

Arrêt N°143/11 X
du 16 mars 2011
not 1848/09/CD

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du seize mars deux mille onze l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le ministère public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

P.1., né le (...) à (...) (...), demeurant à B-(...),
prévenu et défendeur au civil, **appelant**

e n p r é s e n c e d e :

Maître Tania HOFFMANN, avocat à la Cour, prise en sa qualité de curateur de faillite **SOC.1.)** s. à r. l., demeurant à L-1341 Luxembourg, 7, place Clairefontaine

demanderesse au civil, **intimée**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu par défaut à l'égard du prévenu et défendeur au civil **P.1.)** par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 10 juin 2010 sous le numéro 2146/2010, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

Vu la citation du 25 mars 2010 (not. 1848/09/CD) régulièrement notifiée au prévenu **P.1.**)

Bien que dûment cité, **P.1.)** ne s'est pas présenté à l'audience, de sorte qu'il y a lieu de statuer par défaut à son égard.

Vu la partie civile de Maître Tania Hoffmann, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curatrice de la société **SOC.1.)** sàrl, contre le prévenu **P.1.)**.

Il y a lieu de lui en donner acte.

AU PENAL

Le ministère public reproche en premier lieu au prévenu **P.1.)**, principalement d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple par le fait de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** s.à r.l., les livres de commerce tels qu'exigés par l'article 11 du code de commerce et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire tel que prescrit par l'article 15 du code de commerce. En ordre subsidiaire, le ministère public reproche au prévenu d'avoir tenu les livres et inventaires de cette société de manière incomplète, irrégulière et de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive.

Le ministère public reproche encore à **P.1.)** d'avoir commis le délit de banqueroute simple pour ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire de des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement.

Le ministère public reproche enfin à **P.1.)**, en infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée, de ne pas avoir publié les bilans des années 2004 et 2005 dans le délai légal.

En second lieu le ministère public reproche à **P.1.)** d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple par le fait de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation de paiements dans le délai de 1 mois à partir de la cessation des paiements.

1) L'état de faillite

L'infraction de banqueroute simple présuppose la réunion de plusieurs conditions communes. Ainsi la juridiction répressive doit vérifier la qualité de commerçant du prévenu et constater l'état de faillite. Ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels, par les juridictions répressives (Garraud, Traité du Droit pénal).

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

Le tribunal tient toutefois à préciser que les dirigeants de personnes morales peuvent, en raison de leur activité, être condamnés du chef de banqueroute, bien qu'ils ne soient pas eux-mêmes commerçant (cf. G. SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, sub art 489-490, n°10 et références citées). Il appartient au juge répressif de rechercher la personne physique, organe ou préposé, sur laquelle pèse la responsabilité pénale d'une infraction commise par une société commerciale (Cass. belge, 1 octobre 1974, Pas. 1974, I, p. 34).

En l'espèce il ressort des pièces figurant au dossier répressif et plus particulièrement des publications au Mémorial C que **P.1.)** a été le gérant de la société **SOC.1.)** sàrl depuis sa constitution en date du 7 août 1997 jusqu'au jugement déclaratif de la faillite en date du 12 mars 2007.

Le tribunal retient en conséquence que **P.1.)** était commerçant.

L'action publique du chef de banqueroute simple étant indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490), il convient tout d'abord de constater si la société Luxembourg Car Sàrl se trouve effectivement en état de faillite.

A cet effet, l'époque de la cessation des paiements doit être déterminée.

Le juge répressif trouve en effet son pouvoir de constater la faillite dans les poursuites dont il est saisi et sans qu'il soit tenu par un jugement du tribunal de commerce, ce qui enlèverait toute liberté pour rechercher et apprécier l'état légal de la faillite, c'est-à-dire l'élément constitutif de la banqueroute sur l'existence de laquelle il est appelé à statuer. Aussi ne peut-il pas, sur les déclarations du prévenu relatives aux conditions d'incrimination, se borner à invoquer le caractère définitif d'une décision déclarative même si le prévenu était réellement en faillite (Bruxelles 18 janvier 1956, J.T. 1956, p. 513 et suiv. et Cass belge, 18 avril 1956, id.).

La date retenue par le jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par cette juridiction de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. 1975, I, p.796, TAL 26 mars 1987, n° 601/87), mais il n'est pas interdit au juge répressif d'adopter cette date, s'il l'estime exacte, sans toutefois se contenter de s'y référer (G. Schuind, Traité pratique de Droit criminel, rubr. P. 438-N).

La cessation de paiement est définie comme étant l'impossibilité ou le refus du débiteur de remplir ses engagements (R.P.D.B. verbo « Faillite et Banqueroute », n°71).

Pour qu'il y ait cessation de paiement constitutive de faillite, il n'est pas requis que la défaillance du débiteur soit générale, il suffit qu'il ne parvienne pas à se maintenir à flot (Cour d'appel Bruxelles, 23 janvier 1981, pas. 1981, II, p.36). L'ébranlement du crédit constitutive de la faillite doit être considéré comme constant, lorsque le débiteur a recouru à des moyens frauduleux pour en retarder la révélation (Bruxelles, 23 janvier 1981, Pas. 1981, I, p.36).

Il ressort des pièces figurant au dossier répressif et des déclarations de la curatrice à l'audience que le siège social de **SOC.1.)** sàrl, établi au (...), a été dénoncé en date du 21 septembre 2004, par la **FID.1.)** s.a..

La dénonciation du siège social a été publiée au Mémorial C en date du 1.12.2004.

Par ailleurs il est établi par le constat dressé en date du 26 janvier 2007 par l'huissier de justice Camille FABER, qu'il n'y avait plus aucune activité à l'adresse du siège social de la société.

Il résulte encore du rapport d'activité de la curatrice ainsi que de ses déclarations à l'audience que le passif se chiffre à quelques 505.000 euros et que le seul actif qui a existé au moment de l'exécution de la contrainte du 13.09.2005 était d'environ 800 euros.

Au vu des éléments du dossier répressif, notamment les pièces versées en cause par le ministère public ainsi que sur base des déclarations du curateur à l'audience, le tribunal tient pour établi que la société **SOC.1.)** sàrl est en état de faillite.

Il est encore établi que le crédit de la société **SOC.1.)** sàrl est ébranlé.

En effet en vertu d'une contrainte rendue exécutoire en date du 13 septembre 2005 et en continuation des poursuites engagées par le commandement de payer du 27 septembre 2005, signifié en date du 27 septembre 2005, l'huissier de justice Carlos CALVO a dressé en date du 13 octobre 2005 un procès-verbal de carence vu qu'il lui était matériellement impossible de procéder à la saisie exécution, aucun meuble saisissable appartenant à la société **SOC.1.)** sàrl n'ayant pu être trouvé à l'adresse du siège social établi au (...).

Par ailleurs il ressort du dossier répressif que le siège social a été dénoncé déjà en date du 21 septembre 2004 et qu'aucune activité de la société **SOC.1.)** sàrl a pu être constaté entre cette date et la date du jugement déclaratif de la faillite. Cette société était en conséquence incapable de générer un quelconque profit lui permettant de faire face à ses dettes et d'honorer ses créanciers.

Il y a dès lors lieu de fixer la cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit à la date à laquelle le siège social de **SOC.1.)** sàrl a été dénoncé, à savoir le 21 septembre 2004.

II) Les infractions libellées par le Ministère Public.

- En ce qui concerne le non-respect de l'obligation de tenir des livres de commerce.

Le ministère public reproche à **P.1.)** de s'être rendu coupable du délit de banqueroute simple en ne tenant pas les livres, ni l'inventaire conformément aux prescriptions des articles 11 et 15 du Code de commerce.

Il y a lieu de préciser que la tenue d'une comptabilité soit dans un livre journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, relève de la responsabilité du dirigeant.

En l'espèce il est établi que **P.1.)** était le gérant unique de la société **SOC.1.)** sàrl.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 al 6 du Code de commerce, la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans la tenue de ses livres suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple (R.P.D.B. op. cit. n° 2620 et Cour d'appel lux. 23 avril 1990 arrêt n° 68/90 VI).

Par l'exigence d'une tenue régulière et sérieuse de livres de commerce retraçant les opérations du commerçant, le législateur entend forcer le respect des dispositions des articles 9 et suivants du Code de commerce.

La curatrice de la société **SOC.1.)** sàrl a expliqué à l'audience qu'elle n'avait pas obtenu le moindre document comptable de la part du prévenu.

La curatrice a précisé qu'elle ne s'était pas adressé à la fiduciaire **FID.2.)** indiquée par le prévenu lors de son audition auprès de la police belge.

En effet comme **P.1.)** ne s'était jamais manifesté auprès d'elle, le nom de cette fiduciaire lui était inconnue.

Le tribunal retient en conséquence que le prévenu n'a ni tenu de livres de commerce tel qu'exigé par l'article 11 du Code de commerce, ni l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de commerce.

- En ce qui concerne le reproche de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi du capital social

Le ministère public reproche encore au prévenu d'avoir commis le délit de banqueroute simple pour ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement et plus particulièrement des trois voitures suivantes immatriculées au nom de la société **SOC.1.)** sàrl.:

- MERCEDES SL 500 immatriculée (...) (L)
- BMW BREAK X5, immatriculée (...) (L)
- MERCEDES CLK 200 immatriculée (...) (L)

Le tribunal tient à préciser que d'après le document du ministère du transport figurant au dossier répressif, le numéro d'immatriculation de la voiture MERCEDES CLK 200 est " (...)" et non pas "(...)" comme repris de façon erronée dans la citation à prévenu.

L'erreur matérielle contenue dans la citation est dès lors à rectifier en ce sens.

D'après la curatrice ces trois véhicules n'ont jamais été remis par **P.1.)**.

Le tribunal renvoie sur ce point à la déclaration que **P.1.)** a faite lors de son audition en date du 15 décembre 2009 auprès de la police belge de l'arrondissement judiciaire de DINANT lors de laquelle **P.1.)** a déclaré:

" ... en fait il y a eu plusieurs véhicules immatriculés au nom de la société. Vous me faites savoir qu'en date du 12 juin 2007 deux Mercedes et une BMW étaient toujours immatriculés au nom de ma société ce à quoi je peux vous répondre que si l'on retrouve ces véhicules ils peuvent être saisis."

Le prévenu est dès lors à retenir dans les liens de cette prévention.

- En ce qui concerne le défaut d'avoir publié les bilans 2004 et 2005 dans le délai légal

Le tribunal renvoie encore à l'audition du prévenu auprès de la police belge que la publication des bilans aurait relevé de la responsabilité de la fiduciaire **FID.2.)**.

Le tribunal retient cependant que le prévenu, en sa qualité de gérant unique de la société **SOC.1.)** sàrl, avait l'obligation de s'assurer de la publication des bilans.

En conséquence le prévenu est également à retenir dans les liens de cette prévention.

- En ce qui concerne le défaut d'avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société SOC.1.) sàrl dans le délai d'un mois à partir de la cessation de paiements

L'article 574 4° du Code de commerce prévoit que tout commerçant qui n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du Code de commerce, pourra être déclaré banqueroutier simple.

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

Il résulte des éléments du dossier que le prévenu n'a pas fait l'aveu de la cessation des paiements de la société **SOC.1.)** sàrl dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

En effet, la faillite a été déclarée sur assignation de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines

L'infraction de banqueroute simple est encore établie à l'encontre du prévenu sur ce point.

Le prévenu **P.1.)** est partant **convaincu :**

*comme auteur, ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)**, ayant eu son siège social à L-(...),*

1) depuis un temps non-prescrit, et notamment le 1^{er} janvier 2005, à L-(...),

1) de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

a) en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société SOC.1.) Sàrl les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de commerce (actuellement article 11 du Code de commerce suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés), de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de commerce (actuellement article 15 du Code de commerce suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés);

b) en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire,

en l'espèce, en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi des véhicules Mercedes SL500, immatriculé (...) (L), BMW X5, immatriculé (...) (L), et Mercedes CLK200, immatriculé (...) (L) ;

2) en infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir publié les bilans des années 2004 et 2005 dans le délai légal ;

II) depuis un temps non prescrit, et notamment depuis le 1^{er} janvier 2005, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 574 4° du Code de commerce, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

III) La peine

L'infraction retenue sub I)1)b) constitue un cas de banqueroute simple obligatoire prévu par l'article 573 du Code de commerce.

Si les infractions retenues sub I)1)a) et II) constituent deux cas de banqueroute simple facultative prévus par les l'articles 574 du Code de commerce.

Les faits encourent partant la sanction prévue par la loi.

Entre ces trois faits de banqueroute simple, il n'y a ni concours matériel, ni concours idéal ; il n'y a qu'une seule infraction perpétrée par trois faits de négligence et compromettant un seul et même intérêt, l'intérêt des créanciers du failli.

Le fait de banqueroute simple retenu sub I)1)a) est en concours idéal avec l'infraction de non publications des bilans.

L'article 163 de la loi modifiée du 10 août sur les sociétés commerciales sanctionne la non-publication des bilans d'une amende de 500 euros à 25.000 euros la non-publication des bilans.

Aux termes de l'article 489 du Code pénal, ceux qui, dans les cas prévus par la Code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute simple, seront condamnés à une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans.

Il y a donc lieu à faire application de l'article 65 du Code pénal et de ne prononcer que la peine la plus forte, à savoir celle prévue pour l'infraction de banqueroute simple.

La gravité des infractions commises et l'attitude plus que non-chalante du prévenu en relation avec la disparition des trois véhicules de la société faillie, ainsi que le fait que le prévenu n'a pas comparu à l'audience justifie sa condamnation à une peine d'emprisonnement de **12 mois**.

Conformément à l'article 583 du Code de commerce qui prévoit que les jugements rendus en vertu des articles 573 à 578 du Code de commerce doivent être publiés, il y a lieu d'ordonner que le présent jugement soit affiché en la salle d'audience du tribunal de commerce de et à Luxembourg et qu'il y reste exposé pendant la durée de trois mois et qu'il soit inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt.

AU CIVIL

A l'audience du 18 mai 2010, Maître Tania Hoffmann, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curatrice de la société SOC.1.) sàrl, s'est constituée partie civile contre le prévenu P.1.), défendeur au civil.

En relation avec les trois véhicules suivants:

- MERCEDES SL 500 immatriculée (...) (L), en date du 11/06/2002
- BMW BREAK X5, immatriculée (...) (L), en date du 08/04/2003
- MERCEDES CLK 200 immatriculée (...) (L), en date du 07/11/2003

immatriculés au nom de la société **SOC.1.)** sàrl et qui n'ont pas été restitués par le prévenu, la curatrice réclame au titre de préjudice matériel subi par la société **SOC.1.)** sàrl, le montant de 90.000 euros au prévenu, sous réserve de tout autre montant même supérieur à arbitrer ex aequo et bono par le Tribunal.

Le tribunal rappelle que d'après le document du ministère du transport figurant au dossier répressif le numéro d'immatriculation de la voiture MERCEDES CLK 200 est “ (...) “ et non pas “(…)” comme repris de façon erronée dans la constitution de partie civile

Eu égard à la condamnation à intervenir au pénal, le Tribunal est compétent pour connaître de cette demande.

La demande est recevable pour avoir été introduite dans les forme et délai de la loi

En l'espèce, le préjudice subi par la société **SOC.1.)** sàrl est un dommage particulier qui résulte directement de l'infraction retenue dans le chef de **P.1.)** sub I)1)b).

A l'audience la curatrice a précisé que le montant réclamé avait été obtenu en recherchant le prix actuel des trois véhicules disparus sur base de leurs prix neufs au moment de leur immatriculation.

Le tribunal estime ex aequo et bono que la demande au civil est fondée pour le montant de 90.000 euros.

Il y a dès lors lieu de condamner **P.1.)** à payer Maître Tania HOFFMANN, avocat à la Cour, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** S.à r.l., le montant de **90.000 euros** avec les intérêts légaux à partir du 21 septembre 2004, date de la cessation des paiements, jusqu'à solde.

PAR CES MOTIFS :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **septième chambre**, siégeant en **matière correctionnelle**, statuant **par défaut** à l'égard du prévenu et défendeur au civil, la demanderesse au civil entendue en ses conclusions et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

AU PENAL :

c o n d a m n e le prévenu **P.1.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **12 (DOUZE) MOIS**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 18,97 euros;

o r d o n n e que le présent jugement sera **affiché** en la salle d'audience du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, où il restera exposé pendant trois mois et sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais de **P.1.)** ;

AU CIVIL :

d o n n e a c t e à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile;

se d é c l a r e c o m p é t e n t pour en connaître;

d é c l a r e la demande **recevable**;

f i x e ex æquo et bono à **90.000,00 (QUATRE-VINGT-DIX MILLE VIRGULE ZERO) euros** l'indemnisation redue du chef du préjudice subi par la société **SOC.1.)** s.à.r.l.;

c o n d a m n e P.1.) à payer à la société **SOC.1.) s.à.r.l.** la somme de **90.000,00 (QUATRE-VINGT-DIX MILLE VIRGULE ZERO) euros**, avec les intérêts légaux à partir du 21 septembre 2004, date de la cessation des paiements, jusqu'à solde ;

c o n d a m n e P.1.) aux frais de cette demande civile dirigée contre lui.

Par application des articles,14, 15, 65, 66 et 489 du Code pénal; articles 1, 2, 3, 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194 et 195 du Code d'instruction criminelle; articles 11, 15, 440, 573, 574 et 583 du Code de commerce et de l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Alexandra HUBERTY, vice-président, Paul VOUEL, premier juge, et Patrice HOFFMANN, juge, et prononcé, en présence de

en l'audience publique dudit tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, date qu'en tête, par Madame le vice-président, assistée du greffier Marion FUSENIG, qui, à l'exception du représentant du ministère public, ont signé le présent jugement.

De ce jugement, appel au pénal et au civil fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 3 septembre 2010 par Maître Lionel SPET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour et au nom du prévenu et défendeur au civil **P.1.)**.

Le 8 septembre 2010 appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 16 décembre 2010, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 14 février 2011 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience **P.1.)** fut entendu en ses déclarations personnelles.

Maître Lionel SPET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens d'appel et de défense du prévenu et défendeur au civil **P.1.)**.

Maître Tania HOFFMANN, avocat à la Cour, prise en sa qualité de curateur de faillite **SOC.1.) sàrl**, demeurant à Luxembourg fut entendue en ses conclusions.

Monsieur l'avocat général John PETRY, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 16 mars 2011, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 3 septembre 2010 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le prévenu **P.1.)** a fait relever appel au pénal et au civil d'un jugement correctionnel du 10 juin 2010 rendu par défaut à son égard et notifié

à sa personne en date du 24 août 2010, jugement dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration du 8 septembre 2010 au même greffe le procureur d'Etat, à son tour, a relevé appel du même jugement.

Les appels, relevés dans les formes et délais de la loi, sont recevables.

A l'audience de la Cour du 14 février 2011, **P.1.)** ne s'est pas présenté personnellement. Son mandataire a demandé à le représenter. En application de l'article 185 (1) du code d'instruction criminelle il y a lieu de faire droit à cette demande.

Le prévenu ne conteste pas la matérialité des faits lui reprochés. Il explique que, bien qu'il soit resté gérant statutaire de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)**, dont l'objet social était l'achat et la vente de véhicules tout terrain, il s'en serait désintéressé à partir de l'année 2002, laissant la gestion des affaires à un certain **A.)**. Il reconnaît avoir été naïf et négligent. Il fait appel à la clémence de la Cour et lui demande de ne pas prononcer de peine d'emprisonnement ferme à son encontre.

Le représentant du ministère public demande la confirmation du jugement entrepris quant à la condamnation du prévenu du chef des infractions libellées à son encontre, sauf à rectifier la période infractionnelle pour ce qui est de l'infraction retenue à charge du prévenu sub I.) 2.). Il conclut à voir rectifier le concours d'infractions tel qu'énoncé dans le jugement entrepris et il requiert une peine d'emprisonnement de 6 mois assortie du sursis simple intégral.

La Cour se doit en premier lieu de préciser, dans le cadre des conditions préalables aux infractions de banqueroute simple, que les premiers juges ont à juste titre dit que le prétendu banqueroutier doit être commerçant et ont constaté que **P.1.)** était gérant unique de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** depuis sa constitution jusqu'au jugement déclaratif de faillite, pour en déduire cependant à tort que le prévenu avait la qualité de commerçant, le dirigeant d'une personne morale pouvant en raison de son activité de dirigeant être condamné du chef de banqueroute, dès lors qu'il a commis des faits constitutifs de la banqueroute, en qualité d'organe de la société et relativement à la gestion de celle-ci, mais cette qualité ne lui conférant pas nécessairement la qualité de commerçant.

La juridiction de première instance a fait une juste appréciation des circonstances de la cause et elle a, à bon droit, retenu le prévenu dans les liens des infractions de banqueroute simple libellées sub I.) 1.) a.) et sub II.) pour ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire prévus par la loi et pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal, ainsi que dans les liens de l'article 163 de la loi sur les sociétés pour ne pas avoir publié les bilans des années 2004 et 2005 dans le délai légal, infractions qui sont restées établies en instance d'appel sur base des éléments du dossier. Il y a cependant lieu, en application des dispositions combinées des articles 75, 96 et 104 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés, modifiant le délai légal de publication des comptes sociaux, de rectifier la période infractionnelle de l'infraction à l'article 163 de la loi sur les sociétés retenue à charge du prévenu sub I.) 2.) et de le déclarer convaincu de la prédite infraction « depuis le 1^{er} février 2005 pour ce qui est du

bilan de l'année 2004 et depuis le 1^{er} août 2006 pour ce qui est du bilan de l'année 2005 ».

En revanche **P.1.)** est à acquitter de l'infraction à l'article 573, 4^o du code de commerce, à savoir de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif du dernier inventaire, infraction retenue à sa charge sub I.) 1.) b.) Le comportement visé par la prévention précitée exige en effet qu'il y ait effectivement un inventaire (cf. G. Schuind, Traité pratique de droit criminel, 3^e édition, t.I, n^o 28, page 439D ; Répertoire pratique du droit belge, verbo Faillite et Banqueroute, n^o 2581 ; Pandectes belges, verbo Banqueroute, n^o 268). Or en l'espèce il découle des éléments du dossier et notamment des déclarations du prévenu auprès de la police belge ainsi que du rapport du curateur qu'il n'existe aucun document comptable, partant pas d'inventaire tel qu'exigé par l'article 15 du code de commerce, à partir de l'année 2002 et donc également pour l'exercice 2006 précédant la faillite prononcée le 12 mars 2007. Il en résulte qu'une des conditions pour que l'infraction soit établie fait en l'espèce défaut et il y a lieu d'acquitter le prévenu de la prévention d'infraction à l'article 573, 4^o du Code de commerce retenue à son encontre.

Les infractions retenues sub I.)1.) a.) et sub II.) constituent deux cas de banqueroute simple facultative prévus par l'article 574 alinéas 4 et 6 du Code de commerce.

Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé et établi doit être sanctionné en tenant compte, par exemple, de la gravité de la faute commise, du préjudice causé ou de la position du failli (cf. G. Schuind, op.cit.p. 438 S n^o 13 et références citées).

En tenant compte de la conjugaison des fautes commises par le prévenu, la Cour estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

Il y a cependant lieu de dire, contrairement aux premiers juges, que les délits retenus à l'égard du prévenu sont individualisés et se trouvent tous en concours réel. Il n'y a pas lieu de suivre, à cet égard, les jurisprudences et doctrines belges, très anciennes, auxquelles les premiers juges se sont référés pour dire qu'il n'y a qu'une seule infraction, destinées à éviter, sous la législation sur les faillites de l'époque, que le banqueroutier ne soit condamné à plusieurs peines du chef de crime et de délit, ce que la législation actuelle sur les concours a justement réussi à éviter. D'ailleurs, même à l'époque, la jurisprudence et la doctrine admettaient que dans l'hypothèse où le crime de banqueroute frauduleuse avait été correctionnalisé, il y avait lieu à concours de délits avec la banqueroute simple et application de l'article 60 du code pénal (qui prévoyait à l'époque le prononcé de deux ou plusieurs peines) (cf. Beltjens, Enc. de droit criminel belge, T I, p. 618, n^o 16). Il y a, dès lors, lieu à application de l'article 60 du code pénal pour l'ensemble des infractions.

La peine prononcée est légale. La Cour considère, cependant, au vu de la gravité relative des faits que les agissements du prévenu sont à sanctionner par une peine d'emprisonnement de 6 mois, peine qui est assortie du sursis intégral à son exécution au vu de ses bons antécédents.

Les mesures d'affichage et d'insertion dans les journaux, obligatoires de par la loi et instituées dans l'intérêt des tiers, ont été ordonnées à juste titre.

Au civil

Le curateur de la faillite de la s.à.rl. **SOC.1.)** réitère sa constitution de partie civile contre **P.1.)** et conclut à la confirmation du jugement entrepris lui ayant alloué le montant de 90.000 euros à titre de dommages intérêts pour le préjudice matériel subi du fait que trois véhicules immatriculés au nom de la société n'ont pas été remis au curateur.

Le défendeur conteste le montant alloué en première instance.

Au regard de la décision d'acquiescement concernant l'infraction à l'article 573, 4° du code de commerce, la Cour est incompétente pour connaître de la demande civile fondée sur la non-justification de l'emploi d'éléments d'actifs.

La décision est, partant, à réformer quant au volet civil.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu entendu en ses explications, le demandeur et le défendeur au civil entendus en leurs conclusions, sur le réquisitoire du ministère public,

reçoit l'appel du prévenu et l'appel du ministère public en la forme ;

déclare l'appel du prévenu fondé ;

au pénal,

réformant,

rectifie le libellé de l'infraction retenue à charge du prévenu sub I.) 2.) conformément à la motivation reprise ci-dessus ;

acquitte **P.1.)** de l'infraction à l'article 573, 4° du code de commerce ;

dit qu'il y a lieu à application de l'article 60 du code pénal pour l'ensemble des infractions retenues à charge du prévenu ;

condamne **P.1.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de six (6) mois ;

dit qu'il sera sursis à l'exécution de l'intégralité de cette peine d'emprisonnement ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus au pénal ;

condamne le prévenu aux frais de sa poursuite pénale en instance d'appel, ces frais liquidés 11,67 € ;

au civil,

réformant,

se déclare incompétente pour connaître de la demande civile ;

laisse les frais de la demande civile pour les deux instances à charge de la demanderesse au civil.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en retranchant l'article 573, 4° du code de commerce et en ajoutant les articles 185, 202, 203 et 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre, Madame Joséane SCHROEDER, premier conseiller et Madame Christiane RECKINGER, conseiller, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Monsieur Marc SERRES.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Madame Joséane SCHROEDER, premier conseiller, en présence de Madame Mylène REGENWETTER, avocat général et de Monsieur Marc SERRES, greffier.