

Arrêt N°468/10 X.
du 24 novembre 2010 (21757/08/CD)

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

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

T.), née le (...) à (...) , demeurant à **L- (...)**,
prévenue, **appelante**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit :

I.

d'un jugement rendu par défaut à l'égard des prévenus L.) et T.) par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 20 octobre 2009 sous le numéro 2856/2009, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

Vu la citation à prévenu du 20 juillet 2009 régulièrement notifiée à **L.)** et à **T.)** .

Les prévenus, quoique régulièrement cités, ne comparurent pas à l'audience, il y a donc lieu de statuer par défaut à leur égard.

Vu le rapport d'activité du curateur de la faillite de la société **SOC.1.)** s.à r.l. du 13 juin 2008.

Vu le rapport numéro 2008/48276/524 du 1^{er} décembre 2008 de la Police Grand-Ducale, commissariat de proximité Mondercange.

Vu le rapport numéro 2008/48276/810/RM du 19 janvier 2009 de la Police Grand-Ducale, commissariat de proximité Capellen.

Le Ministère Public reproche à **L.)** et à **T.)**, en leur qualité de dirigeants responsables de la société **SOC.1.)** s.à r.l., depuis 2005, au siège de la société à **L- (...)**, de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

- en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, principalement, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** 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) et 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 la loi du 19 décembre 2002), subsidiairement, d'avoir tenu les documents comptables précités de manière incomplète ou irrégulière de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive de la société ;
- en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, de 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 leur seraient venus postérieurement, *in specie* en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié du capital social ;
- en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir publié les bilans des années 2005 et 2006 dans le délai légal.

Le Ministère Public reproche encore à **L.)** et à **T.)**, depuis un temps non prescrit, d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 440 du Code de commerce et à l'article 574 4° du Code de commerce ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements endéans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

En fait :

Il résulte de l'instruction menée en cause que par jugement numéro 704/07 du 15 juin 2007 du tribunal de ce siège, la société **SOC.1.)** s.à r.l. a été déclarée en état de faillite et Maître Tania HOFFMANN a été nommée curateur. Le gérant technique de cette société était **L.)** et le gérant administratif était **T.)**.

Il résulte du rapport d'activités du curateur que la comptabilité lui remise par **L.)** consistait en plusieurs caisses contenant des documents, notamment des factures. Lors de son audition par les agents verbalisants, **T.)** est en aveu que depuis 2005 plus aucune comptabilité n'a été tenue pour la société. Les bilans des années 2005 et 2006 n'ont pas fait l'objet d'un dépôt ou d'une publication.

D'après **T.)** et **L.)**, la société **SOC.1.)** s.à r.l. a cessé toute activité à partir du 30 avril 2007.

Au vu du rapport du curateur précité, l'actif de la société en faillite était d'environ 4.400 euros pour un passif d'environ 185.656 euros.

En droit :

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.

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.

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

En effet, une société ne pouvant commettre des infractions, ce sont les personnes physiques par lesquelles elle agit qui sont, dans la réalité, les auteurs des infractions et qui doivent être poursuivies. Pour condamner l'organe de la société faillie, le juge n'a pas à constater, dans son chef, la qualité de commerçant failli (Cass. belge, 20.02.1956, Pas. b. 1956, I, p.633 ; Trib. Arr.lux., 02.12.1987, n°2022/87).

Ainsi, l'administrateur d'une société anonyme en état de faillite est légalement déclaré banqueroutier, 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 (Cass. belge 13 mars 1973, Pas. 1973, I, p. 661).

Suivant extrait du registre de commerce et des sociétés, **L.)** était gérant technique de la société **SOC.1.)** s.à.r.l. depuis le 13 novembre 2002 et **T.)** était gérant administratif depuis cette même date.

En cette qualité, ils devront être considérés comme auteurs des faits qui leur valent les poursuites de banqueroute.

b) l'état de faillite

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 société **SOC.1.)** s.à r.l. se trouve effectivement en état de faillite.

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).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public ainsi que du rapport du curateur de la faillite, la société **SOC.1.)** s.à r.l. est effectivement en état de faillite.

Ainsi, en faisant assigner en faillite la société **SOC.1.)** s.à r.l., la société **SOC.2.)** Luxembourg s.à r.l. n'accordait plus aucun délai de paiement à la société, aucun bien saisissable n'ayant pu être trouvé par l'huissier de justice chargé de procéder à une saisie exécution, le fonds de commerce de la société **SOC.1.)** s.à r.l. ayant été vendu le 21 mars 2005 à **T.)**.

La cessation de paiement est d'ailleurs justement 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 la 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).

Le crédit de la société **SOC.1.)** s.à r.l. est ébranlé, alors qu'au vu du rapport du curateur précité, l'actif de la société en faillite était d'environ 4.400 euros pour un passif d'environ 185.656 euros et que ses créanciers ne lui accordaient plus des délais de paiement.

La société **SOC.1.)** s.à r.l. se trouve donc en état de faillite.

c) la date de la cessation des paiements

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 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. I, p. 796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 601/87, doc. Crédoc), 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).

Dans le jugement de faillite du 15 juin 2007, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 15 décembre 2006. Au vu des éléments du dossier préénoncés, il y a lieu de maintenir cette date de cessation de paiements.

2) Quant aux faits de banqueroutes simples libellés par le Ministère Public

- *Quant au non-respect de l'obligation de tenir des livres de commerce et de tenir l'inventaire:*

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'occurrence des gérants de la société.

Le curateur indique dans son rapport d'activité qu'à titre de comptabilité de la société il n'a pu obtenir que quelques caisses en carton contenant des documents dont notamment des factures. **T.)** est d'ailleurs en aveu lors de son audition par les agents verbalisants qu'aucune comptabilité n'a été tenue depuis 2005.

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.

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultatif prévu par l'article 57 al. 6 du Code de commerce.

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 les prévenus, ils sont à retenir dans les liens de cette prévention.

- *Quant à l'infraction à l'article 573 4° du Code de commerce*

Il résulte encore des déclarations du curateur et des éléments du dossier que les prévenus sont également restés en défaut de justifier l'emploi du capital social.

Il résulte d'un document intitulé « FACTURE » qu'en date du 21 mars 2005, la société **SOC.1.)** s.à r.l. a vendu son fonds de commerce à **T.)** pour le montant de 5.000 euros. Or à défaut d'inventaire et d'autres pièces comptables la réalité du prix de vente et le paiement de celui-ci à la société laissent d'être établis.

En l'espèce, au vu de l'absence d'inventaire, les deux prévenus n'ont pas justifié l'emploi du capital social.

Cette infraction est donc également à retenir à l'encontre des prévenus.

- *Quant à l'infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 :*

La matérialité de cette infraction résulte à suffisance de droit de l'instruction menée en cause de sorte qu'il y a lieu de retenir les prévenus dans les liens de cette prévention.

- *Quant à l'omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai légal :*

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

L'omission de l'aveu de cessation des 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), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibérée ou le résultat d'une simple négligence (en ce sens Cour 12 juillet 1994, n° 270/94).

La loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif. Sa responsabilité pénale pourra ainsi être recherchée peu importe si l'absence d'aveu a ou non accru le dommage.

Au vu des éléments de l'espèce cette infraction est établie à charge des prévenus.

En effet, le tribunal est d'avis que les prévenus ont volontairement négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu pour pouvoir échapper aux dettes contractées antérieurement, augmentant ainsi quotidiennement le préjudice accru aux tiers et les créances des créanciers publics.

Il y a partant lieu de retenir **L.)** et **T.)** également dans les liens de cette prévention.

Les infractions établies à l'encontre des prévenus constituent quatre cas de banqueroute simple facultative. 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).

En tenant compte de la conjugaison de ces fautes et du désintéret certain dont les prévenus font preuve, le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

L.) et **T.)** sont dès lors à déclarer convaincus :

comme auteurs ayant eux-mêmes exécuté les infractions,

en leur qualité de dirigeants de la société à responsabilité limitée SOC.1.) s.à.r.l.,

I) depuis 2005, au siège de la société à responsabilité limitée SOC.1.) s.à.r.l., à (...),

I) de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

a) en infraction à l'article 574, 6° du Code de Commerce, de ne pas avoir tenu, pour la société à responsabilité limitée SOC.1.) 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 la 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 la 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 et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social,

2) en infraction à l'article 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 2005 et 2006 dans le délai légal.

II) depuis un temps non-prescrit, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements, en infraction à l'article 440 du Code de Commerce et à l'article 574 4° du Code de Commerce.

Les infractions retenues à l'encontre de **L.)** et **T.)** se trouvent en concours réel, de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 60 du code pénal.

Au vu de la gravité des infractions commises, il y a lieu de condamner les prévenus **L.)** et **T.)** chacun à une peine d'emprisonnement de **12 mois**.

Par ces motifs :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, *seizième chambre*, siégeant en matière correctionnelle, statuant *par défaut* à l'égard de **L.)** et de **T.)**, le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

condamne L.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de *douze (12) mois*, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 9,75 euros;

condamne T.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de *douze (12) mois*, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 9,75 euros;

ordonne 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 **L.)** et de **T.)** .

Par application des articles 14, 15, 60, 66 et 489 du Code pénal; 155, 179, 182, 184, 186, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'instruction criminelle ainsi que des articles 9, 440, 574 et 583 du Code de Commerce qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Marie-Laure MEYER, vice-présidente, Henri BECKER, premier juge et Joëlle GEHLEN, juge, et prononcé par la vice-présidente en audience publique au Tribunal d'arrondissement à Luxembourg, en présence de Michèle FEIDER substitut du procureur d'Etat, et de Chantal REULAND, greffière, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.

II.

d'un jugement sur opposition rendu contradictoirement par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 24 mars 2009 sous le numéro 1180/2010, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

Vu le jugement numéro *2856/09* rendu, par défaut, par le tribunal correctionnel de ce siège en date du *20 octobre 2009* à l'encontre de **L.)** et de **T.)** .

Le mandataire de **L.)** et de **T.)** a régulièrement relevé opposition contre ce jugement par télécopie notifiée au Ministère Public le 15 janvier 2010.

L'opposition a été relevée dans les forme et délai de la loi, elle est partant recevable.

Par application des dispositions de l'article 187 du Code d'instruction criminelle, les condamnations prononcées à l'égard de **L.)** et de **T.)** sont à considérer comme *non avenues* et il y a partant lieu de *statuer à nouveau* quant aux préventions leur reprochées par le Ministère Public.

Vu la citation à prévenu du 9 février 2010 régulièrement notifiée à **L.)** et à **T.)** .

Vu le rapport d'activité du curateur de la faillite de la société **SOC.1.)** s.à r.l. déposé au Parquet en date du 13 juin 2008.

Vu le rapport numéro 2008/48276/524 du 1^{er} décembre 2008 de la Police Grand-Ducale, commissariat de proximité de Mondercange.

Vu le rapport numéro 2008/48276/810/RM du 19 janvier 2009 de la Police Grand-Ducale, commissariat de proximité de Capellen.

Le Ministère Public reproche à **L.)** et à **T.)** , en leur qualité de dirigeants responsables de la société **SOC.1.)** s.à r.l., depuis 2005, au siège de la société à L-3960 Ehlange, 36, rue du Centre, de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

- en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, principalement, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** 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) et 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 la loi du 19 décembre 2002), subsidiairement, d'avoir tenu les documents comptables précités de manière incomplète ou irrégulière de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive de la société ;

- en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, de 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 leur seraient venus postérieurement, *in specie* en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié du capital social ;
- en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir publié les bilans des années 2005 et 2006 dans le délai légal.

Le Ministère Public reproche encore à L.) et à T.) , depuis un temps non prescrit, d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 440 du Code de commerce et à l'article 574 4° du Code de commerce ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements endéans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

En fait :

Il résulte de l'instruction menée en cause que par jugement commercial numéro 704/07 du 15 juin 2007 du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, la société **SOC.1.)** s.à r.l. a été déclarée en état de faillite et Maître Tania HOFFMANN a été nommée curateur. Le gérant technique de cette société était L.) et le gérant administratif était T.) .

Il résulte du rapport d'activités du curateur que la comptabilité lui remise par L.) consistait en plusieurs caisses contenant des documents, notamment des factures. Lors de son audition par les agents verbalisants, T.) fut en aveu que depuis 2005 plus aucune comptabilité n'a été tenue pour la société. Les bilans des années 2005 et 2006 n'ont pas fait l'objet d'un dépôt ou d'une publication.

D'après T.) et L.) , la société **SOC.1.)** s.à r.l. a cessé toute activité à partir du 30 avril 2007.

Au vu du rapport du curateur précité, l'actif de la société en faillite était d'environ 4.400 euros pour un passif d'environ 185.656 euros.

En droit :

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 n'y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels par les juridictions répressives.

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.

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

Même si depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 mars 2010 (1. introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle, 2. modifiant le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et certaines dispositions législatives, la responsabilité pénale des personnes morales peut être recherchée, en application de l'article 34 du Code pénal tel que modifié par la loi du 3 mars 2010 précitée, toujours est-il que cette responsabilité pénale n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions. Les faits reprochés aux prévenus sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 3 mars 2010 et le Parquet ayant l'opportunité des poursuites peut dès lors poursuivre les personnes physiques par lesquelles la société agit.

Ainsi, l'administrateur d'une société anonyme en état de faillite est légalement déclaré banqueroutier, 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 (Cass. belge 13 mars 1973, Pas. 1973, I, p. 661).

Suivant extrait du registre de commerce et des sociétés, L.) était gérant technique de la société **SOC.1.)** s.à.r.l. depuis le 13 novembre 2002 et T.) en était gérant administratif depuis cette même date.

En cette qualité, ils devront être considérés comme auteurs des faits qui leur valent les poursuites de banqueroute.

d) l'état de faillite

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 société **SOC.1.)** s.à r.l. se trouve effectivement en état de faillite.

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).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public ainsi que du rapport du curateur de la faillite, la société **SOC.1.)** s.à r.l. est effectivement en état de faillite.

En faisant assigner en faillite la société **SOC.1.)** s.à r.l., la société **SOC.2.)** Luxembourg s.à r.l. n'accordait plus aucun délai de paiement à la société, aucun bien saisissable n'ayant pu être trouvé par l'huissier de justice chargé de procéder à une saisie exécution, le fonds de commerce de la société **SOC.1.)** s.à r.l. ayant été vendu le 21 mars 2005 à T.) .

La cessation de paiement est d'ailleurs justement 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 la 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).

Le crédit de la société **SOC.1.)** s.à r.l. fut ébranlé, alors qu'au vu du rapport du curateur précité, l'actif de la société en faillite était d'environ 4.400 euros pour un passif d'environ 185.656 euros et que ses créanciers ne lui accordaient plus des délais de paiement.

La société **SOC.1.)** s.à r.l. se trouve donc en état de faillite.

e) la date de la cessation des paiements

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 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. I, p. 796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 601/87, doc. Crédoc), 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).

Dans le jugement de faillite du 15 juin 2007, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 15 décembre 2006. Au vu des éléments du dossier, il y a lieu de maintenir cette date de cessation de paiements.

2) Quant aux faits de banqueroutes simples libellés par le Ministère Public

- *Quant au non-respect de l'obligation de tenir des livres de commerce et de tenir l'inventaire:*

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'occurrence des gérants de la société.

Le curateur indique dans son rapport d'activité qu'à titre de comptabilité de la société il n'a pu obtenir que quelques caisses en carton contenant des documents dont notamment des factures. **T.)** fut d'ailleurs en aveu lors de son audition par les agents verbalisants qu'aucune comptabilité n'a été tenue depuis 2005.

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.

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultatif prévu par l'article 57 al. 6 du Code de commerce.

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 les prévenus, ils sont à retenir dans les liens de cette prévention.

- *Quant à l'infraction à l'article 573 4° du Code de commerce*

Il résulte encore des déclarations du curateur et des éléments du dossier que les prévenus sont également restés en défaut de justifier l'emploi du capital social.

Il résulte d'un document intitulé « FACTURE » qu'en date du 21 mars 2005, la société **SOC.1.)** s.à r.l. a vendu son fonds de commerce à **T.)** pour le montant de 5.000 euros. Or à défaut d'inventaire et d'autres pièces comptables la réalité du prix de vente et le paiement de celui-ci à la société laissent d'être établis.

En l'espèce, au vu de l'absence d'inventaire, les deux prévenus n'ont pas justifié l'emploi du capital social.

Cette infraction est donc également à retenir à l'encontre des prévenus.

- *Quant à l'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 :*

La matérialité de cette infraction résulte à suffisance de droit de l'instruction menée en cause de sorte qu'il y a lieu de retenir les prévenus dans les liens de cette prévention.

- *Quant à l'omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai légal :*

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

L'omission de l'aveu de cessation des 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), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibérée ou le résultat d'une simple négligence (en ce sens Cour 12 juillet 1994, n° 270/94).

La loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif. Sa responsabilité pénale pourra ainsi être recherchée peu importe si l'absence d'aveu a, ou non, accru le dommage.

Au vu des éléments de l'espèce cette infraction est établie à charge des prévenus.

Le tribunal constate que les prévenus ont volontairement négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu pour pouvoir échapper aux dettes contractées antérieurement, augmentant ainsi quotidiennement le préjudice accru aux tiers et les créances des créanciers publics.

Il y a partant lieu de retenir **L.)** et **T.)** également dans les liens de cette prévention.

Les infractions établies à l'encontre des prévenus constituent quatre cas de banqueroute simple facultative. 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).

En tenant compte de la conjugaison de ces fautes le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

L.) et **T.)** sont dès lors convaincus :

comme auteurs ayant eux-mêmes exécuté les infractions,

en leur qualité de dirigeants de la société à responsabilité limitée SOC.1.) s.à.r.l.,

1) depuis 2005, au siège de la société à responsabilité limitée SOC.1.) s.à.r.l., à (...),

1) de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

a) en infraction à l'article 574, 6° du Code de Commerce, de ne pas avoir tenu, pour la société à responsabilité limitée SOC.1.) 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 la 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 la 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 et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui leur seraient venus postérieurement, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social,

2) en infraction à l'article à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir publié les bilans des années 2005 et 2006 dans le délai légal.

II) depuis un temps non-prescrit, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements, en infraction à l'article 440 du Code de Commerce et à l'article 574 4° du Code de Commerce.

Les infractions retenues à l'encontre de L.) et T.) se trouvent en concours réel, de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 60 du Code pénal.

Au vu de la gravité des infractions commises, il y a lieu de condamner les prévenus L.) et T.) chacun à une peine d'emprisonnement de **12 mois**.

L.) et T.) n'ont pas subi jusqu'à ce jour de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et ils ne semblent pas indigne de l'indulgence du tribunal; il échet en conséquence de leur accorder la faveur du **sursis intégral** quant à la peine d'emprisonnement.

A l'audience publique du 23 février 2010, L.) et T.) ont conclu à ne pas voir ordonner la publication du jugement à intervenir, soutenant qu'une telle publication leur causerait préjudice.

Or, aux termes de l'article 583 du Code de commerce, tous les jugements rendus en matière de banqueroute seront affichés et publiés de la manière et suivant les formes établies par l'article 472 du même Code, aux frais des condamnés.

Par ces motifs :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **seizième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, L.) et T.) et leur mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense et le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

d é c l a r e l'opposition relevée par L.) et T.) RESENDE contre le jugement numéro **2856/09** du **20 octobre 2009** recevable;

d é c l a r e non avenues les condamnations au pénal prononcées à son encontre par le jugement numéro **2856/09** du **20 octobre 2009**;

statuant à nouveau :

c o n d a m n e L.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **douze (12) mois**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 16,95 euros;

condamne T.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de *douze (12) mois*, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 16,95 euros;

dit qu'il sera *sursis* à l'exécution de *l'intégralité* des peines d'emprisonnement;

avertit L.) et T.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, ils auraient 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;

ordonne 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 L.) et de T.) .

Par application des articles 14, 15, 16, 28, 29, 30, 65, 66 et 489 du Code pénal; articles 179, 182, 184, 187, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 626, 627, 628 et 628-1 du Code d'instruction criminelle et des articles 2 et 4 de la loi modifiée du 11 août 1982 qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Marie-Laure MEYER, vice-présidente, Henri BECKER, premier juge et Joëlle GEHLEN, juge et prononcé par la vice-présidente en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de Nadine SCHEUREN, substitut du procureur d'Etat et Maïté LOOS, greffière, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.

De ce dernier jugement appel fut interjeté au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 3 mai 2010 par Maître Josiane ADAMS, en remplacement de Maître Marco FRITSCH, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, pour et au nom des prévenus L.) et T.) .

Appel fut interjeté au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le même jour par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 21 octobre 2010, les prévenus L.) et T.) furent requis de comparaître à l'audience publique du 25 octobre 2010 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 les prévenus L.) et T.) furent entendus en leurs déclarations personnelles.

Maître Julio STUPPIA, en remplacement de Maître Marco FRITSCH, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens d'appel et de défense des prévenus L.) et T.) .

Madame le premier avocat général Martine SOLOVIEFF, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 24 novembre 2010, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit :

Par déclarations du 3 mai 2010 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, les prévenus L.) et T.) de même que le procureur d'Etat

ont régulièrement fait relever appel d'un jugement correctionnel du 24 mars 2010 rendu sur opposition dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Les prévenus ne contestent pas la matérialité des faits leur reprochés par le parquet en ce qui concerne les préventions de banqueroute simple. Ils expliquent que la situation financière du commerce qu'ils ont exploité s'est dégradée à la suite de la perte d'un client important. Ils auraient été mal conseillés par leur avocat de l'époque quant à l'obligation de faire l'aveu de la cessation des paiements et quant à la vente du fonds de commerce. D'ailleurs les éléments du fonds de commerce auraient été intégralement mis à la disposition du curateur. S'agissant de l'infraction à l'article 163 de la loi sur les sociétés commerciales, ils font valoir que leurs difficultés financières ne leur permettaient plus de payer les services du comptable qui n'aurait partant plus établi de bilans à partir de l'année 2005. Les prévenus font appel à la clémence de la Cour et demandent à voir suspendre le prononcé de la condamnation à intervenir. A titre subsidiaire ils demandent à la Cour de réduire la peine d'emprisonnement prononcée par les premiers juges et de faire abstraction des mesures d'affichage et de publication de la décision à intervenir.

Le représentant du ministère public demande la confirmation du jugement entrepris quant à la condamnation des prévenus du chef de banqueroute simple. Il requiert une peine d'emprisonnement de 6 mois assortie du sursis simple intégral et la publication de l'arrêt telle que prévu par la loi.

La juridiction de première instance a fait une juste appréciation des circonstances de la cause en ce qui concerne les infractions de banqueroute simple retenues à charge des prévenus qui sont restées établies en instance d'appel sur base des éléments du dossier.

En effet, en tant que dirigeants responsables de la société **SOC.1.), L.)** et **T.)** avaient l'obligation de veiller à la bonne tenue des livres de commerce et documents comptables ainsi qu'aux publications légales et ils avaient l'obligation de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal, de sorte que c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu les infractions à l'article 574, alinéas 4 et 6 du code de commerce à leur charge. C'est de même à bon droit que les prévenus ont été retenus dans les liens de l'infraction à l'article 573, alinéa 4 du code de commerce à défaut de justifier du versement au profit de la société du prix de vente de 5.000 euros du fonds de commerce cédé en date du 21 mars 2005 à **T.)**, la restitution du matériel vendu au curateur après la faillite intervenue plus de deux années plus tard étant inopérante à ce titre.

Concernant l'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, à savoir l'omission de publication des bilans des années 2005 et 2006 dans le délai légal, cette infraction est établie par le seul constat que le dirigeant social n'a pas fait procéder à la publication requise par la loi, à moins qu'il n'invoque et ne rende crédible, sans devoir en rapporter la preuve complète, une cause de justification, donc une circonstance ayant pour objet de démontrer que l'auteur n'a pas agi librement et consciemment (Cour 6 juillet 2010 no. 307/10 V. MP c/ Cameroni et Schmit). Or en l'espèce, la justification invoquée par les deux prévenus consistant à soutenir qu'ils étaient dans une situation financière telle qu'ils ne pouvaient plus payer leur comptable chargé d'établir les bilans annuels, ne saurait valoir comme cause de justification susceptible de renverser la présomption de l'infraction constituée par l'omission de

procéder à la publication requise par la loi. En effet, une telle cause de justification serait le cas de force majeure excluant toute faute dans le chef de ses auteurs, ce qui n'est pas le cas en l'espèce des difficultés invoquées par les prévenus pour subvenir aux frais comptables. Il résulte, en effet, du rapport du curateur que la société n'a cessé toute activité que quelques mois avant la faillite prononcée le 15 juin 2007 et le prévenu L.) déclare au procès-verbal que des paiements ont encore été faits par le biais des comptes de la société jusqu'à cette date.

Les règles du concours d'infractions ont été correctement énoncées par les premiers juges.

Les peines prononcées sont légales. La Cour considère, cependant, que les agissements des prévenus sont à sanctionner par une peine d'emprisonnement de 6 mois pour chacun d'eux, peine qui a été à juste titre assortie du sursis intégral au vu de leurs 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.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, les prévenus entendus en leurs explications, sur le réquisitoire du ministère public,

reçoit les appels en la forme ;

déclare partiellement fondés ceux des prévenus ;

réformant,

condamne les prévenus L.) et T.) du chef des infractions retenues à leur charge à une peine d'emprisonnement de six (6) mois chacun ;

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

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

condamne les prévenus aux frais de leur poursuite en instance d'appel, liquidés à 10,08 € pour chaque prévenu ;

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en y ajoutant les articles 202, 203 et 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait, jugé et prononcé en audience publique par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, Cité Judiciaire, plateau du St Esprit, où étaient présents :

Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre
Joséane SCHROEDER, premier conseiller
Christiane RECKINGER, conseiller
Georges WIVENES, procureur général d'Etat adjoint
Marc SERRES, greffier

qui, à l'exception du représentant du ministère public, ont signé le présent arrêt.