

**Arrêt N°572/11 X**  
**du 30 novembre 2011**  
8361/10/CD

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du trente novembre 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 :

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

---

**FAITS :**

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 8 février 2011 sous le numéro 449/2011, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

Vu la citation du 25 mai 2010, régulièrement notifiée à X.).

Le Ministère Public reproche à X.), en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à r.l.,

- **I)** depuis un temps non prescrit et notamment à partir du 23 décembre 2003, date de la constitution de la société, jusqu'au 27 juillet 2007, date du jugement déclaratif de faillite, de ne pas avoir tenu les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce, subsidiairement de les avoir tenus de manière incomplète ou irrégulière,
- **II)** d'avoir, depuis un temps non prescrit et au plus tard le mois suivant la date de cessation des paiements fixée par jugement déclaratif de faillite au 27 janvier 2007, soit depuis le 27 mars 2007, omis de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à compter de sa production,
- **III)** depuis un temps non prescrit et notamment à partir du 28 juillet 2007, de ne pas s'être rendu aux convocations lui envoyées par la curatrice et ne pas avoir fourni à la curatrice les renseignements demandés, et finalement,
- **IV)** de ne pas avoir procédé annuellement à la publication des comptes annuels, notamment pour les bilans des années 2004, 2005 et 2006.

## 1. Quant à l'infraction de banqueroute simple

Les infractions de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple présupposent la réunion de plusieurs conditions communes. Ainsi la juridiction répressive doit constater l'état de faillite et vérifier la qualité de commerçant du prévenu. 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 français, 3<sup>ième</sup> éd. T. VI, n°2667).

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490) de sorte qu'il convient tout d'abord de constater si la **SOCL.)** S.à r.l. se trouve effectivement en état de faillite.

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

X.) conteste les infractions mises à sa charge et fait plaider son acquittement, estimant que même s'il a été nommé gérant unique de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à r.l., dès le 18 avril 2006, il n'était qu'en état de subordination par rapport à son associé, A.), qui aurait géré *de facto* toutes les affaires. Ce dernier se serait effectivement retiré officiellement de la société en 2006, mais il aurait tout de même continué à se comporter comme gérant de fait. Ses dires seraient prouvés par des extraits du compte bancaire ouvert au nom de la société litigieuse, desquels il ressortirait que A.) prélevait régulièrement des sommes importantes sur ledit compte bancaire, vidant ainsi la société de son actif.

### a. La qualité de commerçant

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

L'article 1 du Code de commerce dispose que « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle ».

Il résulte du dossier répressif que X.) a exploité, en sa qualité de gérant unique, la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à r.l. dès le 18 avril 2006, et qu'elle était valablement engagée par sa seule signature. Dès lors, toutes les obligations par lui contractées dans le but de l'exploitation de l'activité de l'entreprise, participent du caractère commercial et constituent des actes de commerce.

X.) doit partant être considéré comme auteur des faits qui lui valent les poursuites de banqueroute.

### b. L'état de faillite et date de cessation des paiements

En application du principe de l'autonomie du droit pénal en la matière à l'égard du droit commercial, la juridiction répressive doit vérifier si les conditions de la faillite sont données sans être tenue par les constatations du Tribunal de commerce.

*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 du jugement du Tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par ce tribunal de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. 1975, I, p.796).

X.) ne conteste pas que la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à r.l. était en état de faillite, mais il a affirmé avoir cru que A.) effectuerait toutes les démarches nécessaires, étant donné qu'il aurait géré la société de fait.

Le Tribunal constate que les affirmations selon lesquelles **A.)** aurait été le gérant de fait de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l., ne sont prouvées par aucun élément du dossier, ni par les pièces versées par **X.)** à l'audience du 21 décembre 2010. En effet, les extraits du compte bancaire ouvert au nom de la société montrent que certains prélèvements ont bien été effectués par **A.)**. Toutefois, certains prélèvements et virements ne portent pas la mention de leur auteur et ne suffisent pas à démontrer que **A.)** gérait effectivement la société litigieuse, de sorte que cet argument reste à l'état de pure allégation et doit être rejeté comme n'étant fondé sur aucun élément objectif et probant.

Par ailleurs, il échet de rappeler que **X.)**, en acceptant de devenir gérant unique de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l. le 18 avril 2006, s'est engagé à respecter les obligations légales lui incombant en cette qualité, de sorte qu'il doit être considéré comme seul auteur des infractions lui reprochées aux termes de la citation à prévenu.

En date du 27 juillet 2007, la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l. a été déclarée en état de faillite sur assignation du Centre Commun de la Sécurité Sociale, qui réclamait des arriérés de cotisations pour un montant de 4.757,57 euros.

La cessation des paiements avait été fixée provisoirement par le Tribunal de commerce au 27 janvier 2007.

Il résulte du rapport d'activité de la curatrice, Maître Pascale MILLIM, déposé le 10 mars 2008 au Parquet de Luxembourg, qu'aucun actif n'a pu être récupéré par elle, tandis que le passif de la société s'élevait à 82.370 euros. Quant aux créanciers de la société, la curatrice a indiqué qu'il s'agissait du Centre Commun de la Sécurité Sociale (créance de 4.991,61 euros) de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines (créance de 21.873,34 euros) et de l'Administration des Contributions Directes (créance de 27.864 euros).

Pour qu'il y ait cessation de paiement constitutif 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 constitutif 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).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public et des déclarations de la curatrice de la faillite Maître Pascale MILLIM à l'audience du Tribunal correctionnel, la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l. est indubitablement en état de faillite.

En l'occurrence, son crédit était ébranlé puisque la société n'avait plus d'actif et que les créanciers susmentionnés n'ont plus accordé des délais de paiements.

Enfin, l'époque de la cessation des paiements doit être déterminée. En effet, la date retenue par le jugement du Tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par ce Tribunal de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. I, p.796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 601/87 doc. Credoc), 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, op. cit., p.438 -N).

Il ressort des déclarations de la curatrice et des documents annexés au dossier répressif, que le Centre Commun de la Sécurité Sociale a adressé à l'encontre de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l., une contrainte de payer le montant de 4.101,49 euros en date 13 janvier 2007, de sorte qu'on peut légitimement admettre que la société a cessé toute activité à cette date.

Au vu de ces éléments, il échet de constater que l'activité de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l. avait déjà cessé son activité à cette date, de sorte qu'il y a lieu de fixer la date de cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit au 13 janvier 2007.

## **2. Quant aux faits de banqueroute simple libellés par le Parquet**

### **D) Défaut de tenir les livres de commerce**

En premier lieu, le Ministère Public reproche à **X.)** de ne pas avoir tenu les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce, subsidiairement de les avoir tenus de manière incomplète ou irrégulière.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 alinéa 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).

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultative prévu par l'article 574 alinéa 6 du Code de commerce.

La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges, appartient aux juridictions de jugement (cf. R.P.D.P. op. cit. n°2591 et 2592).

Par l'exigence d'une tenue régulière et sérieuse de livres de commerce retraçant les opérations du commerçant, le législateur entend forcer le respect de dispositions des articles 11 et suivants du Code de commerce.

Tant lors de son audition devant les agents de la Police Grand-Ducale, circonscription régionale de Mersch, Commissariat de Proximité de Redange/Attert, en date du 2 avril 2009, ainsi qu'à l'audience du 21 décembre 2010, **X.)** a contesté l'infraction lui reprochée sub I) dans la citation, faisant valoir que c'est **A.)** qui était censé tenir la comptabilité de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l. Il a aussi précisé que la fiduciaire **FIDI.)** était chargée d'établir les bilans de la société, mais qu'elle avait cessé son travail en raison du fait qu'elle n'était plus rémunérée.

Au vu des développements précédents concernant le rôle de **A.)**, il n'y pas lieu de retenir cet argument comme étant pertinent, alors que **X.)**, en sa qualité de gérant unique de la société litigieuse, avait l'obligation de s'occuper de la tenue des livres ou de vérifier si les livres étaient correctement tenus, en cas de délégation à une fiduciaire.

Il appert du rapport d'activité de la curatrice Maître Pascale MILLIM et de ses déclarations en audience publique du 21 décembre 2010, que **X.)** ne s'est que très peu, sinon jamais, préoccupé de la tenue de la comptabilité pour le compte de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l.

La curatrice a indiqué qu'elle a effectivement trouvé divers documents, notamment des factures, lors de l'inventaire effectué au siège de la société, après le jugement déclaratif de faillite. Toutefois, lesdits documents ne représentaient en aucun cas des preuves de la tenue d'une comptabilité régulière telle qu'imposée par la loi.

Il est rappelé dans le cadre 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), de sorte que l'infraction est caractérisée.

En conséquence des développements précédents, l'infraction libellée sub I) 1) à titre subsidiaire, doit être considérée comme étant établie, puisque **X.)** a, en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l., tenu de livres de commerce de manière incomplète.

## II) Défaut d'aveu de la cessation des paiements

En second lieu, le Ministère Public reproche à **X.)** de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à compter de sa production.

Il incombe à tout commerçant, respectivement à tout gérant de société, de faire dans le mois de la survenance, l'aveu de la cessation de paiements.

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 (G. SCHUIND, op. cit. p. 438 S n°13 et références citées).

La loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif.

**X.)** n'a pas contesté avoir négligé de faire l'aveu de la faillite, affirmant néanmoins qu'il pensait qu'il incomberait à **A.)** de s'en occuper. Le Tribunal renvoie à ce sujet aux développements précédents concernant le rôle de **A.)**.

L'omission de l'aveu de cessation de paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même » (Cour d'appel lux 23 avril 1990 arrêt n° 68/90 VI).

Il résulte des éléments du dossier répressif, des déclarations de la curatrice à l'audience publique du 21 décembre 2010 et des déclarations de **X.)**, que ce dernier a négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu, augmentant ainsi quotidiennement le préjudice accru à aux créanciers susmentionnés.

Il y a dès lors lieu de condamner **X.)** également du chef de l'infraction libellée sub II) dans la citation du 25 mai 2010.

Il échet de noter que le Ministère Public a libellé comme période de temps « depuis le mois suivant la date de la cessation des paiements, fixée par le jugement déclaratif de faillite de la société à responsabilité limitée **SOCL.)** S.à.r.l. au 27 janvier 2007, soit depuis le 27 mars 2007 », or le mois suivant la date de cessation des paiements fixée par le jugement déclaratif de faillite est le 27 février 2007 et non le 27 mars 2007. Il y a partant lieu de rectifier la période de temps de l'infraction retenue sub II).

## III) Défaut de se rendre aux convocations de la curatrice et défaut de fournir à la curatrice les renseignements demandés concernant la comptabilité et le devenir des actifs de la société

En troisième lieu, le Ministère Public reproche à **X.)** de ne pas s'être rendu aux convocations lui envoyées par la curatrice et de ne pas lui avoir fourni les renseignements demandés.

A l'audience du 21 décembre 2010, le prévenu a indiqué ne pas avoir répondu aux convocations de Maître Pascale MILLIM, affirmant avoir connu une grave dépression, de sorte qu'il n'aurait pas été en mesure de la contacter.

Maître Pascale MILLIM a déclaré à l'audience du 21 décembre 2010, que X.) n'a jamais pris contact avec elle ni par téléphone, ni par courrier et ce même après avoir été convoqué en vue de son audition devant les agents du Commissariat de Proximité de Redange/Attert. X.) l'avait contactée seulement après avoir reçu la citation à prévenu, soit presque trois ans après le jugement déclaratif de faillite.

En outre, il ne lui avait jamais transmis de documents comptables ou administratifs de la société à responsabilité limitée SOCI.) S.à.r.l., malgré itératives demandes.

Le Tribunal constate également que le prévenu, même à supposer qu'il ait connu de graves problèmes de santé, n'a pas jugé nécessaire de faire part de cette situation à la curatrice, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire d'un tiers de confiance.

Au vu de ces éléments, les infractions libellées sub III) 1) et 2) dans la citation du 25 mai 2010 doivent être retenues à l'encontre de X.). Il échet de retenir comme date de l'infraction celle du 28 juillet 2007, date de la première convocation envoyée par la curatrice.

#### IV) Défaut de publication des comptes annuels

Finalement, le Ministère Public reproche à X.) de ne pas avoir procédé annuellement à la publication des comptes annuels, notamment pour les bilans des années 2004 à 2006.

Concernant la non publication des bilans des années 2004, 2005 et 2006, X.) renvoie à ses explications concernant les obligations qui incombaient à A.).

Conformément aux développements précédents, il lui appartenait toutefois, en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée SOCI.) S.à.r.l., de s'assurer que les publications des bilans étaient faites dans les délais, de sorte que l'infraction libellée sub IV) est à retenir pour les exercices 2004, 2005 et 2006.

X.) est dès lors convaincu par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif et les dépositions du témoin Maître Pascale MILLIM:

#### **Comme auteur ayant lui-même commis les infractions,**

***pris en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée SOCI.) s. à r.l. établie et ayant son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de faillite par jugement n° 957/2007 du 27 juillet 2007, rendu par le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,***

***I) depuis le 23 décembre 2003, date de la constitution de la société, jusqu'au 27 juillet 2007, date du jugement déclaratif de faillite de la société à responsabilité limitée SOCI.) S.à.r.l. dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au siège social de la société SOCI.) S.à.r.l. sis à L-(...),***

***en infraction à l'article 574 6° du Code de Commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, d'avoir tenu les livres relatifs à cette société de manière incomplète et irrégulière, d'avoir tenu les livres inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive,***

***II) depuis le mois suivant la date de la cessation des paiements, fixée par le jugement déclaratif de faillite de la société à responsabilité limitée SOCI.) S.à.r.l. au 27 janvier 2007, soit depuis le 27 février 2007, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au greffe du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, sis à L-1475 Luxembourg, Résidence St. Esprit, 7, rue du St. Esprit,***

***en infraction à l'article 574 4° du Code de Commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du Code de commerce,***

***en l'espèce, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société à responsabilité limitée SOCI.) S.à.r.l. dans le mois de sa production,***

***III) à partir du 28 juillet 2007, date de la première convocation du curatrice en l'étude de Maître Pascale MILLIM, établie à L-1258 Luxembourg, 2 rue Jean-Pierre Brasseur,***

***1) en infraction à l'article 574 5° du Code de Commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendu à la convocation qui lui a été faite par la curatrice,***

***en l'espèce, de ne pas s'être rendu à la convocation, qui lui a été faite par la curatrice Maître Pascale MILLIM,***

***2) en infraction à l'article 576 du Code de Commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir fourni à la***

*curatrice les renseignements demandés,*

*en l'espèce, de ne pas avoir fourni à la curatrice Maître Pascale MILLIM les renseignements demandés,*

*IV) à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2007 jusqu'au 31 juin 2007, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au siège social de la société précitée sis à L-(...), (...),*

*en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir publié le bilan des années 2004, 2005 et 2006 dans les six mois suivant la clôture du bilan.*

Entre deux faits de banqueroute simple ou deux faits de banqueroute frauduleuse il n'y a ni concours matériel, ni concours idéal ; il n'y a qu'une seule infraction perpétrée, dans la première hypothèse, par deux faits de négligence, et dans la seconde hypothèse, par deux faits de fraude, et compromettant un seul et même intérêt, l'intérêt des créanciers du failli (R.P.D.B. op. cit. n° 2560 et références y citées).

Les infractions établies à l'encontre du prévenu sub I) à III) constituent un cas de banqueroute simple facultative. Ces infractions se trouvent en concours réel avec l'infraction retenue sub IV) à l'encontre de **X.**)

Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé est 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 (G. SCHUIND, op. cit. p. 438 S n° 13 et références citées). La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges appartient aux juridictions de jugement (cf. R.P.D.P. op. cit. n° 2591 et 2592).

La peine la plus forte est prévue à l'article 489 du Code pénal qui sanctionne les cas de banqueroute simple d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans.

En tenant compte des fautes commises par le prévenu, du désintérêt certain dont il a fait preuve dans le cadre de la gestion de la société à responsabilité limitée **SOC1.**) S.à.r.l., et tout au long de la période de faillite, il y a lieu de condamner **X.**) à une peine d'emprisonnement de **9 mois**.

Le prévenu **X.**) n'a pas encore subi jusqu'à ce jour de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et il n'est pas indigne de la clémence du Tribunal. Il y a partant lieu de lui accorder la faveur du sursis intégral quant à la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

La publication obligatoire de la condamnation prévue par l'article 583 du Code de commerce n'est pas une peine, mais une mesure de sûreté prescrite dans l'intérêt des tiers.

Il y a partant 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.

#### PAR CES MOTIFS:

la douzième chambre du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, le prévenu et son défenseur entendus en leurs explications et moyens de défense, et la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

**c o n d a m n e X.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **douze (12) mois**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 34,47 euros;

**d i t** qu'il sera sursis à l'exécution de l'intégralité de cette peine d'emprisonnement;

**a v e r t i t X.)** qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine privative de liberté ou à une peine plus grave pour crimes ou délits de droit commun, la peine de prison prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al. 2 du Code pénal;

**o r d o n n e** que le présent jugement soit affiché en salle d'audience du Tribunal de commerce à Luxembourg où il restera exposé pendant la durée de trois mois et inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais du contrevenant.

Par application des articles 14, 15, 60, 66 et 489 du Code pénal; 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196, 626, 627, 628, 628-1 et 638 du Code d'instruction criminelle; 9 et 163 de la loi modifiée du 10 août 1915; 1, 8, 9, 10, 11, 574, 576 et 583 du Code de commerce qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Nathalie JUNG, vice-présidente, Christina LAPLUME et Isabelle JUNG, juges, et prononcé par Madame la vice-présidente en audience publique au Tribunal d'arrondissement à Luxembourg, en présence de Martine WODELET, substitut du Procureur d'Etat, et de Christophe WAGENER, greffier assumé, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.

De ce jugement appel au pénal fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 17 mars 2011 par Maître Nicolas RENTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour et au nom du prévenu X.).

Appel fut interjeté au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 18 mars 2011 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 27 septembre 2011, le prévenu X.) fut requis de comparaître à l'audience publique du 9 novembre 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 le prévenu X.) fut entendu en ses déclarations personnelles.

Maître Nicolas RENTZ, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch, développa plus amplement les moyens d'appel et de défense du prévenu X.).

Monsieur l'avocat général Jean ENGELS, 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 30 novembre 2011, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 17 mars 2011 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le prévenu X.) a régulièrement fait relever appel d'un jugement correctionnel du 8 février 2011 dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration notifiée le 18 mars 2011 au même greffe le procureur d'Etat, à son tour, a relevé appel dudit jugement.

Les appels, relevés dans les forme et délai de la loi, sont recevables.

Tout comme en première instance, le prévenu conteste les infractions de banqueroute simple mises à sa charge. Il prétend que l'ancien gérant A.) aurait continué à gérer de fait la société. Ce dernier aurait encore prélevé des sommes d'argent importantes dans la caisse de la société et sur les comptes pour lesquels X.) n'aurait pas eu de procuration jusqu'au mois de février 2007 et il aurait encore été en contact avec les fournisseurs. Par ailleurs une fiduciaire aurait été chargée d'établir la comptabilité de la société et A.) aurait

été l'interlocuteur de cette fiduciaire. La défense d'en conclure que le prévenu **X.**), tout en étant le gérant de droit de la société, était en fait sous la subordination de **A.**) dont elle demande l'audition en tant que témoin. Dans un ordre subsidiaire, le prévenu allègue que **A.**) s'était engagé à faire l'aveu de la cessation de paiements. Il conteste l'infraction à l'article 163 de la loi sur les sociétés pour ce qui est des comptes annuels des années 2004 et 2005 pendant lesquelles il n'était pas encore gérant et il explique qu'il n'a pas collaboré avec le curateur alors qu'il a souffert d'une dépression nerveuse après la faillite et qu'il ignorait qu'il se rendait ainsi coupable d'une infraction pénale.

Le représentant du ministère public requiert la confirmation du jugement entrepris quant à la condamnation du prévenu du chef de banqueroute simple. Il requiert l'annulation du jugement entrepris au motif que le jugement de première instance contient une contradiction entre les motifs et le dispositif et il conclut à voir prononcer à l'encontre du prévenu une amende par application de l'article 20 du code pénal.

La juridiction de première instance a fait une juste appréciation des circonstances de la cause en ce qui concerne les faits de banqueroute simple retenus à charge du prévenu.

En effet l'obligation de veiller à la bonne tenue des livres de commerce et documents comptables pèse sur le commerçant lui-même qui ne peut s'en libérer en faisant endosser cette obligation au comptable qu'il s'est choisi pour assurer matériellement le bon ordre des écritures. Il appartient au seul commerçant ou dirigeant de veiller à ce que la tenue de la comptabilité soit régulièrement et légalement assurée. **X.**) ne saurait partant se décharger de la prédite obligation légale en soutenant qu'une fiduciaire était chargée de la comptabilité. Par ailleurs, seul le dirigeant de droit peut être rendu pénalement responsable du défaut de faire l'aveu de la cessation de paiements dans le délai légal, puisqu'il est seul habilité à faire cet aveu. Le prévenu ne saurait donc pas davantage se décharger sur **A.**) de cette obligation que ce dernier n'aurait légalement pas pu remplir. D'ailleurs les affirmations du prévenu relatives à la gestion de fait de la société par **A.**) dont il aurait été totalement dépendant, non seulement ne sont pas établies en fait, mais sont encore dépourvues de pertinence en droit, **X.**) ayant été le dirigeant légal de la société et **A.**) n'ayant plus eu, à partir du 18 avril 2006, aucun pouvoir d'engager juridiquement la société.

Il n'y a dès lors pas lieu de procéder à l'audition de **A.**) comme témoin, une telle mesure d'instruction étant dépourvue de pertinence tant en fait qu'en droit.

Le prévenu a partant à bon droit été retenu dans les liens des préventions d'infraction aux alinéas 4 et 6 de l'article 574 du code de commerce sub I.), tout en précisant cependant que l'infraction à l'article 574 alinéa 6 est établie à charge du prévenu à partir du 18 avril 2006 seulement, date à laquelle il a été nommé gérant statutaire.

Il y a partant lieu de rectifier la période infractionnelle de l'infraction retenue sub I.) en ce sens.

Le prévenu a de même à bon droit, et par une motivation à laquelle la Cour se rallie, été déclaré convaincu des infractions aux articles 574 5° et 576 du code

de commerce pour ne pas avoir donné suite aux convocations du curateur et pour ne pas lui avoir fourni les renseignements demandés et de l'infraction à l'article 163 de la loi sur les sociétés. Concernant cette dernière infraction, il est à préciser qu'elle n'est à retenir que pour ce qui est des comptes de l'exercice 2005 devant être publiés jusqu'au 1er août 2006, partant à une époque où le prévenu était gérant de la société. Le prévenu n'avait pas cette qualité en 2004, de sorte que l'obligation de publication des comptes annuels relatifs à cet exercice ne lui incombait pas et, pour ce qui est des comptes de l'exercice 2006, le délai légal de publication n'était pas expiré au jour du jugement déclaratif de faillite si bien que l'infraction à l'article 163 de la loi sur les sociétés n'était pas encore donnée à cette date.

Le libellé de l'infraction retenue à charge du prévenu sub IV.) est partant à rectifier en ce sens.

Les juges de première instance ont à juste titre estimé que la gravité des fautes cumulées commises par le prévenu justifiait sa condamnation du chef de banqueroute simple.

Les règles du concours d'infractions ont été correctement énoncées dans le jugement entrepris.

Concernant la peine, la Cour constate qu'il résulte de la motivation du jugement entrepris que les juges de première instance ont décidé de condamner X.) à une peine d'emprisonnement de neuf mois assortie du sursis intégral à son exécution. Or, il est mentionné au dispositif que le prévenu est condamné à une peine d'emprisonnement de douze mois également assortie du sursis intégral. Force est de constater qu'il existe dès lors une contradiction entre la motivation et le dispositif du jugement du 8 février 2011, contradiction qui doit entraîner l'annulation dudit jugement par rapport à la peine prononcée.

L'affaire étant en état, il y a lieu de procéder par évocation conformément à l'article 215 du code d'instruction criminelle.

La Cour est d'avis que les agissements du prévenu sont sanctionnés de manière adéquate et suffisante par une peine d'emprisonnement de six mois, peine qui peut être assortie du sursis intégral au vu de ses bons antécédents judiciaires.

Le jugement entrepris est partant à réformer en ce sens.

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.

#### **PAR CES MOTIFS,**

la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu entendu en ses explications, sur le réquisitoire du ministère public,

reçoit les appels en la forme ;

déclare partiellement fondé l'appel du prévenu ;

annule le jugement du 8 février 2011 par rapport à la peine prononcée ;

**évoquant partiellement et statuant à nouveau :**

**réformant,**

rectifie le libellé des infractions retenues sub I et IV tel que spécifié dans la motivation du présent arrêt ;

condamne **X.)** 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;

condamne le prévenu aux frais de sa poursuite en instance d'appel, liquidés à 11,90 €.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en y ajoutant les articles 202, 203, 211 et 215 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 Madame Joséane SCHROEDER, premier conseiller, président de chambre, Madame Christiane RECKINGER et Madame Théa HARLES-WALCH, conseillers, 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 Malou THEIS, avocat général et de Monsieur Marc SERRES, greffier.