise application de l'article 89 de la Constitution et de l'article 195 du Code de procédure pénale qui font obligation aux juges de motiver leurs jugements.

Aux termes de ce moyen, il est fait grief aux juges d'appel d'avoir failli à leur obligation de motivation dans la mesure où ayant décidé de retenir l'affaire en l'absence de X et ce dernier n'ayant pas été mis en mesure de prendre position, à un stade quelconque de la procédure pénale menée à son encontre, par rapport aux accusations formulées contre lui, la motivation de l'arrêt entrepris serait viciée puisqu'elle ne tiendrait compte que d'une situation incomplète.

En reprochant aux juges d'appel d'avoir insuffisamment motivé leur décision de condamnation, le moyen vise le défaut de base légale, vice de fond non visé par le texte de loi énoncé.

¹⁴ Voir référence en bas de page n° 5.

Il en suit que, sous ce rapport, le moyen est irrecevable.

En tant que tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution, le moyen vise le défaut de motivation au sens de l'absence totale de motifs¹⁵. Ce grief est constitutif d'un vice de forme¹⁶. Une décision judiciaire est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation expresse ou implicite, fût-elle incomplète ou viciée, sur le point considéré¹⁷.

Les dispositions en cause de l'arrêt entrepris sont les suivantes :

« La juridiction de première instance a correctement apprécié les circonstances de la cause.

Il est constant en cause que par jugements n° 42/2010 et 43/2010 rendus le 13 janvier 2010 par le tribunal d'arrondissement de Diekirch, la faillite des sociétés SOCI) S.A. et SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. a été prononcée et l'époque de la cessation des paiements a été fixée au 13 juillet 2009.

C'est à juste titre et par une motivation que la Cour adopte que la juridiction de première instance a retenu, sur base des éléments du dossier répressif, que X, pris en sa qualité d'administrateur de la société SOCI) S.A., a commis un acte de banqueroute frauduleuse, en l'espèce, en ayant, six semaines avant la déclaration en état de faillite de la société SOCI) S.A. du 13 janvier 2010, détourné la voiture de la marque Audi type A4 immatriculée (...) (L) appartenant à la société SOCI). Il résulte, en effet, de la feuille 9 du procès-verbal n° JDA 2010/9811/1/DF du 20 février 2010 de la police SRPS de Diekirch qu'en date du 30 novembre 2009, X a fait immatriculer ce véhicule à son propre nom. Il en appert que le détournement frauduleux a eu lieu en pleine période suspecte et que c'est à bon droit que cette infraction a été retenue à l'encontre de X, sauf à préciser la date de l'infraction comme ayant été commise en novembre 2009.

Pour les motifs que la Cour adopte, il y a lieu également de confirmer la décision entreprise en ce que le tribunal a acquitté X, pris en ses qualités respectives d'administrateur de la société SOCI) S.A. et de la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s., des infractions lui reprochées à l'article 240 du Code pénal et à l'article 491 du Code pénal, en l'occurrence, d'avoir encaissé au

¹⁵ p. ex. Cass. 2 mars 2017, n° 3769 du registre.

¹⁶ p. ex. Cass. 29 janvier 2009, n° 2592 du registre.

¹⁷ p. ex. Cass. 15 octobre 2015, n° 3533 du registre.

courant des périodes visées par l'ordonnance de renvoi les montants respectifs de 13.715,15 euros et de 28.131,10 euros au titre de la TVA et d'avoir omis de continuer ces montants à l'Administration de l'enregistrement et des domaines, partant d'avoir détourné ces montants à des fins personnelles.

Il convient encore de confirmer, par adoption des motifs du tribunal, la décision entreprise quant à l'infraction à l'article 169 actuellement sanctionnée par l'article 1500-8 de la loi modifiée du 10 août 1915, laquelle reste établie en instance d'appel au vu des pièces versées quant à l'inscription de frais de personnel fictifs dans le bilan de la société SOC1) S.A. pour l'exercice 2006. Il y a cependant lieu de préciser la date de l'infraction comme ayant eu lieu vers la fin de l'année 2006.

En ce qui concerne les infractions retenues par la juridiction de première instance en relation avec la non publication dans les délais légaux des comptes annuels pour les exercices 2008 et 2009 de la société SOC1) S.A., la Cour constate que, si la prévention en relation avec la non publication des comptes annuels de la société SOC1) S.A. pour l'exercice 2008 reste établie en instance d'appel, au vu des pièces versées en cause, tel n'est pas le cas pour la prévention en relation avec la non publication des comptes annuels pour l'exercice 2009, alors qu'en date du 13 janvier 2010, jour du jugement déclaratif de faillite de la société SOC1) S.A., le délai prévu par l'article 79 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, en l'occurrence « au plus tard sept mois après la clôture de l'exercice » n'avait pas encore expiré. Il y a partant lieu d'acquitter X de cette infraction.

En ce qui concerne la non publication des comptes annuels de la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. pour les exercices 2008 et 2009, la Cour relève qu'en l'espèce, les associés infiniment responsables de la société en commandite simple SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. sont d'une part, la société anonyme SOC1) S.A. et d'autre part, une personne physique, D), de sorte que, et eu égard aux dispositions de l'article 77 de la prédite loi modifiée du 19 décembre 2002, la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. n'était pas tenue de la publication de ses comptes annuels. Conformément aux conclusions du ministère public, il y a partant lieu d'acquitter X de cette prévention.

X n'ayant pas justifié avoir été en possession d'une autorisation d'établissement pour la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s., le jugement entrepris est encore à confirmer sur ce point, sauf qu'il y a lieu de préciser dans le libellé qu'il s'agit de l'activité de comptable, alors qu'il résulte de l'objet social de la société que celle-ci a eu comme objet social « la prestation de services administratifs et tous travaux de comptabilité » et qu'il résulte également du bilan de la société pour l'exercice social 2007 qu'il s'agissait d'une activité réellement exercée par la société, dès lors une activité propre et indépendante de celle de commerçante.»

Par ces appréciations, les juges d'appel ont formellement motivé chacune des décisions de culpabilité retenues à charge de X.

Il en suit que, sous ce rapport, le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation

Le troisième moyen de cassation est tiré du défaut de base légale et est divisé en deux branches.

Aux termes de la première branche du moyen, il est fait grief aux juges d'appel d'avoir insuffisamment motivé leur décision de culpabilité par rapport à l'infraction de banqueroute frauduleuse par détournement d'actif, ceci au regard des articles 577 du Code de commerce et 498 [sic] du Code pénal.

Le demandeur en cassation considère que la simple constatation que le véhicule de la société SOC1) S.A. a été immatriculé au nom de sa personne en période suspecte précédant la mise en faillite de cette société n'établit pas en soi qu'il y a eu détournement frauduleux, dans la mesure où cette immatriculation pourrait s'expliquer par des raisons sans rapport avec une intention de détournement. Il estime encore que la motivation de l'arrêt entrepris est incomplète, alors qu'il n'aurait pas été mis en mesure de faire valoir son point de vue à un stade quelconque de la procédure pénale menée à son encontre.

Le moyen est irrecevable en sa première branche par rapport à l'article 498 du Code pénal qui incrimine la tromperie sur le bien vendu, cette disposition légale étant étrangère à l'arrêt entrepris. Le demandeur en cassation s'est manifestement trompé d'article et voulait viser l'article 489 du Code pénal qui prévoit les sanctions pénales pour l'infraction de banqueroute frauduleuse.

L'article 577 du Code de commerce, également visé au moyen, incrimine l'infraction de banqueroute frauduleuse. Les dispositions en cause de cet article sont libellées comme suit :

Sera déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui se trouvera dans l'un des cas suivants :

(...)

2° s'il a détourné ou dissimulé une partie de son actif »

Sauf à considérer que le moyen est entièrement irrecevable en sa première branche pour constituer moyen complexe puisqu'il articule la violation de deux dispositions légales de fond différentes dont l'une porte sur l'infraction de tromperie sur le bien vendu et l'autre sur celle de banqueroute frauduleuse, le moyen est recevable à l'égard de l'article 577 du Code de commerce.

En ce qui concerne le bien-fondé du moyen pris en sa première branche, l'arrêt entrepris est motivé comme suit sur le point considéré :

« C'est à juste titre et par une motivation que la Cour adopte que la juridiction de première instance a retenu, sur base des éléments du dossier répressif, que X, pris en sa qualité d'administrateur de la société SOCI) S.A., a commis un acte de banqueroute frauduleuse, en l'espèce, en ayant, six semaines avant la déclaration en état de faillite de la société SOCI) S.A. du 13 janvier 2010, détourné la voiture de la marque Audi type A4 immatriculée (...) (L) appartenant à la société SOCI). Il résulte, en effet, de la feuille 9 du procès-verbal n° JDA 2010/9811/1/DF du 20 février 2010 de la police SRPS de Diekirch qu'en date du 30 novembre 2009, X a fait immatriculer ce véhicule à son propre nom. Il en appert que le détournement frauduleux a eu lieu en pleine période suspecte et que c'est à bon droit que cette infraction a été retenue à l'encontre de X, sauf à préciser la date de l'infraction comme ayant été commise en novembre 2009. »

(...)

« Il résulte des développements qui précèdent que X est convaincu :

« I. comme auteur ayant commis lui-même les infractions, en sa qualité d'administrateur responsable de la société SOC1) S.A.,

1) depuis fin novembre 2009, à (...),

en infraction aux articles 577 du Code de commerce et 489 du Code pénal,

avoir détourné une partie de son actif,

en l'espèce, avoir soustrait de l'actif de la faillite de la société SOC1) S.A. la voiture de marque AUDI type A4 immatriculée (...) en procédant à peine 6 semaines avant le prononcé de la faillite à l'immatriculation à son nom propre dudit véhicule en France en organisant ainsi fictivement au courant de la période suspecte, une vente à son profit sans contre-valeur financière et dans le seul but de faire sortir ce véhicule du patrimoine social. »

En se déterminant par cette motivation, les juges d'appel ont retenu, en vertu d'une appréciation souveraine des faits et éléments de preuve, que le demandeur en cassation a immatriculé au profit de sa personne un véhicule appartenant à la société SOC1) S.A., sans substitution de contrepartie et dans le seul but de faire sortir le véhicule du patrimoine social, à peine six semaines avant le prononcé de la faillite de la société SOC1) S.A., soit en pleine période suspecte. Ils ont implicitement mais nécessairement considéré que X a commis des actes volontaires et a agi sciemment et en connaissance de cause, sachant que le véhicule en question faisait partie de l'actif de la société et ne lui appartenait pas. Ce faisant, ils ont caractérisé à suffisance l'infraction de banqueroute frauduleuse par détournement d'actif incriminée à l'article 577 du Code de commerce, y compris son élément moral.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé en sa première branche.

Aux termes de la deuxième branche du moyen, il est fait grief aux juges d'appel d'avoir insuffisamment motivé leur décision de culpabilité par rapport à l'infraction de faux commis dans les bilans, incriminée par l'article 169 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Le demandeur en cassation reproche en particulier aux juges d'appel de ne pas avoir recherché de justification à l'inscription de frais personnel pour l'exercice 2006 de la société SOC1) S.A. et explique que cette inscription serait en rapport avec sa propre rémunération en tant qu'administrateur de la société.

En l'espèce, l'arrêt entrepris est motivé comme suit sur le point considéré :

« Il convient encore de confirmer, par adoption des motifs du tribunal, la décision entreprise quant à l'infraction à l'article 169 actuellement sanctionnée par l'article 1500-8 de la loi modifiée du 10 août 1915, laquelle reste établie en instance d'appel au vu des pièces versées quant à l'inscription de frais de personnel fictifs dans le bilan de la société SOCI) S.A. pour l'exercice 2006. Il y a cependant lieu de préciser la date de l'infraction comme ayant eu lieu vers la fin de l'année 2006. »

La motivation des juges de première instance sur ce point est de la teneur suivante :

« Quant à l'infraction reprochée sub I) A) 2. de la citation au prévenu, il lui est reproché d'avoir, en sa qualité d'administrateur de la SOCI) S.A. fait état d'un montant de 18.121,19 euros à titre de frais de personnel dans le cadre du bilan de l'année d'exercice 2006, alors qu'avant le 1^{er} janvier 2007 aucun personnel n'était engagé au service de cette société et déclaré aux organismes de Sécurité Sociale.

Il y a lieu de retenir également cette infraction à l'encontre du prévenu, alors qu'il a commis un faux en écriture de commerce. Par le fait d'inscrire des frais de personnel fictifs dans le bilan pour l'année d'exercice 2006, il a commis frauduleusement une altération de la vérité dans un écrit protégé par la loi, le bilan d'une société étant un écrit produisant un effet juridique, renseignant les tiers sur la situation patrimoniale du commerçant. Il a y a lieu de retenir cette infraction à l'encontre de X. »

Il est rappelé que Votre Cour admet la motivation par adoption des motifs des premiers juges¹⁸. La référence aux motifs du jugement de première instance implique que les juges d'appel ont vérifié et reconnu exactes les énonciations et constatations de celui-ci.

Pour déclarer le prévenu X convaincu de l'infraction de faux commis dans les bilans, les juges d'appel se sont référés à la motivation de première instance tout en apportant une motivation additionnelle propre.

¹⁸ J. et L. Boré, la cassation en matière civile, 5^e éd., n° 77.241 ; v. aussi p.ex. Cass. 18 décembre 2014, numéro 3440 du registre (réponse au premier moyen de cassation) ; Cass. 10 mars 2016, numéro 3587 du registre (réponse au premier moyen de cassation).

Les juges d'appel ont considéré, en vertu d'une appréciation souveraine des faits et éléments de preuve, que X a inscrit des frais de personnel fictifs dans le bilan de la société SOC1) S.A. pour l'exercice 2006 et ont retenu qu'il a de ce fait frauduleusement altéré la vérité dans ce bilan et que, dans la mesure où le bilan d'une société était un écrit protégé par la loi, il s'est rendu coupable de l'infraction de faux (intellectuel) commis dans les bilans. Ils ont implicitement mais nécessairement considéré que X a commis des actes volontaires et a agi sciemment et en connaissance de cause, sachant que cette inscription ne correspondait pas à la réalité. Par ces appréciations, les juges d'appel ont à suffisance caractérisé l'infraction de faux commis dans les bilans, incriminée à l'article 169, actuellement 1500-8, de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé non plus en sa seconde branche.

Sur le quatrième moyen de cassation

Le quatrième moyen de cassation est tiré de la violation de la loi, à savoir de l'article 577 du Code de commerce et de l'article 489 du Code pénal qui respectivement incriminent et répriment l'infraction de banqueroute frauduleuse.

Aux termes de ce moyen, le demandeur en cassation fait grief aux juges d'appel de ne pas avoir déterminé l'existence de l'intention frauduleuse. Les juges d'appel auraient ainsi violé la loi faute d'avoir vérifié si toutes les conditions d'application de l'infraction de banqueroute frauduleuse étaient remplies.

Ce moyen articule en réalité une insuffisance de motivation et vise dès lors le cas d'ouverture du défaut de base légale, distinct du cas d'ouverture de la violation de la loi visé au moyen.

Il en suit qu'à ce titre le moyen est irrecevable.

A titre subsidiaire, le moyen n'est pas fondé pour les motifs reproduits en réponse à la première branche du moyen précédent.

Sur le cinquième moyen de cassation

Le cinquième moyen de cassation est tiré de la violation, sinon du refus d'application de l'article 6, paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le principe de la présomption d'innocence en matière pénale.

A l'appui de ce moyen, il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir considéré, pour retenir X dans les liens de l'infraction aux articles 1^{er} et 22 de la loi du 22 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, que « *X n'a pas justifié avoir été en possession d'une autorisation d'établissement pour la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s. (...)* ».

Ce faisant, la Cour d'appel aurait opéré un renversement de la charge de la preuve, méconnaissant ainsi le principe de la présomption d'innocence dont bénéficie tout accusé et qui veut que la charge de la preuve pèse sur le Ministère public.

En l'espèce, l'arrêt entrepris est motivé comme suit sur le point considéré :

« X n'ayant pas justifié avoir été en possession d'une autorisation d'établissement pour la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s., le jugement entrepris est encore à confirmer sur ce point, sauf qu'il y a lieu de préciser dans le libellé qu'il s'agit de l'activité de comptable, alors qu'il résulte de l'objet social de la société que celle-ci a eu comme objet social « la prestation de services administratifs et tous travaux de comptabilité » et qu'il résulte également du bilan de la société pour l'exercice social 2007 qu'il s'agissait d'une activité réellement exercée par la société, dès lors une activité propre et indépendante de celle de commerçante. »

Également ici, au vu de la terminologie employée « *le jugement de première instance est encore à confirmer sur ce point* » il doit être admis que les juges d'appel se sont de nouveau référés à la motivation du jugement de première instance, ce jugement étant d'ailleurs reproduit intégralement dans l'arrêt entrepris.

Or, le jugement de première instance est motivé comme suit sur ce point :

« Concernant les infractions reprochées sub II) B) 5. et sub II) B) 6. de la citation, il résulte de l'enquête menée en cause que la société SOC2)&ASSOCIES secs présentait le 17 octobre 2007 une demande en

obtention d'une autorisation d'établissement au Ministère des classes moyennes, mais qu'aucune autorisation ne lui fut accordée. Il y a donc lieu de retenir à l'encontre du prévenu l'infraction lui reprochée sub II) B) 5. de la citation, alors que la société dont il était le responsable a eu une activité commerciale régulière sans être détentrice de l'autorisation requise et de l'acquitter partant de l'infraction libellée sub II) B) 6., la société n'ayant pas posé de actes de nature commerciale séparés, pour lesquels elle aurait dû avoir une autorisation. Comme la loi du 2 septembre 2011 actuellement en vigueur a abrogé et remplacé la loi du 28 décembre 1988, il y a lieu de retenir la loi du 2 septembre 2011 à titre de base légale pour la condamnation. »

La Cour n'a partant pas opéré un renversement de la charge de la preuve, mais a considéré, en vertu d'une appréciation souveraine des faits et éléments de preuve produits par l'accusation, à savoir qu'il résulte d'une enquête menée auprès du Ministère des classes moyennes qu'une demande en obtention d'une autorisation d'établissement avait été présentée, mais qu'aucune autorisation ne fut accordée pour la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s., que le prévenu X n'avait pas justifié être en possession d'une autorisation d'établissement pour cette société, partant qu'il était établi qu'une telle autorisation d'établissement faisait défaut.

Il est encore relevé que suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de la présomption d'innocence ne s'oppose pas à ce que la défense puisse être tenue de fournir une explication une fois que l'accusation a présenté suffisamment d'éléments contre l'accusé et il n'y a pas de renversement de la charge de la preuve dans ce cas¹⁹.

Le Ministère public ayant établi, par le biais d'une enquête, qu'aucune suite favorable n'avait été accordée à la demande d'autorisation d'établissement présentée par l'actuel demandeur en cassation pour la société SOC2) & ASSOCIES s.e.c.s., il appartenait ainsi au prévenu, s'il entend contester l'infraction, de justifier être néanmoins en possession d'une telle autorisation d'établissement.

Les juges d'appel n'ont ainsi 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, de l'existence d'une autorisation d'établissement²⁰.

¹⁹ Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, précité, n° 352.

²⁰ A comparer avec: Cass. 9 juillet 2015, numéro 3524 du registre, réponse au quatrième moyen de cassation.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

Conclusion

Le pourvoi est recevable, mais est à rejeter.

Pièces jointes en annexe :

1. Ordonnance de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Diekirch du 1^{er} mars 2012 avec réquisitoire du Ministère public du 17 janvier 2012 et pièces de notification.
2. Citation à prévenu du 3 février 2016 avec pièces de notification.
3. Télécopie du 6 mars 2016 adressée par X à Messieurs les Président et Procureur d'Etat du tribunal d'arrondissement de Diekirch.
4. Télécopie du 8 mars 2016 envoyée par X au Ministère public.
5. Jugement du tribunal correctionnel de Diekirch du 21 avril 2016 avec information sur les voies de recours et pièces de notification.

Pour le procureur général d'Etat,
le premier avocat général,

Marc HARPES