

**Arrêt N° 361/04 V.
du 9 novembre 2004**

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du neuf novembre deux mille quatre l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

Maître Yvette HAMILIUS, avocat à la Cour, demeurant à L-1660 Luxembourg, 78, Grand-Rue, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la Société anonyme **SOC.1.)** S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), déclarée en état de faillite par jugement du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg en date du 17 janvier 2003

citante directe, demanderesse au civil

e t :

X.), employé privé, demeurant à L-(...), en sa qualité de gérant de la société **SOC.2.)** Sàrl

cité direct, défendeur au civil et **appelant**

en présence du Ministère Public, partie jointe.

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 13^e chambre correctionnelle, le 3 février 2004, sous le numéro 414/04, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu la citation directe avec constitution de partie civile du 19 novembre 2003 notifiée par exploit d'huissier.

Par le prédit exploit, Maître Yvette Hamilius, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC.1.) S.a. cite X.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle aux fins de le voir condamner du chef de banqueroute simple sinon banqueroute frauduleuse sur base de l'article 489 du code pénal, aux peines à requérir par le Ministère Public. La citante directe demande encore à voir condamner le cité direct à lui remettre les pièces comptables de la faillite endéans la huitaine de la signification du jugement à venir, sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard.

L'exploit, régulièrement signifié dans les forme et délai de la loi est recevable en la pure forme.

1. Les incidents

A. **X.)** conclut en premier lieu à l'irrecevabilité de la citation directe, la citante directe ne pouvant d'après lui agir sans autorisation de la masse des créanciers respectivement du juge commissaire nommé à la faillite.

Lorsqu'un moyen soulevé s'analyse en une fin de non-recevoir tirée d'un défaut de qualité dans le chef d'une des parties au procès, il est, en raison de son caractère d'ordre public, comme tel recevable même après la présentation d'exceptions et de moyens de défense au fond (Cour 7 janvier 1988, no rôle 9291, LJUS 98814393).

L'article 1^{er} alinéa 2 du code d'instruction criminelle pose le principe général aux termes duquel l'action publique peut être mise en mouvement par la partie lésée.

Ainsi, la loi reconnaît à toute personne, physique ou morale, le droit d'agir devant les tribunaux répressifs en réparation du préjudice qui est causé par l'infraction, ce préjudice ne devant cependant pas s'identifier au seul trouble moral et social, trouble dont la réparation est efficacement assurée par l'exercice de l'action publique.

Il est établi que le curateur d'une faillite représente aussi bien la personne faillie que la masse des créanciers de cette dernière. En cette double qualité il est non seulement tenu d'administrer les biens de la faillite, mais autorisé à suivre, comme demandeur ou comme défendeur, toutes les actions qui ont pour but la conservation de l'actif qui doit servir de gage aux créanciers, de même que la reconstitution ou l'accroissement de cet actif dans l'intérêt commun de ces derniers (Cour 2 juillet 1880, P.2, 49).

Le fait que le curateur d'une faillite n'a pas été autorisé par une délibération de la majorité des créanciers à se porter partie civile dans une poursuite pour banqueroute frauduleuse a comme seule conséquence qu'en cas d'acquiescement du prévenu les frais ne peuvent pas être mis à charge de la masse, mais le curateur n'en est pas moins recevable à se porter partie civile (Cass. 3 mars 1921, P. 11, 546).

Il s'en suit que le curateur d'une faillite n'a pas besoin de solliciter avant d'agir une autorisation spécifique, ni de la part de la masse des créanciers, ni de la part du juge commissaire, de sorte que la fin de non-recevoir soulevée est à rejeter pour être dépourvue de fondement.

B. Le cité direct conclut en second lieu à l'absence de dommage dans le chef de la citante directe en lien causal avec les faits lui reprochés, les documents requis ayant été remis au curateur au mois de décembre 2003.

Le tribunal rappelle que la citation directe est un mode suivant lequel l'action publique peut être mise en mouvement, par voie principale et sur initiative de la personne lésée. L'action directe est un droit exceptionnel, qui doit être strictement renfermé dans les limites fixées par le code d'instruction criminelle; l'action civile engagée par voie de citation directe met nécessairement en mouvement aussi l'action publique, à condition, toutefois qu'elle soit régulièrement intentée (cf. Roger THIRY, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, tomes 1 et 2, n°221).

Si la citation directe était non recevable, le tribunal répressif ne pourrait statuer ni sur l'action civile, ni sur l'action publique (cf. Van Roye, Manuel de la partie civile, n°213, page 256).

Pour être recevable à citer directement, il faut et il suffit que celui qui agit puisse se prétendre personnellement lésé par l'infraction, objet de l'action publique, c'est-à-dire qu'il justifie avoir pu être victime de l'infraction, circonstance qu'il appartient au juge de fond d'apprécier souverainement en fait (Cass. Belge 28 janvier 1963, Pas.Bel. 1963, I, 609 ; Cour 19 janvier 1981, P. 25, p. 60).

Il suffit ainsi que celui qui agit puisse se prétendre personnellement lésé par l'infraction objet de l'action publique, c'est à dire qu'il justifie avoir été victime de l'infraction.

Il n'est pas nécessaire à propos de la question de la recevabilité, que le préjudice soit d'ores et déjà entièrement justifié, ce qui est une question de fond; il est cependant indispensable que le préjudice direct, personnel et causal soit allégué (cf. Roger THIRY, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, tomes 2, n°223).

En l'espèce, le tribunal constate que la citante direct allègue aux termes de l'exploit introductif d'instance qu'elle aurait subi un dommage direct, personnel et causal suite aux agissements allégués du cité direct, l'agissement du cité direct étant de nature à entraver le bon fonctionnement des opérations relatives à ladite faillite.

L'action publique ayant été régulièrement mise en mouvement, sa demande est à déclarer recevable.

2. Les faits

La citante directe expose qu'elle a été nommée curateur à la prédite faillite suivant jugement déclaratif du 17 janvier 2003.

Dans le cadre de sa mission, elle s'est adressée à la sàrl **SOC.2.**), liquidateur de la faillie depuis le 31 mai 2001, et plus particulièrement au cité direct, seul et unique gérant de cette société, aux fins de remise des pièces comptables de la faillie.

Malgré d'itératives demandes verbales et écrites, le cité direct aurait obstinément omis de procéder à la remise desdits documents, malgré différents engagements formels tant de sa part que de son litis mandataire et nonobstant une première citation directe le convoquant devant le tribunal correctionnel à l'audience du 2 juillet 2003.

Le 5 décembre 2003, le cité direct fait finalement déposer à l'étude du curateur un certain nombre de pièces ayant trait aux exercices 1999, 2000 et 2001.

3. En droit

A. La responsabilité pénale

Le tribunal tient à rappeler que le chef d'entreprise est tenu d'assurer, dans l'exploitation de son entreprise, l'observation de la réglementation imposée dans un intérêt public et est pénalement responsable de l'acte délictueux commis par un préposé. Le principe de la responsabilité du chef d'entreprise exige de sa part de veiller personnellement et à tout moment à la constante application des dispositions de la loi et des règlements pris pour son application et sans lui permettre de faire valoir ni son éloignement, ni la faute d'un préposé, ni la faute d'un tiers (Cour 8 février 2002, no 46/02, MP/M.)).

Le chef d'entreprise est personnellement responsable pénalement de sa faute consistant dans un défaut de surveillance et, dès lors, comme auteur des faits commis par autrui (jurisprudence cit.).

Ce principe de responsabilité de plein droit du chef d'entreprise souffre une seule exception qui entraîne l'exonération de cette responsabilité, et ceci au cas où le chef d'entreprise rapporte la preuve qu'il a délégué la direction d'une partie de l'entreprise à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence et

de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions de la loi, auquel cas sa responsabilité est transférée à son délégué (idem).

Il résulte des renseignements fournis que la société **SOC.2.)** Sàrl a été nommée liquidateur de la société **SOC.1.)** s.a. avec effet au 31 mai 2001. Il résulte de ces mêmes renseignements non autrement contestés que **X.)** est le seul et unique gérant de cette société.

C'est dès lors à bon droit qu'il a été cité devant le tribunal correctionnel pour répondre pénalement des agissements de cette société.

B. Les incriminations

Le tribunal souligne de prime abord que la banqueroute frauduleuse est passible de peines criminelles. Le tribunal correctionnel, saisi par voie de citation directe, est dès lors incompétent pour en connaître.

Aux termes de l'article 576 du code de commerce, pourront être condamnés aux peines de la banqueroute simple, les gérants des sociétés anonymes qui n'auront pas fourni les renseignements qui leur auront été demandés, soit par le juge-commissaire, soit par les curateurs, ou qui auront donné des renseignements inexacts.

Aux termes de l'article 574-6° du même code, pourra également être déclaré banqueroutier simple, tout commerçant qui n'a pas tenu les livres ou fait l'inventaire exigé et prescrit par la loi ; si ces livres et inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'il n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude.

- généralités

La banqueroute simple tout comme la banqueroute frauduleuse suppose l'une et l'autre 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 les termes sacramentels, par les juridictions répressives (Garraud, traité du droit pénal français, 3^e éd. T. 6 no 2667).

Le juge répressif, pour la déclaration de 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 l'un par la décision de l'autre. 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 lui enlèverait toute liberté pour rechercher et apprécier l'état légal de 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 dénégations du prévenu relatives aux conditions d'incrimination, se borner à invoquer le caractère même définitif d'une décision déclarative de faillite, mais qu'il est tenu d'examiner lui-même si le prévenu était réellement en état de faillite (Cour Bruxelles, 18 avril 1956, JT 1956, p. 513).

En effet, l'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple est indépendante de toute déclaration de faillite prononcée en matière commerciale (Schuind TI, sub art 489-490 CP et référence y citées).

Au vu des explications et déclarations du représentant du curateur de la faillite et des renseignements recueillis à l'audience, cet état non contesté par la défense est établi.

Par ailleurs, les dirigeants des personnes morales peuvent, en raison de cette activité, être condamnés du chef de banqueroute, bien qu'ils ne soient pas eux-mêmes commerçants et qu'ils ne soient que des dirigeants de fait (Schuind, Traité de droit criminel TI ; P.438 M no 10)

Il appartient au juge de rechercher la personne physique, organe ou préposé, sur laquelle pèse la responsabilité pénale d'une infraction commise par une société commerciale (Cass belge 1^{er} octobre 1973, P. 1974, I, 94).

Le rôle du prévenu ayant été exposé ci-avant et le tribunal en conclut qu'en sa qualité de liquidateur de la société actuellement en faillite, il doit être considéré comme auteur des faits qui lui valent les poursuites de banqueroute.

Finalement, l'époque de la cessation des paiements doit être déterminée. En effet la date du jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par ce tribunal de la date de la cessation des paiements sont sans effet sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (cass. Belge 14 avril 1975, P. 1975, I, 796) mais il n'est pas interdit au juge d'adopter cette date, s'il l'estime exacte, sans toutefois se contenter de s'y référer (Schuind op. cit p. 43480).

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, P. 31, II, p. 36). La cessation des paiements 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, no 71).

En tenant compte des indications figurant dans le jugement déclaratif de faillite et eu égard à ce qui précède, il échet d'adopter la date de la cessation des paiements telle que retenue dans le jugement déclaratif de faillite, date d'ailleurs non autrement critiquée par la défense.

- quant à la remise des pièces comptables (article 576 du code de commerce)

Il est établi que **X.)** a procédé à la remise de pièces comptables en l'étude du curateur le 5 décembre 2003. Il explique le retard encouru à la remise des pièces à différents malentendus entre lui et le curateur.

Le représentant du curateur donne à considérer que les pièces remises sont des plus incomplètes, se limitent aux années 2000 et 2001 et ne renseignant aucunement des devoirs accomplis par le cité direct en tant que liquidateur.

Le tribunal constate que la disposition de l'article 576 du code de commerce n'impose aucun délai pour ce qui est de la fourniture des renseignements sollicités le cas échéant par le curateur.

Cependant et afin de ne pas paralyser à l'infini les devoirs à exécuter par le curateur d'une faillite, il est évident que les renseignements par lui sollicités doivent lui parvenir dans les meilleurs délais afin de ne pas entraver le bon fonctionnement des opérations relatives à la faillite.

X.) ayant procédé à la remise des pièces comptables, certes dix mois après la première demande y afférente de la part du curateur, et tant le curateur que le Ministère Public restant en défaut d'établir que cette remise est incomplète, il y a lieu de conclure que l'infraction reprochée n'est établie ni en fait ni en droit.

Il y a partant lieu d'en acquitter **X.)**.

- quant à la tenue d'une comptabilité (article 574-6 du code de commerce)

La tenue d'une comptabilité soit dans un livre journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, relève de la responsabilité, en cas de mise en liquidation d'une société, du liquidateur.

Il ressort des éléments du dossier ainsi que des renseignements fournis par le représentant du curateur, qu'aucune comptabilité n'a été tenue pour l'exercice 2002 par le liquidateur de la société **SOC.1.)** sa, actuellement en faillite.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574-6° 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 (Rép. Nat. Dr. belge ; Vo faillite et Banqueroute, no 2620).

Les faits prévus par cette disposition peuvent d'après les circonstances constituer le délit de la banqueroute simple, mais ne le constituent pas nécessairement. La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges, appartient aux juridictions de jugement (R.P.D.B. verbo faillite et banqueroute, no 2591 et 2592).

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 (L. Humblet, traité des faillites cité in Schuind, Traité de droit criminel, TI, p. 438 Q, sub. no 13)

Le tribunal constate que **X.)**, comptable professionnel, reste en défaut de fournir la moindre explication quant à l'absence de tenue d'un livre-journal pour l'exercice 2002.

Le tribunal retient dès lors qu'il y a lieu de retenir **X.)**, en sa qualité de liquidateur de la société **SOC.1.)** sa, dans les liens de la prévention de banqueroute simple, alors qu'en omettant de tenir un livre-journal pour l'exercice 2002 tel que prescrit par la loi, il a mis tant les associés de la faillite que l'actuel curateur dans l'impossibilité de contrôler tant soi peu la situation financière de la faillite notamment pour ce qui est de l'exercice 2002.

Au vu de ce qui précède **X.)** se trouve dès lors convaincu :

« du 1er janvier 2002 au 17 janvier 2003, comme auteur ayant lui-même commis l'infraction

*en sa qualité de gérant de la société **SOC.2.)** Sàrl, en liquidateur de la société **SOC.1.)** sa, établie et ayant son siège social à (...), actuellement en faillite*

de s'être rendu coupable de banqueroute simple par omission de tenir les livres exigés à l'article 8 du code de commerce

en l'espèce, de ne pas avoir tenu les livres exigés à l'article 8 du code de commerce pour l'exercice 2002. »

C. La peine

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

Le tribunal estime qu'il y a lieu de condamner **X.)** du chef de l'infraction retenue à sa charge, à une peine d'emprisonnement de un mois.

Le prévenu ne semble cependant pas indigne de l'indulgence du tribunal, de sorte qu'il y a lieu de lui accorder le bénéfice du sursis quant à l'exécution de la peine d'emprisonnement.

4. Au civil

A l'audience publique du 19 janvier 2004, Maître Caroline Engel, avocat, demeurant à Luxembourg s'est constituée partie civile au nom et pour le compte de Maître Yvette Hamilius en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC.1.)** contre **X.)**. Il y a lieu de lui en donner acte.

Le tribunal est incompétent pour connaître de cette demande eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'encontre de **X.)**.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, treizième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, la mandataire de la citante directe, le cité direct et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, les demanderesse et défendeur au civil entendus en leurs conclusions et la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

AU PENAL

se déclare incompetent pour connaître de l'infraction de banqueroute frauduleuse ;

acquitte X.) de l'infraction non établie à sa charge ;

condamne X.) du chef de l'infraction retenue à sa charge à une **peine d'emprisonnement de 1 (UN) mois**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 0,52 euros;

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

AU CIVIL

donne acte à Maître Caroline Engel, en remplacement de Maître Yvette Hamilius, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC.1.**), de sa constitution de partie civile;

se déclare incompetent pour en connaître;

laisse les frais de cette demande civile à charge de Maître Yvette Hamilius.

Par application des articles 66 et 489 du Code pénal; 3, 154, 179, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 626 du Code d'instruction criminelle qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Marlyse KAUFFMAN, vice-présidente, Eric SCHAMMO et Georges EVERLING, juges, et prononcé par Madame la vice-présidente en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de Martine LEYTEM, attachée de justice, et de Natascha SCHUMMER, greffier, 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 13 février 2004 par le mandataire du cité direct et défendeur au civil.

En vertu de cet appel et par citation du 6 mai 2004, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 11 juin 2004, lors de laquelle le cité direct et défendeur au civil fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Henri FRANK, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du cité direct et défendeur au civil.

Maître Caroline ENGEL, avocat à la Cour, conclut au nom de la citante directe et demanderesse au civil.

Monsieur le premier avocat général Georges WIVENES, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

La Cour prit l'affaire en délibéré et en fixa le prononcé à l'audience publique du 13 juillet 2004.

En date du 13 juillet 2004 la Cour ordonna la rupture du délibéré pour permettre à la partie de Maître FRANK de se désister en bonne et due forme de sa demande en obtention de dommage-intérêts, avec continuation à l'audience publique du vendredi, 24 septembre 2004.

Sur citation du 30 juillet 2004 les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 24 septembre 2004, lors de laquelle le cité direct et défendeur au civil déclara se désister de sa demande, déclaration qu'il signa au plume d'audience, le tout en présence de son défenseur, Maître Henri FRANK, avocat à la Cour.

Maître Caroline ENGEL, avocat à la Cour, comparant pour la citante et demanderesse au civil fut présente.

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

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 9 novembre 2004, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 13 février 2004 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le cité direct **X.)** a régulièrement fait relever appel d'un jugement correctionnel du 3 février 2004 dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

L'appelant conclut à l'annulation du jugement de première instance et à l'irrecevabilité de la citation directe dirigée contre lui. Il demande en ordre subsidiaire à la Cour de l'acquitter de l'infraction retenue à son encontre.

La citante directe conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Le représentant du ministère public demande à la Cour d'annuler le jugement rendu par le tribunal correctionnel et de statuer par évocation. Il déclare se rapporter à la sagesse de la Cour quant au fond de l'affaire.

Le cité directe **X.)** et le représentant du ministère public concluent à bon droit à l'annulation du jugement déféré au motif qu'il est contradictoire en ce que d'une part il condamne **X.)** du chef de banqueroute simple pour avoir omis de tenir les livres exigés à l'article 8 du code de commerce pour l'exercice 2002 et que, d'autre part, statuant sur la demande civile du curateur de la faillite de la société anonyme **SOC.1.)**, il se déclare incompetent pour en connaître eu égard à la décision intervenue au pénal à l'encontre de **X.)**. Les juges de première instance n'ont en effet pas pu, sans se contredire, condamner d'une part le cité direct sur l'action publique et d'autre part se déclarer incompetents pour connaître de la demande civile.

Comme le juge d'appel, pour statuer par évocation, n'a à cet effet que les pouvoirs qui résultent de la combinaison des règles de l'évocation avec les principes de l'effet dévolutif de l'appel, ses pouvoirs sont limités par la saisine telle qu'elle résulte de l'effet dévolutif de l'appel.

Lorsque comme c'est le cas en l'espèce la Cour n'a été saisie que par le seul appel du cité direct, ses attributions sont limitées en ce sens qu'il lui est interdit d'aggraver la position de l'appelant. La Cour est partant sans pouvoir pour annuler le jugement en ce qu'il a acquitté **X.)** de la prévention non établie à sa charge et de statuer par évocation sur cette prévention. En effet, si elle procédait de la sorte et se saisissait de cette prévention, elle aurait le droit de statuer aussi bien par voie de condamnation que par voie d'acquiescement de telle sorte qu'elle ferait ressortir du seul appel du cité direct la faculté d'aggraver sa position.

Le jugement est partant uniquement à annuler en tant qu'il a retenu à charge de **X.)** l'infraction de banqueroute simple par omission de tenir les livres exigés à l'article 8 du code de commerce pour l'exercice 2002.

X.) conclut en premier lieu à l'irrecevabilité de la citation directe au motif que la citante directe ne pourrait pas agir sans autorisation soit de la masse des créanciers soit du juge-commissaire nommé à la faillite.

Le fait que le curateur d'une faillite n'a pas été autorisé par une délibération de la majorité des créanciers à se porter partie civile dans une poursuite pour banqueroute frauduleuse a comme seule conséquence qu'en cas d'acquiescement du prévenu les frais ne peuvent pas être mis à charge de la masse.

Il s'ensuit que le curateur de la faillite n'a pas besoin de solliciter avant d'agir une autorisation spécifique, ni de la part de la masse des créanciers, ni de la part du juge-commissaire de sorte que la fin de non-recevoir opposée par le cité direct est à rejeter comme n'étant pas fondée.

X.) conclut encore à l'irrecevabilité de la citation directe pour défaut de possibilité de préjudice dans le chef de la citante directe.

La citante directe a dans sa citation reproché à **X.)** d'avoir omis de tenir les livres exigés à l'article 8 du code de commerce pour l'exercice 2002 sans

alléguer cependant le moindre préjudice découlant pour elle de cette omission. Elle s'est en effet dans la citation directe signifiée à **X.)** contentée d'exposer que « *le défaut de communiquer les pièces comptables au curateur sur sa requête est de nature à entraver le bon déroulement des opérations relatives à ladite faillite et que ce comportement est de nature à porter préjudice aux créanciers de la société en faillite* » sans formuler la moindre demande de réparation du chef de l'absence de tenue de livres pour l'année 2002 et en ne prétendant pas avoir subi un dommage quelconque du chef de cette infraction, sollicitant uniquement la condamnation de **X.)** à lui remettre les pièces comptables demandées endéans la huitaine de la signification du jugement à intervenir.

Pour être reçue à se constituer partie civile et, notamment, pour saisir la juridiction répressive par voie de citation directe, la citante directe doit justifier qu'elle peut avoir été personnellement lésée par cette infraction; la partie qui ne prétend pas avoir subi un préjudice et ne réclame dès lors aucune réparation n'a pas qualité pour mettre l'action publique en mouvement en se constituant partie civile.

Il s'ensuit que la citation directe est irrecevable dans la mesure où elle tend à voir condamner **X.)** du chef de banqueroute simple pour avoir omis de tenir les livres exigés à l'article 8 du code de commerce pour l'exercice 2002.

A l'audience publique de la Cour du 24 septembre 2004, le cité direct **X.)** a déclaré se désister de sa demande tendant à la condamnation de Maître Yvette HAMILIUS, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC.1.)** S.A., à des dommages-intérêts de 10.000 euros du chef de procédure abusive et vexatoire.

Ce désistement, régulier et accepté par la citante directe est à décréter.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le cité direct et défendeur au civil entendu en ses explications, moyens de défense et conclusions, la citante directe et demanderesse au civil en ses conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire;

reçoit l'appel en la forme;

donne acte au cité direct **X.)** qu'il se désiste de sa demande tendant à la condamnation de Maître Yvette HAMILIUS, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC.1.)** S.A., à des dommages-intérêts de dix mille euros (10.000 €) du chef de procédure abusive et vexatoire;

décète ce désistement;

dit l'appel de **X.)** fondé;

annule le jugement en ce que le tribunal correctionnel a retenu à charge de **X.)** l'infraction de banqueroute simple par omission de tenir les livres exigés à l'article 8 du code de commerce pour l'exercice 2002 et qu'il l'a condamné du

chef de cette infraction à une peine d'emprisonnement d'un mois assortie du sursis;

évoquant et y statuant:

déclare irrecevable la citation directe de Maître Yvette HAMILIUS, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC.1.)** S.A., pour autant qu'elle tend à voir condamner **X.)** du chef de banqueroute simple pour avoir omis de tenir les livres exigés à l'article 8 du code de commerce pour l'exercice 2002;

laisse les frais dans les deux instances à charge de la citante directe.

Par application des articles 191, 211 et 215 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait, jugé et prononcé en audience publique par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, où étaient présents:

Roland SCHMIT, président de chambre
Arnold WAGENER, premier conseiller
Marc KERSCHEN, conseiller
Martine SOLOVIEFF, avocat général
Cornelia SCHMIT, greffier

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