

**Arrêt N° 399/06 V.
du 11 juillet 2006**

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

e n t r e :

la société à responsabilité limitée **SOC1.) SARL**, représentée par son gérant actuellement en fonctions, établie et ayant eue son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), comparant par Maître Alexandre DILLMANN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg

demanderesse au civil, **appelante**

e t :

A.), né le (...) à (...), demeurant à B-(...), (...)

défendeur au civil

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, 7^e chambre correctionnelle, le 31 octobre 2005, sous le numéro 2988/05, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu la citation à prévenu du **6 mai 2005** (not. **20114/2003CD**) régulièrement notifiée.

Au Pénal

Le Ministère Public reproche au prévenu d'avoir commis les infractions de banqueroute simple par le fait de ne pas avoir tenu pour la société **SOC1.)** sàrl les livres de commerce tel que exigé par les articles 8, 9 et 10 du Code de commerce, de ne pas avoir soumis à l'assemblée générale dans les 12 mois de la clôture de l'exercice les comptes annuels ainsi que par le fait 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.

1) L'état de faillite

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

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

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

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 Mémorial et renseignements fournis par le curateur, **A.)** occupait la fonction de gérant unique depuis le 26 janvier 2000, soit durant les six mois précédant le jugement de la faillite. Suivant le même extrait, **A.)** s'occupait seul de la gestion courante et avait seul le pouvoir de signature et celui d'engager la société.

A.) est partant commerçant.

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 «**SOC1.)** Sàrl» 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 des pièces versées en cause, notamment au vu du jugement du tribunal de commerce du 7 juin 2002 ainsi que des dépositions du curateur de la faillite à l'audience, la société à responsabilité limitée « **SOC1.)** » est effectivement en état de faillite.

Ainsi, en faisant assigner en faillite la société « **SOC1.)** », le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE, 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 l'exécution de la contrainte, de sorte qu'il y a ébranlement du crédit commercial.

Il résulte du rapport d'activité du curateur Alexandre DILLMANN du 23 octobre 2002 qu'un actif de 8.154,54.- euros a été recueilli par le curateur, tandis que la créance du CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOICALE s'élève à 20.335,52 euros, celle de la TVA s'élève à 29.290,02.- euros, celle des impôts directs à 379,79.- euros. Les créances de divers fournisseurs constituent un total de 17.174,68.- euros.

Selon le rapport d'activité du curateur, les deux salariés de la société auraient été licenciés en février 2002.

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 « **SOC1.)** » est ébranlé, alors qu'un des principaux créanciers, le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE, qui l'a d'ailleurs assignée en faillite, ne lui a plus accordé de délais de paiements.

La société à responsabilité limitée «**SOC1.)** » se trouve donc en état de faillite.

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 7 juin 2002, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 7 décembre 2001. Il y a lieu de maintenir cette date de cessation de paiements.

II) Les infractions de banqueroutes simples libellées par le Ministère Public

• Quant au non-respect de l'obligation de tenir des livres de commerce :

Le Ministère Public reproche en premier lieu à **A.)** de s'être rendu coupable du délit de banqueroute simple en ne tenant pas les livres conformément aux prescriptions des articles 8, 9 et 10 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 du dirigeant en l'occurrence du gérant unique de la société.

Suivant les déclarations faites par le curateur, entendu comme témoin à l'audience, il n'a trouvé aucune comptabilité.

Il résulte des déclarations du prévenu qu'il aurait remis des documents comptables à des amis qui auraient dû dresser les comptes annuels en bonne et due forme. Or, ces amis auraient déménagé et tous les documents qu'il leur aurait confiés auraient été perdus.

Le tribunal doit constater que cette explication fournie par le prévenu quant à l'absence de la comptabilité est plus que farfelue et tout porte à croire que ces documents comptables prétendument disparus n'ont jamais existés.

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 8 et suivants du Code de commerce. Cette exigence n'ayant pas été respectée par le prévenu, il est à retenir 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.

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.

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).

Le prévenu a déclaré à l'audience qu'il aurait attendu des rentrées d'argent et que pour cette raison, il n'aurait pas fait l'aveu de cessation de paiements. Hormis le fait que cette affirmation reste à l'état de pure allégation, il faut rappeler que l'omission de l'aveu de cessation de paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour d'appel lux. 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibéré ou le résultat d'une simple négligence (en ce sens Cour 12 juillet 1994, n° 270/94).

En l'espèce, le tribunal est d'avis que le prévenu a volontairement négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu pour profiter le plus longtemps possible de l'existence de la société.

Il y a partant lieu de retenir **A.)** également dans le chef de cette prévention.

Il résulte dès lors de ce qui précède que les infractions libellées à charge du prévenu sont établies, de sorte qu'il y a lieu de les retenir à sa charge.

A.) est dès lors **convaincu** des infractions suivantes, à savoir :

comme auteur, ayant lui-même exécuté les infractions,

pris en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée unipersonnelle SOC1.) SARL, déclarée en état de faillite par jugement du 7 juin 2002 par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2^e chambre, siégeant en matière commerciale,

depuis un temps non prescrit et notamment à partir du 26 janvier 2000, date de sa nomination à la fonction de gérant de la sàrl SOC1.) jusqu'au 7 juin 2002, date de la mise en faillite de la sàrl SOC1.), dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment à (...), (...),

1) de ne pas avoir tenu des livres exigés par les articles 8, 9 et 10 du Code de Commerce, sans néanmoins qu'il y avait fraude, en l'espèce, de ne pas avoir tenu de comptabilité du tout,

2) de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois prévu à l'article 440 du Code de Commerce,

3) de ne pas avoir agi en conformité à l'article 163-3 de la loi modifiée du 15 août 1915 concernant les sociétés commerciales, en l'espèce, de ne pas avoir soumis à l'assemblée générale dans les 12 mois de la clôture de l'exercice les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée au contrôle, et de ne pas avoir fait publier ces documents.

Les infractions établies à l'encontre du prévenu constituent trois cas de banqueroute simple facultative. Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé est établi et 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 des trois fautes, le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

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

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 une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans.

En l'espèce, le tribunal décide de faire application des dispositions de l'article 20 du Code pénal et de prononcer une peine d'amende au lieu d'une peine d'emprisonnement.

La gravité des infractions commises justifie la condamnation de **A.)** à une amende de 2.500 euros.

Il y a encore lieu d'ordonner la publication de la condamnation dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt ainsi que l'affichage de la décision en la salle d'audience du tribunal de Commerce.

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.

Au Civil

A l'audience publique du 17 octobre 2005, Maître Alexandre DILLMANN, avocat, demeurant à Luxembourg, se constitua partie civile au nom et pour compte de la société à responsabilité limitée **SOC1.) SARL** contre le prévenu **A.)**, préqualifié, défendeur au civil.

La partie demanderesse au civil réclame les montants suivants :

Créanciers :	Montants :
Administration des contributions directes (Pièce 9)	379,79
Centre Commun de la Sécurité Sociale (Pièce 10)	20.863,80

SOC2.)	5.749,06
SOC3.)	11.425,62
Ets SOC4.)	20.383,04

Il y a lieu de donner acte à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile.

Le tribunal est compétent pour en connaître, eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'égard du prévenu **A.)**.

La partie civile telle que présentée doit être déclarée irrecevable, alors que le curateur de la société en faillite **SOC1.)** sàrl a formulé la demande comme suit : « la société à responsabilité limitée **SOC1.)**, représentée par son gérant actuellement en fonctions », comme si la société existait toujours, au lieu de présenter la demande en tant que curateur de la faillite de la société **SOC1.)** sàrl, représentant légal de la masse des créanciers de la faillite.

La partie civile doit dès lors être déclaré irrecevable.

Pour être complet, les dommages-intérêts que le tribunal accordera le cas échéant à la masse ne seront pas destinés à réparer le préjudice subi par les créanciers du fait de la cessation des paiements de leur débiteur, c'est-à-dire la différence entre le montant des créances et le dividende. La cessation de paiements n'est pas comme telle le dommage résultant de l'état de banqueroute. Les dommages-intérêts devront réparer le préjudice particulier découlant d'un ou de plusieurs faits constitutifs de banqueroute (cf. A.Honorat, note sous Cass.fr., 4.10.1974, D. 1975, p.328).

Pour que la constitution de partie civile soit recevable, il faut un préjudice particulier distinct du montant de la créance, résultant directement de l'infraction (cf. M-C SORINDO in "Délict de banqueroute", n°200).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, alors que le curateur, représentant la masse des créanciers, réclame le montant intégral des créances. Or il n'est pas établi que ce préjudice résulte des infractions retenues à charge du prévenu.

Il résulte de ce qui précède que la demande civile est également irrecevable quant au fond.

PAR CES MOTIFS :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **septième chambre**, siégeant en **matière correctionnelle**, statuant **contradictoirement**, le prévenu et défendeur au civil et son mandataire entendus en leurs moyens, le mandataire de la demanderesse au civil entendu en ses déclarations et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

Au Pénal

c o n d a m n e le prévenu **A.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une amende de **2.500 (deux mille cinq cents) euros** ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 45,29 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 50 (cinquante) jours;

o r d o n n e 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 3 mois et qu'il soit **inséré** par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais du contrevenant.

Au Civil

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

s e d é c l a r e *compétent* pour en connaître;

d é c l a r e la demande *irrecevable*.

Par application des articles 14, 15, 20, 66 et 489 du Code pénal; articles 2, 3, 155, 179, 182, 184, 186, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'instruction criminelle; articles 8, 9, 10, 440, 472, 574, 577, 579 et 583 du Code de commerce; article 163-3 de la loi modifiée du 15.08.1915 sur les sociétés commerciales, qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Marlyse KAUFFMAN, vice-président, Simone PELLEES, premier juge, et Anne-Françoise GREMLING, juge, et prononcé, en présence de Jean-Jacques DOLAR, premier substitut du Procureur d'Etat, en l'audience publique dudit tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, date qu'en tête, par Madame le vice-président, assistée du greffier Pascale PIERRARD, 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 30 novembre 2005 au civil par Maître Alexandre DILLMANN,

agissant en sa qualité de curateur au nom et pour compte de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** sàrl.

En vertu de cet appel et par citation du 13 avril 2006, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 26 mai 2006 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite de l'appel interjeté.

A cette audience Maître Alexandre DILLMANN, agissant en sa qualité de curateur au nom et pour compte de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** sàrl, développa plus amplement les moyens d'appel.

Maître Ali YAKISAN, avocat à la Cour, conclut au nom du défendeur au civil **A.)**.

Madame l'avocat général Jeanne GUILLAUME, assumant les fonctions de ministère public, se rapporta à la sagesse de la Cour.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et en fixa le prononcé à l'audience publique du 7 juillet 2006, lors de laquelle le prononcé fut remis à l'audience publique du 11 juillet 2006. A cette audience la Cour rendit l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 30 novembre 2005 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la société à responsabilité limitée **SOC1.)** SARL a fait relever appel au civil d'un jugement correctionnel rendu le 31 octobre 2005, jugement dont les motivations et dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

La société à responsabilité limitée **SOC1.)** SARL critique le jugement de première instance en ce que le tribunal correctionnel a déclaré sa constitution de partie civile irrecevable en faisant plaider que la constitution de partie civile émanait du curateur de la faillite, seul habilité à agir en justice au nom de la société faillie ainsi que de la masse des créanciers.

Elle demande en conséquence à la Cour de déclarer sa demande par réformation du jugement entrepris recevable et de condamner **A.)** au paiement du montant de 29.290,02 euros pour le préjudice causé par le non-paiement de la TVA et de l'absence de comptabilité et au paiement de la somme de 58.801,31 euros subsidiairement de la somme de 38.418,27 euros et encore plus subsidiairement du montant de 2.958,74 euros pour le préjudice causé par la poursuite d'une activité déficitaire consécutive au défaut d'aveu de cessation des paiements.

Le défendeur au civil conclut à la confirmation du jugement entrepris tandis que le représentant du ministère public déclare se rapporter à la sagesse de la Cour.

Il résulte des éléments du dossier soumis à la Cour que la constitution de partie civile a été faite au nom de la société à responsabilité **SOC1.)** SARL, « représentée par son gérant actuellement en fonctions », établie et ayant eu son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), comparant par Maître Alexandre

DILLMANN, avocat à la Cour, demeurant à L- 1724 Luxembourg, pris en sa qualité de curateur de la faillite **SOC1.)** SARL.

Si une société survit jusqu'à sa liquidation même en cas de faillite, il n'en reste pas moins qu'à partir du jugement déclaratif de la faillite, le curateur est substitué à la société et exerce les droits et actions de la société.

La constitution de partie civile aurait dès lors dû être faite par Maître Alexandre DILLMANN, agissant en sa la qualité de curateur de la société faillie et non pas par la société faillie, représentée par son gérant actuellement en fonctions.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que les juges de première instance ont, quoique pour d'autres motifs, déclaré la constitution de partie civile de la société **SOC1.)** SARL, représentée par son gérant, irrecevable en la forme.

Les juges de première instance ont encore déclaré la demande irrecevable quant au fond au motif qu'il ne serait pas établi que le préjudice allégué résulterait des infractions retenues à charge du défendeur au civil.

Eu égard à la décision intervenue sur la recevabilité en la forme de la demande civile dirigée contre **A.)**, il n'est plus nécessaire d'examiner si le préjudice réclamé en l'espèce résulte des infractions retenues à charge du défendeur au civil de sorte qu'il y a lieu de faire abstraction de la motivation afférente des juges de première instance qui est à considérer comme surabondante.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, la demanderesse et le défendeur au civil entendus en leurs conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire;

reçoit l'appel en la forme;

le **dit** non fondé;

partant **confirme** le jugement entrepris;

condamne la demanderesse au civil aux frais de la présente instance.

Par application de l'article 211 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
Marc KERSCHEN, premier conseiller
Lotty PRUSSEN, conseiller
Christiane BISENIUS, avocat général
Cornelia SCHMIT, greffier

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