

**Arrêt N° 604/07 V.  
du 18 décembre 2007**

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

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

**X.**) , vendeur, né le (...) à (...) (P), demeurant à B-(...)/(...), (...)

prévenu, **appelant**

---

**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<sup>e</sup> chambre correctionnelle, le 15 février 2007, sous le numéro 607/07, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 26 mars 2007 par le mandataire du prévenu et par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 27 septembre 2007, le prévenu fut requis de comparaître à l'audience publique du 20 novembre 2007 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 Claude DERBAL, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu.

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

L'affaire fut contradictoirement remise pour continuation des débats à l'audience publique du 23 novembre 2007, lors de laquelle Maître Claude DERBAL, avocat à la Cour, répliqua aux conclusions du Ministère Public.

Madame le premier avocat général Eliane ZIMMER, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en ses explications.

## LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 18 décembre 2007, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclarations en date du 26 mars 2007 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le prévenu **X.**) et le procureur d'Etat ont régulièrement relevé appel d'un jugement rendu le 15 février 2007 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, et dont les motifs et dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Le prévenu réitère le moyen de nullité tiré du libellé obscur de la citation. Le représentant du ministère public conclut à la confirmation de la décision entreprise au regard dudit moyen.

Le prévenu critique tout d'abord la décision entreprise, en ce que le moyen aurait été tiré du libellé obscur de la prévention d'infraction à l'article 574,4° du Code de commerce libellée à son encontre et que les premiers juges n'auraient pas examiné le moyen par rapport à cette prévention. Cette critique manque en fait, alors que les premiers juges ont en l'espèce répondu au moyen tiré du libellé obscur de la prévention d'infraction à l'article 574,4° du Code de commerce dont le prévenu avait excipé en première instance.

Le prévenu maintient ensuite ses critiques à l'encontre du libellé de cette prévention, en faisant valoir que le ministère public ne pouvait se borner à reproduire le libellé de l'article 574,4° du Code de commerce, mais qu'il lui aurait incombé d'indiquer les éléments desquels il entend déduire et reprocher au prévenu la violation dudit article 574,4°. C'est cependant à bon droit que les premiers juges ont écarté le moyen pour manquer de fondement. Il y a lieu

d'ajouter aux motifs développés par les premiers juges que l'infraction à l'article 574,4° du Code de commerce, réprimée au titre de l'article 489 du Code pénal, contient la sanction des articles 440 et 441 du Code de commerce. Peu importe que l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibérée ou le résultat d'une négligence. Le seul élément moral requis est la *simple « faute infractionnelle »* qui existe dès que le fait est commis, qui est constituée par l'infraction même (Schuind, tome I, sous Art. 489-490, page 438U, n° 18). Le prévenu, en sa qualité de dirigeant responsable de la société **SOC1.)** s. à r.l., a fait l'aveu de la cessation des paiements le 27 novembre 2003. Du moment que le prévenu se voit reprocher, « *en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée SOC1.)* , *ayant eu son dernier siège social à (...)* », de s'être rendu coupable « *depuis un temps non prescrit, au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, de banqueroute simple pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation de paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation de paiements* », il ne saurait prétendre ignorer la nature et la cause de l'accusation portée contre lui, celle-ci consistant précisément à lui reprocher, alors qu'il était le dirigeant responsable de la société faillie, connaissant au mieux la situation réelle de l'entreprise et assumant à ce titre l'obligation imposée par l'article 440 du Code de commerce, que l'aveu fait le 27 novembre 2003 était tardif et qu'il est partant en défaut d'avoir satisfait à l'obligation de faire l'aveu de la cessation de paiements dans le délai légal prévu à l'article 440 du Code de commerce. Au regard de ces considérations, la violation alléguée de l'article 6, paragraphe 3, lettre a) de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales n'est pas non plus établie.

Le prévenu conteste les préventions retenues à sa charge et sollicite son acquittement. Le représentant du ministère public conclut au maintien du prévenu dans les liens des préventions libellées à son encontre, sous réserve des développements ci-après. Il ne s'oppose pas à voir sanctionner les faits uniquement par une peine d'amende.

S'agissant de la prévention d'infraction à l'article 574,6° du Code de commerce, le représentant du ministère public fait grief aux premiers juges d'avoir en l'occurrence fait une application erronée des règles régissant la prescription de l'action publique.

En matière de délit de banqueroute simple, le délai de la prescription ordinaire de trois ans de l'article 638 du Code d'instruction criminelle ne court point à compter de la date où le fait qui doit ou peut faire déclarer le failli banqueroutier simple a été commis, mais du jour de la cessation des paiements, si le fait incriminé est, comme en l'espèce, antérieur à la faillite. C'est à la juridiction répressive de déterminer avec précision la date du fait qui sert de base à la prescription, c'est-à-dire en l'occurrence la date de la cessation des paiements, et pour rechercher cette date, elle dispose d'une entière indépendance, n'étant à cet égard pas liée par le jugement déclaratif de faillite et la fixation de la date de cessation des paiements opérée au titre de l'article 442 du Code de commerce.

En l'espèce les premiers juges ont retenu la date du 18 juillet 2003 comme correspondant à la faillite réelle. Il en résulte que c'est cette date qui sert de base à la prescription, tous les faits incriminés commis antérieurement depuis moins de trois ans, sans préjudice d'une éventuelle application de la théorie de l'infraction unique par unité d'intention ou de but, n'étant pas prescrits.

L'interruption de la prescription par des actes d'instruction ou de poursuite au sens de l'article 637 du Code d'instruction criminelle étant en l'occurrence acquise, - au regard, notamment, de la demande adressée le 8 avril 2005 par le Parquet de Luxembourg au Procureur du Roi à Neufchâteau tendant à l'audition de **X.)** sur les préventions d'infraction aux articles 574-4° et 574-6° du Code de commerce, c'est à tort que les premiers juges ont retenu comme point de départ de la prescription triennale le 28 juillet 2004 et ont déclaré prescrits les faits visés avant le 28 juillet 2001.

C'est vainement que le prévenu excipe d'une violation du principe du contradictoire, et partant de son droit à un procès équitable, dans le contexte de la fixation de la date du 18 juillet 2003 comme date de la cessation des paiements. Le prévenu fait plus particulièrement valoir que les premiers juges se seraient basés, pour retenir la date du 18 juillet 2003, sur une ordonnance de paiement portant sur un montant de 13.062,75 euros que le créancier aurait été dans l'impossibilité d'exécuter. Or il n'aurait eu aucune connaissance de cette pièce. Abstraction faite de ce que ladite pièce figure au dossier, et était à ce titre librement accessible au prévenu, il résulte de la pièce elle-même que l'ordonnance de paiement conditionnelle a été déclarée exécutoire en tant qu'ordonnance contradictoire après notification dans les formes légales à la partie débitrice, c'est-à-dire à **SOC1.)** s. à r.l. En tant que dirigeant responsable de cette société, le prévenu ne pouvait dès lors ignorer l'existence de cette ordonnance de paiement.

Le ministère public reproche en premier lieu au prévenu d'avoir contrevenu aux dispositions de l'article 574,6° du Code de commerce, à savoir *« principalement, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC1.)** 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), subsidiairement, d'avoir tenu les livres et inventaire relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive ».*

Dans la mesure où les dispositions de la loi du 19 décembre 2002 sur le registre de commerce et des sociétés ayant modifié le titre II du Livre I du Code de commerce ne sont entrées en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 2005, la prévention est à examiner au regard des dispositions du Code de commerce applicables avant cette date. **SOC1.)** s. à r.l., en tant que société commerciale, devait tenir d'une part un livre-journal unique ou un livre centralisateur unique. La société était en outre tenue d'établir une fois l'an un inventaire complet de ses avoirs et droits de toute nature et de ses dettes, obligations et engagements de toute nature.

Le représentant du ministère public n'insiste pas sur les faits antérieurs aux années 2002 et 2003, le fait que des bilans et des comptes profits et pertes ont été établis jusqu'à l'année 2001 comprise établissant que la société **SOC1.)** a dû tenir une comptabilité régulière, faute de quoi l'établissement de ces documents comptables aurait été impossible.

La Cour constate qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier que la société **SOC1.)** serait restée en défaut de satisfaire aux obligations découlant des articles 8 et 10 du Code de commerce depuis le 9 juin 1994, date de sa création. Il convient de relever en particulier la disposition du deuxième alinéa de l'article 10 dudit code qui dispose que « *un bilan synthétise les comptes au regard des données de [cet] inventaire* ». Il convient encore de renvoyer à l'article 197 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales qui dispose que « *chaque année, la gérance doit dresser un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société, avec une annexe contenant en résumé tous ses engagements,.....* ». Dans la mesure où des bilans et des comptes profits et pertes ont été établis jusqu'à l'année 2001 comprise, les reproches adressés au prévenu en sa qualité de gérant, dirigeant responsable de la société **SOC1.)** , manquent d'être établis en tout cas jusqu'au 31 décembre 2001.

Il en est de même pour l'année 2002, alors que d'après les pièces produites par le prévenu, un compte profits et pertes provisoire a encore été établi par la fiduciaire **FID.)** , qui a facturé des honoraires en relation avec l'établissement dudit compte de profits et pertes, de même d'ailleurs qu'avec l'établissement du bilan au 31 décembre 2002, de la déclaration fiscale pour l'année 2002 et de la déclaration sur la TVA pour 2002 (facture 41132 du 3 octobre 2003, admise, parmi d'autres factures, au passif chirographaire de la faillite). Face à ces pièces, le dossier répressif n'établit pas que pour l'année 2002 la société faillie n'aurait pas tenu les livres de commerce prescrits.

S'agissant de l'année 2003, le prévenu a produit, après les avoir récupérés, selon ses dires, auprès du curateur, les livres de caisse couvrant la période de mars 2003 à novembre 2003.

Si le livre journal, tenu dans l'ordre chronologique, est le plus important des livres de commerce, son but étant d'enregistrer toutes les opérations qui peuvent exercer une influence sur le patrimoine, la prescription de l'article 8 du Code de commerce ne doit cependant pas être prise à la lettre. Il faut l'appliquer dans son esprit, de manière à ce que son observation n'entraîne pas une gêne dans la bonne marche de l'affaire. Ainsi, dans les maisons de vente au détail, il est régulièrement tenu des brouillards ou livres de caisse, où l'on inscrit les recettes, au fur et à mesure des ventes, seul le total de la journée étant comptabilisé dans le livre journal (Louis Frédéricq, Principes de droit commercial belge, tome premier, n° 86, page 96). Il résulte des pièces produites que les recettes étaient bien totalisées au jour le jour, après déduction des dépenses effectuées aux dates afférentes. Le dossier répressif ne contredit pas les pièces produites, qui sont confirmées par les déclarations de l'employée **A.)** , entendue à l'audience de la chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, aux termes desquelles elle tenait tous les jours la comptabilité dans des livres de caisse et ce jusqu'au dernier jour.

Le prévenu produit encore un inventaire du 23 décembre 2002 transmis à la société de réviseurs d'entreprise et d'experts comptables **FID.)** , de même que des inventaires partiels se rapportant à l'année 2003.

Il ne saurait dans ces conditions être reproché au prévenu de n'avoir pas tenu les livres de commerce prescrits par les articles 8 et 10 du Code de commerce.

Le Parquet reproche encore au prévenu de n'avoir pas tenu les livres de commerce de manière complète et régulière ou que les livres tenus ne reflètent pas la situation active et passive réelle. Il est certes vrai que le curateur de la faillite a déclaré dans son rapport d'activité adressé au Parquet que « *dans les trois derniers [mois] précédant la faillite, le chaos avait pris le dessus, de sorte que la comptabilité était mal tenue, irrégulière et incomplète. Même les paiements effectués par les clients ne furent plus enregistrés* ». Il a encore déclaré à l'audience de la chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg que « *C'est surtout à la fin que la comptabilité n'a plus été tenue.....* ». Le prévenu a déclaré, affirmation non contredite par le dossier répressif, qu'à partir d'un certain moment les ordinateurs de la société ont été saisis et n'étaient plus à la disposition des employés, de sorte que l'outil informatique pour tenir la comptabilité n'a plus été disponible, ce qui pourrait expliquer l'impression de « *chaos* » dont le curateur a fait état. Il se dégage aussi des déclarations du curateur que la fiduciaire **FID.)** s'est jusqu'à la fin vu transmettre les factures et autres pièces comptables de la société, et qu'au vu des pièces produites, les employées de **SOC1.)** ont essayé de maintenir une comptabilité manuelle. Il n'est par conséquent pas établi à l'exclusion de tout doute que les livres auraient été tenus de manière incomplète ou irrégulière, ou de manière à ne pas refléter la situation active et passive réelle.

Au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent, le prévenu est, par réformation de la décision entreprise, à acquitter de la prévention d'infraction à l'article 574,6° du Code de commerce.

S'agissant de la prévention d'infraction à l'article 574,4° du Code de commerce, le prévenu produit un courrier de la Banque Générale du Luxembourg du 4 novembre 2003, adressé à « *Monsieur et Madame X.) –Y.)* » en leur qualité « *de caution solidaire et indivisible des engagements de la société* », les informant de la prorogation du crédit en compte-courant (à hauteur de 49.600 Euros) accordé à **SOC1.)** pour lui servir de fonds de roulement. Le prévenu en déduit que c'est à tort que les premiers juges auraient admis en l'espèce la date du 18 juillet 2003 comme constitutive de l'état de cessation de paiements de la société **SOC1.)**, pour le retenir en conséquence dans les liens de la prévention d'infraction à l'article 574,4° du Code de commerce.

La Cour ne saurait suivre le prévenu dans cette argumentation. Il résulte du compte profits et pertes provisoire pour 2002 que la société renseignait pour l'année 2002 une perte de plus de 106.000 euros, c'est-à-dire de plus du double du crédit en compte courant que lui accordait la Banque générale du Luxembourg. Il n'y a pas non plus lieu de perdre de vue que la prorogation de ce crédit est intervenue sous la caution solidaire et indivisible du prévenu et de son épouse, de sorte que la banque était garantie contre la défaillance de la société. Cette prorogation de crédit n'établit en aucun cas que la société n'aurait pas été en faillite réelle dès le 18 juillet 2003, ainsi que les premiers juges l'ont retenu.

L'infraction à l'article 574,4° du Code de commerce est un cas de banqueroute simple facultative.

L'article 574 énumère des faits qui, pouvant constituer le délit de banqueroute simple, ne le constituent pas nécessairement. La juridiction de jugement est investie du pouvoir d'apprécier les circonstances et de ne condamner que si

elles lui paraissent suffisamment graves pour entraîner l'application d'une peine (Pandectes belges, verbo Banqueroute, n°216 et n° 218, citant Nypels).

Selon les déclarations du curateur de la faillite, les problèmes financiers de la faillite ont commencé fin 2002, début 2003. Le prévenu a déclaré à l'audience de la chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qu'il croyait pouvoir redresser la situation. Si en principe il appartenait au prévenu, tenu, en tant que dirigeant responsable de la société, par ses obligations légales de prendre ses responsabilités sur le plan d'un aveu de la faillite incontestablement acquise, il a toutefois pu être conforté dans l'illusion de sauver la société par la prorogation du crédit en compte courant qui lui a encore été accordée le 4 novembre 2003. L'attitude du prévenu, qui n'a admis que tardivement ce qui constituait dès la mi-2003 une évidence, n'a pas, au vu du dossier répressif, obéré encore davantage la situation financière de la société faillie. L'aveu tardif a au contraire encore été de nature à augmenter les obligations que le prévenu a assumées personnellement en tant que caution solidaire et indivisible de certains engagements de la société. Le but premier de la loi est toutefois de sanctionner le comportement du failli (ou du dirigeant responsable de la personne morale faillie) qui continue son activité au risque d'augmenter le passif de la faillite (Schuind, t. I, art.489-490 C.P., page 438U).

Au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent, en relation avec l'attitude du prévenu telle qu'elle résulte du dossier répressif et des pièces produites, il n'y a pas lieu de déclarer le prévenu banqueroutier simple au titre de la violation de l'article 574,4° du Code de commerce.

#### **PAR CES MOTIFS,**

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;

**déclare** les appels recevables;

**rejette** comme non fondés les moyens soulevés par le prévenu **X.)** et tirés de la violation de l'article 6, 3, a) de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et de la violation du droit à un procès équitable;

**déclare** l'appel du parquet partiellement fondé;

**dit** que c'est à tort que les premiers juges ont retenu comme point de départ de la prescription triennale la date du 28 juillet 2004, et ont de ce fait déclaré prescrits tous les faits visés avant le 28 juillet 2001;

**déclare** l'appel du prévenu **X.)** fondé;

**acquitte** le prévenu **X.)** des préventions libellées à son encontre et le **renvoie** des fins de la poursuite sans peine ni dépens;

**laisse** les frais de la poursuite dans les deux instances à charge de l'Etat.

Par application des articles 199, 202, 203, 209, 211 et 212 du Code d'instruction criminelle et 574 du Code de commerce.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Nico EDON, premier conseiller, président, Madame Lotty PRUSSEN et Monsieur Jean-Paul HOFFMANN, 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 Nico EDON, premier conseiller, en présence de Madame Christiane BISENIUS, avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.