Arrêt N° 453/06 V.
du 10 octobre 2006

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du dix octobre deux mille six 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 :

P1.), né le **(…)** à **(…)**, demeurant à L-**(…)**

prévenu, **appelant**

F A I T S :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 16e chambre correctionnelle, le 4 avril 2006, sous le numéro 1223/06, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu la citation à prévenu du 14 juillet 2005 régulièrement notifiée à **P1.)**.

Le Ministère Public reproche au prévenu, en sa qualité de gérant de la société **SOC1.)** s.àr.l., d'avoir commis, depuis le 4 avril 2001, date de la constitution de la société, l'infraction de banqueroute simple par le fait, de ne pas avoir tenu les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce et de ne pas avoir tenu l'inventaire prévu à l'article 15 du Code de commerce ainsi que de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire et de ses deniers, valeurs, meubles et effets de quelque nature qu'ils soient qui lui seraient parvenus postérieurement.

Le Ministère Public reproche encore au prévenu, depuis un temps non prescrit, en infraction à l'article 163-3 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir procédé chaque année à la publication du bilan et du compte de profits et pertes de la société **SOC1.)** s.à.r.l.

Le 4 avril 2001, la société **SOC1.)** s.à.r.l est constituée. Dans cette société, **P1.)** détient quatre-vingt-dix neuf des cent parts.

Le 19 novembre 2003, **P1.)** fait l'aveu de la faillite. La faillite est prononcée par jugement du 21 novembre 2003.

P1.) soutient que depuis novembre 2001 la société n'avait plus aucune activité, de sorte qu'aucune comptabilité n'a été tenue. Il affirme tout de même avoir chargé une fiduciaire de la gestion de sa comptabilité.

L'infraction de banqueroute simple présuppose en premier lieu que la juridiction répressive constate l'état de faillite et vérifie la qualité de commerçant du prévenu.

Au vu des éléments du dossier répressif, la société **SOC1.)** S.A. est en état de faillite, fait d'ailleurs non contesté par le prévenu.

Il résulte du rapport d'activité du curateur du 14 janvier 2005 qu'aucun actif n'a été recueilli par le curateur, tandis que le passif s'élève à 20.000 euros.

Etant donné que depuis novembre 2001 la société n'avait plus aucune activité, il y a lieu de retenir qu'à partir de cette époque la société se trouvait en état de cessation de paiements.

Il faut ensuite que le prévenu soit commerçant, sinon qu'il soit assimilable à un 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 commerçants (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).

En l'espèce il résulte des statuts de la société **SOC1.)** S.A., que **P1.)** est gérant unique de la société avec pouvoir d'engager la société par sa seule signature.

P1.) était d'ailleurs, d'après ses propres déclarations, le seul à s'occuper de la gestion courante de la société.

Dès lors, **P1.)** est à assimiler à un commerçant.

Le Ministère Public reproche à **P1.)** de s'être rendu coupable du délit de banqueroute simple pour :

1) en infraction à l'article 574-6 du Code de commerce, ne pas avoir tenu pour la société à responsabilité limitée **SOC1.)**, les livres 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), 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 précitée) ;

2) en infraction à l'article 573-4 du Code de commerce, ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire et de ses deniers, valeurs, meubles et effets de quelque nature qu'ils soient qui lui seraient parvenus postérieurement.

3) en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, ne pas avoir procédé chaque année à la publication du bilan et du compte de profits et pertes de la société **SOC1.)** s.à.r.l.

Au vu des dépositions du curateur, des déclarations du prévenu et du résultat de l'instruction menée en cause, il y a lieu de retenir que dès le début de l'exploitation de la société le prévenu a omis de tenir une comptabilité en bonne et due forme et de procéder à la publication des bilans et du compte de profits et pertes.

Même s'il a chargé une fiduciaire de la tenue de la comptabilité, il y a lieu de noter que le prévenu a négligé de vérifier que celle-ci s'en occupe convenablement.

En tout état de cause, les infractions reprochées à **P1.)** étant des infractions matérielles de sorte que **P1.)** est à retenir dans les liens de celles-ci.

Le prévenu **P1.)** est dès lors à déclarer convaincu par les débats à l'audience ainsi que les éléments du dossier répressif :

en sa qualité de gérant de la société SOC1.) s.à.r.l, ayant eu son siège à (…), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal de commerce en date du 21 novembre 2003, partant comme auteur, ayant lui-même exécuté les infractions,

1) depuis le 4 avril 2001, date de la constitution de la société susmentionnée, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, notamment au siège social de la société,
en infraction à l'article 574-6 du code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du code pénal, de ne pas avoir tenu les livres de commerce exigés par l'article 8 du code de commerce (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre concernant le registre de commerce et des sociétés), à savoir une comptabilité appropriée à la nature de ses activités, conformément aux règles usuelles de la comptabilité en partie double et de ne pas avoir inscrit toutes les opérations sans retard, de manière fidèle et complète, et par ordre de date, soit dans le livre journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, ni, dans ce dernier cas, d'avoir introduit toutes les données inscrites dans les journaux spécialisés, avec indication des différents comptes mis en mouvement, par voie de centralisation dans un livre centraliseur unique, et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du code de commerce (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés),

2) depuis le 4 avril 2001, date de la constitution de la société susmentionnée, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, notamment au siège social de la société,
en infraction à l'article 573-4 du code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du code pénal, ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire et de ses deniers, valeurs, meubles et effets de quelque nature qu'ils soient qui lui seraient parvenus postérieurement,

3) depuis le 4 avril 2001, date de la constitution de la société susmentionnée, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, notamment au siège social de la société,

en infraction à l'article 163-3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir procédé chaque année à la publication du bilan et du compte de profits et pertes de la société SOC1.) s.à.r.l.

Les infractions retenues se trouvent en concours réel, de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 60 du code pénal.

Eu égard à la gravité des faits et eu égard au repentir actif de **P1.)**, qui a commencé à indemniser les créanciers de la faillite, le tribunal décide de condamner **P1.)** à une peine d'emprisonnement de ***3 mois***.

P1.) n'a pas subi jusqu'à ce jour de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et il ne semble pas indigne de l'indulgence du tribunal; il échet en conséquence de lui accorder la faveur du ***sursis intégral*** quant à la peine d'emprisonnement.

P a r c e s m o t i f s :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, ***seizième chambre***, siégeant en matière correctionnelle, statuant ***contradictoirement,*** **P1.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense et le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

c o n d a m n e P1.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de ***trois (3) mois***, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 31,52 euros;

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

a v e r t i t P1.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine privative de liberté ou à une peine plus grave pour crimes ou délits de droit commun, la peine de prison prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al. 2 du code pénal;

o r d o n n e que le présent jugement 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 **P1.)**.

Par application des articles 14, 15, 60, 66 et 489 du code pénal; articles 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196, 626, 627, 628 et 628-1 du code d'instruction criminelle; articles 9, 11, 15, 472, 573-4, 574-6 et 583 du Code de Commerce ; article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales 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 Jacques CASTEL, 1er substitut du Procureur d'Etat et de Maïté LOOS, greffière, 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 4 mai 2006 par le mandataire du prévenu et par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 3 juillet 2006, le prévenu fut requis de comparaître à l'audience publique du 22 septembre 2006 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience le prévenu fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Yves KASEL, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu.

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

L A C O U R

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 10 octobre 2006, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclarations du 4 mai 2006 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le prévenu **P1.)** et le procureur d'Etat ont régulièrement fait relever appel d'un jugement rendu le 4 avril 2006 et dont les motivation et dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Le prévenu demande principalement à être acquitté des préventions de banqueroute simple libellées à sa charge en argumentant d'une part, qu'il avait chargé une fiduciaire de la tenue de la comptabilité et des livres de la société **SOC1.)** s. à r.l. et d'autre part, que les activités de cette société n'auraient perduré que pendant environ six mois, de sorte que ces infractions retenues par la juridiction de première instance ne seraient pas données. En ordre subsidiaire, il demande à la Cour de ne pas prononcer de peine d'emprisonnement à son encontre, tout en marquant son accord à exécuter un travail d'intérêt général non rémunéré.

Le représentant du ministère public requiert la confirmation du jugement entrepris, sauf à voir préciser deux points du libellé des infractions y énoncées.

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que les juges de première instance ont retenu le prévenu dans les liens des infractions de banqueroute simple lui reprochées par le ministère public. En effet, en tant que gérant responsable de la société **SOC1.)** s. à r.l., **P1.)** avait l'obligation de veiller à la bonne tenue des livres de commerce et documents comptables de la société ainsi qu'aux publications légales et il ne saurait se décharger de cette obligation sur un tiers. Faute d'avoir fait établir lesdits documents, il n'a pas non plus légalement justifié de l'existence et de l'emploi de l'actif de l'inventaire de la société par lui gérée, de sorte qu'il encourt les peines prévues à l'article 489 du code pénal.

Conformément aux conclusions du représentant du ministère public, il y a lieu de préciser que les infractions retenues aux points 1) et 2) par le tribunal correctionnel ont été commises entre le 4 avril 2001, date de la création de la société **SOC1.)** s.à r.l. et le 21 novembre 2003, date du prononcé de la faillite de la société, et que

l'infraction spécifiée au point 3) ne concerne que la publication du bilan et du compte profits et pertes de l'année 2001, le prévenu ayant eu, conformément à la combinaison des articles 9, 75, 163 et 252 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, dans sa version avant la modification législative du 19 décembre 2002, applicable aux faits de la présente espèce, l'obligation de faire approuver le bilan et le compte de profits et pertes au plus tard à la fin du mois après l'écoulement de l'année suivant l'exercice en question, c'est-à-dire en l'occurrence au plus tard le 31 janvier 2003.

La peine prononcée par les premiers juges est légale et la juridiction de première instance a correctement appliqué les règles du concours.

La peine d'emprisonnement de trois mois prononcée contre **P1.)** correspond à la gravité des infractions par lui commises, le prévenu ne s'étant en effet pas conformé aux prescriptions légales élémentaires instaurées dans le but de garantir la gestion d'un commerce viable et d'en assurer la transparence vis-à-vis de ses cocontractants. Ladite peine est dès lors à maintenir, de même que la faveur du sursis simple intégral accordée au prévenu par la juridiction de première instance, l'accomplissement d'un travail d'intérêt général non rémunéré, tel que proposé par le prévenu, ne constituant par ailleurs pas une sanction appropriée en l'espèce.

P a r c e s m o t i f s ,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu entendu en ses explications et moyens de défense et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

reçoit les appels;

précise que les infractions spécifiées aux points 1) et 2) du jugement entrepris ont été commises par **P1.)** entre le 4 avril 2001 et le 21 novembre 2003;

précise l'infraction retenue au point 3) comme suit:

« entre le 1er janvier 2002 et le 31 janvier 2003 dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 163-3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée dans la suite,

*de ne pas avoir procédé à la publication du bilan et du compte de profits et pertes de la société **SOC1.)**e s.à r.l. pour l'année 2001 »;*

pour le surplus, **confirme** le jugement entrepris;

condamne P1.) aux frais de sa poursuite judiciaire en instance d'appel, liquidés à 7,37 euros.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en y ajoutant les articles 199, 202, 203, 209 et 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Paul WAGNER, premier conseiller, président, Madame Lotty PRUSSEN et Monsieur

Aloyse WEIRICH, conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Cornelia SCHMIT.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, par Monsieur Paul WAGNER, premier conseiller, président, en présence de Madame Jeanne GUILLAUME, avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.