

Arrêt N°76/12 X
du 1^{er} février 2012
not 3016/10/CD

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du premier février deux mille douze 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 (...) (Zimbabwe), 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 Luxembourg le 24 mars 2011 sous le numéro 1124/2011, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

Vu l'ensemble du dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice 3016/10/CD et notamment le procès-verbal 2010/004973/092/RM du 17 juin 2010, dressé par la police Grand-Ducale, Direction Générale de Capellen, Unité CP Capellen.

Vu la citation à prévenu du 26 août 2010, régulièrement notifiée à X.)

Le Ministère Public reproche au prévenu X.), en sa qualité de gérant de la société en faillite **SOCI.)** Sàrl, depuis un temps non prescrit, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, principalement, de ne pas avoir tenu les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de commerce et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de commerce, subsidiairement, d'avoir tenu les documents comptables précités de manière incomplète ou irrégulière de façon à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active ou passive de la société.

Il lui est encore reproché, en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, en l'absence d'inventaire, de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social et, en infraction à l'article 574 4° du Code de commerce, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements endéans le délai d'un mois à partir de sa production.

L'accusation porte enfin sur la violation de l'article 576 du Code de commerce en ce que X.) n'a pas fourni au curateur Maître Delphine MAYER les renseignements qu'il lui avait demandés.

X.) ne conteste pas la matérialité des faits mais soulève le moyen de la prescription de l'action publique par rapport à tous les faits qui ont eu lieu antérieurement à la faillite. Il conclut partant à son acquittement.

I. Les faits

La société **SOCI.)** Sàrl a été constituée le 25 mars 1994 et avait pour objet l'importation, l'exportation, l'achat et la vente en gros et en détail d'articles de sport. X.) était le gérant unique de cette société.

Par acte d'huissier du 9 mars 2007, l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines a assigné la société **SOCI.)** Sàrl en faillite en raison d'arriérés de 479.269,52 euros redus au titre de la TVA pour les années 1999 à 2004.

Par jugement du 30 mars 2007, la société **SOCI.)** Sàrl a été déclarée en faillite.

II. Quant à la prescription de l'action publique

X.) fait plaider que les faits de banqueroute simple seraient prescrits, le délai de prescription de 3 ans ayant commencé à courir le 23 mars 2004, date à laquelle l'huissier de justice Jean-Lou THILL aurait procédé à la vente aux enchères de tout l'agencement du magasin ainsi que de l'ensemble du stock restant de marchandises. Au vu du fait qu'à partir de cette vente aux enchères publiques, la société n'avait plus aucune activité, la date de la cessation de paiements serait à situer bien avant cette date. Dans la mesure où aucun acte de poursuite ne serait intervenu jusqu'au 26 août 2010, date de la citation, l'action publique serait prescrite.

Le Ministère Public reproche à X.) des faits de banqueroute simple commis depuis un temps non prescrit.

Conformément aux dispositions énoncées aux articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, l'action publique résultant d'un délit se prescrit après trois années révolues à compter du jour où le délit a été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite.

L'article 638 du Code d'instruction criminelle a été modifié par la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales, le délai de prescription ayant été augmenté à cinq ans.

L'article 34 de la loi du 6 octobre 2009 précité prévoit cependant que « les dispositions de la présente loi ne sont applicables qu'aux faits qui se sont produits après son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010 ».

Le délai de prescription de 3 ans continue dès lors à s'appliquer aux faits commis avant le 1^{er} janvier 2010.

Le Ministère Public estime que selon la théorie de la découverte, le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où les infractions ont pu être découvertes, à savoir en l'espèce à partir du jugement de faillite du 30 mars 2007.

La prescription de l'action publique n'est pas interrompue par tout acte quelconque tendant à la recherche ou à la poursuite d'une infraction, même s'il est accompli par une autorité qualifiée pour y procéder. Pour produire un effet interruptif, l'acte doit, en outre, avoir le caractère d'un acte de la procédure pénale régulier en la forme (Cour 8 mars 1982, P. 25, 226 ; R. Thiry, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, T II no 105 à 107, p. 32).

Est généralement admis comme acte interruptif de la prescription tout acte de poursuite ou d'instruction, les actes de poursuites étant définis comme étant des actes qui mettent en mouvement l'action publique ou qui la maintiennent en mouvement ou lui donne une certaine extension. Les actes d'instruction interruptifs sont posés par le juge d'instruction, par la juridiction de jugement et par la police judiciaire pour découvrir la vérité. En ce qui concerne la police judiciaire, les actes de l'enquête officieuse qui ne sont pas seulement de simples renseignements, mais de procès-verbaux véritables qui constatent le corps du délit et les recherches entreprises

pour découvrir l'auteur de l'infraction et rassembler des preuves. (R. Thiry, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, T I no 105 à 106). L'acte d'instruction est tout acte émanant d'une autorité qualifiée à cet effet et ayant pour objet de recueillir les preuves ou de mettre la cause en état d'être jugée. L'acte d'instruction n'est partant pas limité aux seuls actes d'instruction posés par le juge d'instruction dans le cadre de l'instruction judiciaire (H.-D Bosly et D. Vandermeersch, Droit de la procédure pénale).

Pour interrompre le cours de la prescription, il ne suffit pas que l'autorité qualifiée manifeste son intention de poursuivre le prévenu, encore faut-il que les actes de poursuite ou d'instruction constituent des actes de procédure pénale.

Interrompt la prescription, entre autres, l'acte de procédure nécessaire à la poursuite marquant clairement la volonté de son auteur de mener à bien l'action pénale.

Suivant transmis du 2 février 2010, le Ministère Public a demandé à la Police grand-ducale, CP de Capellen, de dresser un procès-verbal contre X.) du chef de banqueroute simple (défaut de tenir une comptabilité en bonne et due forme, absence de justification du capital, aveu tardif, défaut de collaboration avec le curateur).

Il s'agit du premier acte de poursuite, de sorte que la prescription a valablement été interrompue par ce transmis datant du 2 février 2010.

En ce qui concerne les préventions reprochées au prévenu sub I. a) et I. b), à savoir de ne pas avoir tenu une comptabilité digne de ce nom et de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital, il s'agit d'obligations que le commerçant doit respecter systématiquement, les opérations commerciales devant être inscrites dans les livres dès qu'elles ont lieu et le gérant doit pouvoir justifier à tout moment de l'emploi du capital de la société. L'absence de tenue de livres de commerce et l'omission de justifier de l'emploi du capital sont dès lors des infractions continues.

Le délai de prescription de l'infraction continue, qui ne cesse de s'accomplir aussi longtemps qu'est maintenue la situation délictueuse, commence à courir le jour où cesse cette situation (TA Lux. 27.11.2001, n° 2855/01, LJUS n° 99821098).

La prescription n'a donc commencé à courir en l'espèce qu'à partir du jugement déclaratif de faillite, à savoir en l'occurrence en date du 30 mars 2007 pour être interrompue en date du 2 février 2010. Il en découle que l'action publique n'est pas prescrite.

Quant à la prescription du défaut d'avoir fait l'aveu de la cessation de paiements dans le délai d'un mois de sa production, il y a lieu de constater que cette infraction est également une infraction continue qui a été commise un mois après le 22 janvier 2004, représentant la date de la signification du commandement de payer décerné par le Directeur de l'Enregistrement et des Domaines. En effet, tel qu'il résulte des développements faits ci-dessous, cette date est à retenir comme étant la date de la cessation des paiements et ce n'est qu'en date du 30 mars 2007, date du jugement de faillite rendu par le Tribunal de commerce, que cette infraction était consommée.

Le délai de prescription de l'action publique a donc commencé à courir à partir du 30 mars 2007, de sorte que l'action publique du chef d'aveu tardif de la cessation des paiements n'est pas éteinte.

Le moyen de la prescription de l'action publique est partant à déclarer non fondé.

III. Quant au fond

1. Les conditions de la banqueroute simple

L'infraction de banqueroute simple suppose que l'auteur des faits incriminés est commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il est en état de cessation de paiement, c'est-à-dire 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 français, t.6, n°2667).

a) la qualité de commerçant

En principe, seuls les commerçants peuvent être déclarés en état de faillite.

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 commerçants (G. SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, sub art 489-490, n°10 et références citées).

À l'époque des faits, le droit luxembourgeois n'admettait pas la responsabilité pénale des personnes morales de sorte qu'il convient de rechercher la ou les personne(s) physique(s), l'organe ou le préposé, à l'intérieur de la personne morale qui par commission ou par omission est ou sont la cause de l'état infractionnel. Cette solution qui fait attribuer la responsabilité pénale des délits apparus à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise à celui qui détient le pouvoir de décision, le pouvoir financier, est le plus conforme au but préventif du droit pénal (TA Lux (corr.), 16 juin 1986, n° 974/86 ; TA Lux (corr.), 12 mai 1987, n° 896/97 ; TA Lux (corr.), 16 mai 1995, n° 1027795, confirmé par CSJ, 9 juillet 1987 ; CSJ, 6 mai 1996, n° 198/96 VI).

Dès lors, 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. Il incombe 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.

En sa qualité de gérant unique de la société **SOC1.)** Sàrl, **X.)** est à considérer comme commerçant et peut partant, en cette qualité, être poursuivi de l'infraction de banqueroute.

b) L'état de faillite

En application du principe de l'autonomie du droit pénal à l'égard du droit commercial, le juge répressif n'est pas tenu par le jugement de faillite, mais dispose du plein pouvoir pour apprécier l'état de faillite. Il incombe ainsi à la juridiction répressive de vérifier si les conditions de la faillite sont données sans être tenue par les constatations du Tribunal de commerce. Ainsi, l'action publique du chef de banqueroute est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale.

Conformément à l'article 437 alinéa 1^{er} du Code de Commerce, l'état de faillite se caractérise par la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit.

La **cessation de paiements** consiste dans l'impossibilité constatée devant laquelle se trouve un débiteur pour faire face à ses engagements (TA Lux., 15 juillet 1992, n° 41412). Elle ne doit pas être absolument générale ; le défaut de paiement d'une seule dette suffit à établir la cessation des paiements, la loi ne subordonnant nullement la faillite à l'arrêt de tous les paiements ou même de leur généralité (TA Lux., 27 mars 1992, n° 147/92). Il suffit que le prévenu ne parvienne pas à se maintenir à flot. La cessation des paiements est indépendante de l'éventuelle suffisance de l'actif. Ainsi, le fait que l'actif du débiteur soit supérieur à son passif au jour du jugement déclaratif n'empêche pas que ce débiteur puisse être en état de cessation des paiements si, en fait, il ne paie pas ses dettes (CSJ, 28 janvier 1998, n° 15508).

Il résulte, en l'espèce, du rapport d'activité du curateur du 8 février 2008 que le passif déclaré par les créanciers s'est élevé à 481.197,35 euros face à un actif néant.

A l'audience du Tribunal correctionnel du 2 mars 2011, **X.)** a déclaré que la société n'avait plus d'activité régulière depuis le 23 mars 2004, date de la vente aux enchères de l'installation de son magasin ainsi que du stock de marchandises.

Il ressort du dossier répressif qu'une contrainte avait été décernée par l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines à l'encontre de la société **SOC1.)** Sàrl au début du mois de janvier 2004 pour un montant principal de 337.606,67 euros et que le 23 mars 2004, l'huissier de justice Jean Lou THILL a procédé à la vente aux enchères publiques du stock de marchandises restant.

Le crédit de la société **SOC1.)** Sàrl a donc été ébranlé à cette date étant donné que le créancier qui l'a assigné en faillite ne lui a plus accordé de délais de paiements.

L'**ébranlement du crédit** peut provenir tant de l'impossibilité d'obtenir de l'argent pour payer ses dettes, c'est-à-dire pour mettre fin à la cessation de paiements, que du refus des créanciers d'accorder des délais de paiement ; l'ébranlement du crédit implique un élément supplémentaire à la cessation de paiements, qui est le refus de tout crédit par les créanciers, par les fournisseurs et par les bailleurs de fonds, en raison d'une carence notoire (TA Lux. (com.), 7 juin 1985, faillite n° 31/85 ; TA Lux (com.), 20 juin 1986, n° 36964 du rôle). Ainsi, l'ébranlement du crédit, qui n'est qu'une modalité que la cessation des paiements doit revêtir pour justifier une déclaration de faillite, peut provenir tant de l'impossibilité pour le créancier d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes que du refus des créanciers de lui accorder des délais de paiement (TA Lux., 29 janvier 1988, n° 57/88).

Suite à la vente aux enchères du 23 mars 2004, la société **SOC1.)** Sàrl n'avait plus d'activité commerciale faute de local commercial et de stock de marchandises.

La société avait ainsi cessé toute activité qui aurait pu servir de base à un quelconque prêt auprès d'un établissement de crédit.

En assignant la société **SOC1.)** Sàrl en faillite, l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines a manifesté son intention de ne plus accorder à la société **SOC1.)** Sàrl de délai de paiement.

Le crédit de la société **SOC1.)** Sàrl était partant ébranlé.

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment le rapport du curateur de la faillite, la société **SOC1.)** Sàrl se trouve en état de faillite.

2. Les infractions libellées à charge du prévenu

a) Tenue des livres de commerce

Il est reproché à **X.)** de ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire exigés par le Code du Commerce, sinon de les avoir tenus de manière incomplète.

L'article 11 du Code de commerce oblige à tenir une comptabilité selon un système de livres et de comptes conformément aux règles usuelles de la comptabilité en partie double dans laquelle toutes les opérations sont inscrites sans retard, de manière fidèle et complète. L'article 15 du même Code exige de la part d'une société l'établissement annuel d'un inventaire complet de ses avoirs et droits de toute nature et de ses dettes, obligations et engagements de toute nature.

X.) a expliqué à l'audience avoir ignoré que différents bilans n'avaient pas été établis en bonne et due forme alors que pourtant il avait spécialement chargé une compagnie fiduciaire ainsi qu'un bureau comptable à ces fins. Selon lui, il pouvait légitimement croire que ces professionnels allaient s'occuper des démarches nécessaires.

D'autre part, il fait plaider que si les pièces comptables sont introuvables aujourd'hui, ce serait dû au fait qu'elles auraient été perdues ou encore détruites dans le cadre de la procédure de déguerpissement forcée dans laquelle était impliquée la société **SOCL.)** Sàrl. Soutenant que l'élément intentionnel de l'infraction ne serait pas établi en l'espèce, il demande à être acquitté de l'infraction dont question.

Les curateurs Delphine MAYER et Yann BADEN confirment que le prévenu qui ne s'est guère montré coopératif, ne leur a jamais remis le moindre document comptable relatif à la société faillie.

Il ressort d'extraits de publication au Mémorial que les bilans au 31 décembre 1998, 1999 et 2002 ont été enregistrés et déposés au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg.

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), de sorte que l'infraction est caractérisée.

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 11 et suivants du Code de commerce. Cette exigence n'ayant pas été respectée par le prévenu **X.)**, il est dès lors à retenir dans les liens de la prévention telle qu'elle est libellée à titre principal.

Si à l'audience **X.)** a déclaré ne pas avoir eu les compétences requises pour gérer une société, ce fait n'est cependant pas de nature à le disculper, mais au contraire, aurait dû l'amener à ne pas assumer le rôle de gérant de droit d'une société, sinon de se procurer les informations et compétences requises.

X.) est dès lors convaincu de l'infraction qui lui est reprochée.

b) Omission de justifier de l'emploi du capital social

Le Ministère Public reproche encore au prévenu de ne pas avoir, en l'absence d'inventaire en bonne et due forme, justifié de l'emploi du capital social.

X.) fait plaider que l'élément moral de cette infraction ne serait pas rapporté. Le fait que la vente publique du stock de marchandises aurait rapporté 5.300 euros, démontrerait à suffisance sa bonne foi.

Il ressort des déclarations des curateurs Maître Delphine MAYER et Maître Yann BADEN, ensemble les éléments du dossier répressif que le prévenu, en l'absence d'inventaire, est resté en défaut de justifier de l'emploi du capital social.

Aucun des curateurs précités n'a pu faire d'indications sur l'emploi du capital social.

Le Tribunal retient que le prévenu ne fournit aucune pièce pour établir l'emploi des fonds de la société de sorte que l'infraction est à retenir à l'égard de **X.)**.

c) Aveu tardif

Aux termes de l'article 440 du Code de Commerce, tout commerçant et 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.

La date de cessation des paiements

Il incombe au Tribunal de fixer l'époque de la cessation des paiements. 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 (TA Lux. 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.

Le jugement de faillite du 30 mars 2007, avait fixé provisoirement la cessation des paiements au 30 septembre 2006.

Le Tribunal relève toutefois qu'au plus tard à compter du commandement de payer signifié le 22 janvier 2004 par l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines, la société **SOC1.)** Sàrl n'avait plus les moyens pour faire face à ses dettes.

Il y a dès lors lieu de fixer la date de cessation des paiements au 22 janvier 2004.

L'absence d'aveu

X.) soutient avoir cru qu'après le déguerpissement de la société des lieux par elle loués et de la vente aux enchères publiques du matériel de la société, c'était la fin de la société. Il n'était donc pas conscient du fait qu'il devait faire l'aveu de la cessation des paiements.

En constatant que la situation financière de la société se dégradait, le prévenu aurait dû faire l'aveu de la cessation des paiements et l'erreur de droit n'est pas excusable. Il n'a dès lors pas assumé les obligations qui étaient les siennes en qualité de gérant, mais a laissé à l'abandon la société dont il avait la responsabilité.

Cet aveu aurait dû intervenir au plus tard le 22 février 2004, donc un mois après la cessation des paiements intervenu le 22 janvier 2004. Or, **X.)** ne fera jamais l'aveu de la faillite, la société ayant été déclarée en faillite sur assignation de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

Le prévenu est dès lors à retenir dans les liens de la prévention qui lui est reprochée par le Ministère Public.

d) Défaut de fournir au curateur les renseignements demandés

Le Ministère Public reproche au prévenu de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés.

Cette infraction est caractérisée au vu du fait que malgré l'injonction du curateur Maître Delphine MAYER, le prévenu ne lui a pas remis les documents sociaux.

A l'audience, le curateur Maître Delphine MAYER a déclaré avoir eu, à une seule reprise, le prévenu au téléphone mais qu'il s'était montré peu coopératif voire entièrement désintéressé du sort de la société faillie.

Bien que **X.)** ait été invité par le curateur, puis par l'entremise de la police, à remettre au curateur les documents comptables de la société, il n'a, à aucun moment, fourni les documents ou renseignements demandés. Il convient partant de le retenir dans les liens de cette infraction.

X.) est dès lors convaincu par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif et les dépositions des témoins Delphine MAYER et Yann BADEN:

Comme auteur ayant lui-même commis les infractions,

*pris en sa qualité de gérant de la société en faillite **SOC1.)** s à r.l., établie et ayant eu son siège social à L-(...), (...), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n° B (...), déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n° 375/07 du 30 mars 2007 du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,*

*I) depuis un temps non prescrit, au siège de la société **SOC1.)** s. à r.l., à L-(...), (...),*

de s'être rendu coupable de la banqueroute simple pour :

a) en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce,

*de ne pas avoir tenu pour la société **SOC1.)** s. à r.l. 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'emploi de l'actif 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 du capital social,

II) depuis le 22 janvier 2004 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 440 du Code de commerce et 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) depuis le 30 mars 2009, date de l'envoi d'un courrier de Maître Delphine MAYER, curateur de la société SOCI.), en l'étude de Maître Delphine MAYER, sise à (...), (...),

en infraction à l'article 576 du Code de commerce, puni des peines prévues à l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir fourni les renseignements qui lui ont été demandés par le curateur.

IV. Quant à la peine

Les faits de banqueroute simple retenus à l'encontre du prévenu se trouvent encore en concours réel entre eux (Cour d'appel, arrêt n° 114/10X du 3 mars 2010). Il y a dès lors lieu à application de l'article 60 du Code pénal pour l'ensemble des infractions retenues contre le prévenu. En application de cet article, la peine la plus forte sera dès lors seule prononcée; cette peine pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

Les infractions établies à l'encontre de X.) à titre de banqueroute simple constituent des cas de banqueroute simple facultative. 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 faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges, appartient aux juridictions de jugement (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 l'espèce, le prévenu X.) a délaissé la gestion de sa société. En se désintéressant de la société, il a laissé s'accroître les dettes envers les créanciers publics.

Il n'y a dès lors pas lieu de faire abstraction d'une condamnation pour banqueroute simple.

Dans l'appréciation de la peine, le Tribunal prend en l'espèce en considération la pluralité d'infractions reprochées au prévenu.

Il y a dès lors lieu de condamner X.) à une peine d'emprisonnement de **8 mois** ainsi qu'à une amende de **2.000 euros**.

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,

d i t n o n f o n d é le moyen soulevé par X.) quant à la prescription de l'action publique;

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **huit (8) mois** et à une amende de **deux mille (2.000) euros** ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 34,47 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à **quarante (40) jours** ;

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, 16, 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; 1, 8, 9, 10, 11, 440, 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, Madame la vice-présidente, Christina LAPLUME, juge, et Annick DENNEWALD, juge-déléguée, et prononcé par Madame la vice-présidente en audience publique au Tribunal d'arrondissement à Luxembourg, en présence de Anouk BAUER, attachée de justice, et de Christophe WAGENER, greffier assumé, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.

De ce jugement appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 28 mars 2011 par le représentant du ministère public et le 4 avril 2011 par Maître Emmanuel HANOTIN, en remplacement de Maître François MOYSE, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, pour et au nom du prévenu **X.)**.

Le même jour 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 2 décembre 2011, le prévenu **X.)** fut requis de comparaître à l'audience publique du 4 janvier 2012 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 François MOYSE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, 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 1^{er} février 2012, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration déposée au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 28 mars 2011 le procureur d'Etat a fait relever appel d'un jugement correctionnel du 24 mars 2011 dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration au même greffe le 4 avril 2011 **X.)**, à son tour, a fait relever appel du même jugement.

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

A l'appui de son appel le représentant du ministère public conclut en premier lieu à l'annulation du jugement entrepris au motif que les premiers juges, en condamnant le prévenu à une peine d'emprisonnement et à une amende, ont prononcé une peine illégale. Concernant la prescription de l'action publique, il considère que les infractions aux articles 574 6° et 573 4° du code de commerce sont des infractions continues et qu'elles ne sont pas prescrites, le délai de prescription ayant été valablement interrompu par le transmis du Parquet à la police du 2 février 2010 la chargeant de dresser procès-verbal contre le prévenu du chef de banqueroute simple. En revanche l'infraction à l'article 574 4° du code de commerce serait prescrite, cette infraction étant consommée à l'expiration du délai légal dans lequel le failli doit faire l'aveu de la cessation des paiements. Il requiert la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a retenu les infractions libellées sub I) a) principalement et III à charge du prévenu et conclut à l'acquittement de ce dernier du chef de l'infraction libellée sub I) b) qui serait incompatible avec l'infraction à l'article 574 6° du code de commerce retenue sub I) a) principalement. Quant à la peine à infliger au prévenu, il demande à la Cour de ne prononcer qu'une amende.

Le prévenu reconnaît qu'il a été négligent. Après la vente aux enchères du stock en 2004, la société **SOC1.)** dont il était le gérant n'aurait plus eu d'activité et il aurait ignoré qu'il lui incombait dans ces circonstances de faire l'aveu de la cessation des paiements. D'autre part son ex-épouse ne lui aurait pas transmis les courriers que le curateur lui a adressés.

Le mandataire de **X.)** réitère le moyen de la prescription de l'action publique pour les infractions libellées sub I) a), I) b) et II) au motif que le délai de prescription a commencé à courir à partir du 24 mars 2004, date de la vente aux enchères du stock et date à partir de laquelle la société n'a plus eu d'activité. A titre subsidiaire il fait appel à la clémence de la Cour et lui demande de ne prononcer qu'une amende de principe, éventuellement assortie du sursis, à l'encontre de son client.

QUANT A LA PRESCRIPTION DES INFRACTIONS LIBELLEES SUB I)a), I) b) ET II) DE LA CITATION

C'est tout d'abord à bon droit que les premiers juges ont dit que le délai de prescription des infractions de banqueroute simple était de trois ans, la loi du 6 octobre 2009, ayant porté ce délai à cinq ans, ne s'appliquant qu'aux faits qui se sont produits après son entrée en vigueur, ce qui n'est pas le cas des faits de l'espèce, le jugement déclaratif de la faillite de la société **SOC1.)** datant du 30 mars 2007.

Les premiers juges ont encore à juste titre, et par des motifs que la Cour adopte, retenu que constitue un acte interruptif de la prescription de l'action publique, parce qu'il traduit la volonté du magistrat de poursuivre l'action pénale, le transmis du Parquet à la police de Capellen du 2 février 2010, par lequel elle a été chargée de dresser procès-verbal contre **X.)** du chef de banqueroute simple (notamment pour défaut de tenir une comptabilité en bonne et due forme, défaut de justifier de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire, défaut de collaboration avec le curateur et omission de faire l'aveu de la faillite).

S'agissant des préventions d'infractions aux articles 574 6° et 573 4° du code de commerce, à savoir le défaut de tenir les livres de commerce et l'inventaire

exigés par la loi et l'omission de justifier de l'emploi du capital social, infractions libellées à charge du prévenu sub I) a) principalement et I) b) de la citation, le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a retenu qu'il s'agit d'infractions continues incriminant un état de fait qui se prolonge par le comportement persistant du prévenu et dont le délai de prescription ne commence à courir que du jour où cesse la situation délictueuse.

Ils en ont à juste titre déduit qu'en l'espèce les prédites infractions ne sont pas prescrites. En effet la tenue régulière des livres de commerce, de même que l'omission de justifier de l'emploi du capital social, s'impose à tout dirigeant social aussi longtemps qu'il n'est pas dessaisi de ses pouvoirs, le délit se renouvelle et se continue jusqu'à ce dessaisissement, à partir duquel la prescription commence à courir (voir Cass. belge 20.4.1994, Pasicrisie belge 1994 I, p 386). Or c'est le jugement déclaratif de faillite qui provoque le dessaisissement de gestion et sa date constitue le point de départ de la prescription en ce qui concerne les faits de banqueroute (Cour d'appel de Mons 26.9.1986, Revue pratique des sociétés civiles et commerciales 1987, p 29). La faillite de la société **SOC1.)** ayant été prononcée par jugement du 30 mars 2007, le délai de prescription a été valablement interrompu par le transmis du parquet du 2 février 2010.

Concernant l'infraction mise à charge du prévenu sub II) de la citation, c'est à tort que les premiers juges ont retenu que cette infraction n'était pas prescrite. En effet d'après l'article 440 du code de commerce le commerçant qui cesse ses paiements doit, dans le mois, en faire l'aveu. Il s'en suit que l'infraction à l'article 574 4° du code de commerce est consommée et la prescription prend cours à l'expiration de ce délai. En l'espèce la société s'est trouvée en état de cessation des paiements le 23 mars 2004, il incombait au gérant d'en faire l'aveu jusqu'au 23 avril 2004, de sorte que l'infraction était établie à sa charge à partir du 24 avril 2004 et s'est trouvée prescrite le 24 avril 2007.

QUANT AU FOND

C'est à bon droit que la juridiction de première instance a retenu le prévenu dans les liens des prédites infractions, pour autant qu'elles ne sont pas prescrites, infractions qui sont restées établies en instance d'appel sur base des éléments du dossier.

En effet, en tant que gérant de la société **SOC1.), X.)** avait l'obligation de veiller à la bonne tenue des livres de commerce et documents comptables et de fournir au curateur les renseignements demandés. Le prévenu ne saurait se décharger de l'obligation de tenir la comptabilité en alléguant avoir chargé une fiduciaire de l'établissement des comptes. Quant aux pièces versées par le prévenu en instance d'appel, outre qu'elles sont incomplètes, aucun document se rapportant aux années 2003 et 2004, elles ne comportent pas les livres de commerce et inventaires visés aux articles 11 et 15 du code de commerce.

En revanche le prévenu est, par réformation du jugement dont appel, à acquitter de l'infraction à l'article 573 4° 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)b). Le comportement visé par la prévention précitée exige en effet qu'il y ait effectivement un inventaire (Schuind, Traité pratique de droit criminel, 3^e édition, t.I, n° 28, page 439D ; Répertoire pratique du droit belge, verbo Faillite et Banqueroute, n° 2581 ; Pandectes belges,

verbo Banqueroute, n° 268). Or en l'espèce il découle des éléments du dossier qu'il n'existe aucun document comptable, partant pas d'inventaire tel qu'exigé par l'article 15 du code de commerce, pour l'exercice 2006 précédant la faillite. 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° du Code de commerce retenue à son encontre.

Les infractions retenues à charge du prévenu se trouvent en concours réel.

QUANT A LA PEINE

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.

Concernant la peine, la Cour constate que les juges de première instance ont condamné le prévenu à une peine d'emprisonnement de 8 mois assortie du sursis et à une amende de 2.000 euros. Or l'article 489 du code pénal sanctionne les cas de banqueroute simple d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans. En infligeant dès lors au prévenu une peine d'emprisonnement et une amende, les premiers juges ont prononcé une peine illégale.

Le jugement entrepris est partant à annuler en ce qui concerne la peine prononcée et il y a lieu d'y statuer par évocation.

En application de l'article 20 du code pénal et eu égard au trouble relativement minime causé à l'ordre public, la Cour est d'avis que les agissements du prévenu sont sanctionnés de manière adéquate et suffisante par une peine d'amende de 2.000 euros.

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 prévenus entendu en ses explications et moyens de défense, sur le réquisitoire du ministère public,

reçoit les appels en la forme ;

les déclare partiellement fondés ;

réformant,

déclare prescrite l'infraction libellée sub II) à charge du prévenu ;

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

annule le jugement attaqué pour autant que les premiers juges ont prononcé une peine illégale ;

évoquant partiellement et y statuant à nouveau:

condamne **X.**), par application de l'article 20 du code pénal, à une amende de 2.000 euros ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus;

condamne le prévenu aux frais de sa poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 12,40 €.

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 y ajoutant l'article 20 du code pénal et 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 Monsieur Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre, 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 Monsieur Jeannot NIES, premier avocat général et de Monsieur Marc SERRES, greffier.