

Arrêt N° 580/09 V.
du 22 décembre 2009
(Not. 05477/05/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du vingt-deux décembre deux mille neuf 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.), née le (...) à (...) (D), demeurant à L-(...), (...)

prévenue, **appelante**

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 1^{er} avril 2009, sous le numéro 1203/09, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu la citation à prévenu du 25 novembre 2008 régulièrement notifiée aux prévenus.

Le Ministère Public reproche en premier lieu à la prévenue prise en sa qualité d'administrateur de la société **SOCl.)** S.A., depuis le 5 avril 2003, le délit de banqueroute simple en lui reprochant de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation de paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

Le Ministère Public reproche encore à la prévenue toujours en tant qu'administrateur de la société **SOCl.)** S.A., au siège de cette société, depuis le 22 janvier 1998, date de la constitution de la société et plus précisément depuis le 1^{er} janvier 2001 en infraction à l'article 574 6° d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple par le fait de ne pas avoir tenu pour la société **SOCl.)** S.A. les livres de commerce tels que exigés par l'article 8 du Code de commerce (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés) et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire tel que prescrit par l'article 10 du Code de commerce (actuellement article 15 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés). Subsidiairement, le Ministère Public reproche à la prévenue dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, ainsi que 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.

Le Ministère Public met en outre à leur charge à la prévenue **X.)**, depuis le 31 décembre 2002 respectivement le 31 janvier 2003, en infraction à l'article 163 3° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, d'avoir omis de soumettre à l'assemblée générale des actionnaires de la société **SOCl.)** S.A. les comptes annuels de l'année 2001, ceci dans les 12 mois de la clôture de l'exercice et de ne pas avoir procédé à la publication des comptes annuels pour l'année 2001 de la société **SOCl.)** S.A. au Registre de Commerce et des Sociétés.

A. Quant à la prescription

X.) a invoqué lors de l'audience du 10 mars 2009 la prescription de l'action publique. Elle a fait valoir que la faillite de la société **SOCl.)** S.A. a été prononcée en date du 10 octobre 2003 mais que le premier acte de poursuite et donc le premier acte interruptif de prescription aurait été posé le 12 octobre 2006, date à laquelle la police grand-ducale Unité Limpertsberg a retourné au Ministère Public le procès-verbal contenant les déclarations écrites de **X.)**. Le délai de prescription de trois ans serait partant écoulé.

Le Ministère Public conclut à l'interruption de la prescription des faits et soutient que le 10 mai 2005 un transmis a été envoyé à la police grand-ducale, direction régionale d'Esch-sur-Alzette, avec instruction d'entendre **A.)** et la prévenue **X.)** dans le cadre de la faillite de la société **SOCl.)** S.A.

Ce transmis aurait valablement interrompu la prescription dans la mesure où il documenterait l'intention du Ministère Public d'engager des poursuites dans le cadre de la faillite de la société **SOCl.)** S.A. contre **X.)**.

La prescription de l'action publique étant d'ordre public, le Tribunal doit examiner d'office le moyen soulevé.

Les causes d'interruption de la prescription sont les mêmes pour les crimes, les délits ou les contraventions (art.637, 638 et 640 du Code d'instruction criminelle).

La prescription de l'action publique n'est pas interrompue par tout acte quelconque tendant à la recherche ou à la poursuite d'une infraction, même accompli par une autorité qualifiée pour procéder à pareille recherche ou à exercer pareille poursuite. Pour produire un effet interruptif, l'acte doit en outre avoir le caractère d'un acte de procédure, qui marque clairement la volonté de son auteur de poursuivre l'action publique jusqu'à son terme.

Il s'agit d'une opération de qualification du droit puisqu'il s'agit de savoir si tel type d'acte, juridiquement défini, entre ou non dans la catégorie des « actes d'instruction ou de poursuite ».

On entend par acte d'instruction tout acte émanant d'une autorité compétente pour agir, dans le cadre de l'information ou de l'instruction et même au stade de la juridiction de jugement, en vue de recueillir les éléments utiles, de constituer le dossier suivant les éléments utiles, de constituer le dossier suivant les normes habituelles et de mettre la cause en état d'être jugée (Rép.prat.du Droit blege, Procédure pénale n°274 ; Dalloz, Code d'instruct. Crim., n°421 ; C.CASS 21.2.1979, P79 I p.745).

Il est constant en cause que la faillite de la société **SOCL.) S.A.** a été prononcée le 10 octobre 2003 par le Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Le 14 février 2005 le curateur de la faillite de la société **SOCL.) S.A.** a remis son rapport d'activité au Ministère Public. C'est sur base des renseignements consignés dans ce rapport d'activité dressé par le curateur, que le Ministère Public a décidé le 3 mars 2005 d'engager des poursuites pénales dans le cadre de la faillite de la société **SOCL.) S.A.**.

Par transmis du 10 mai 2005 le Ministère Public a partant clairement marqué sa volonté de poursuivre l'action publique. Il est de principe que le transmis du Procureur d'Etat aux fins de procéder à une enquête constitue un acte interruptif de prescription de l'action publique (Essai de liste des actes non interruptifs de prescription de l'action publique, Gazette du Palais n°161-161, 10.11.87.) Sont visés de ce chef tous les actes « qui ont pour objet de constater les délits, d'en découvrir et d'en connaître les auteurs (Merle et Vitu, Traité de Droit Criminel, Tome II, Procédure Pénale, n°847, p.55).

Il s'agit donc d'un acte prévu par la procédure pénale, émanant d'une autorité qualifiée à cet effet et ayant pour objet de recueillir les preuves (Bosly et Vandermersch, Droit de la procédure pénale, 2003).

Ce transmis du 10 mai 2005 constitue partant un acte de procédure nécessaire à la poursuite marquant clairement la volonté de son auteur de mener à bien l'action pénale.

Il résulte de ce qui précède que le délai de prescription fut valablement interrompu de sorte que le moyen tiré de la prescription de l'action publique est à rejeter comme non fondé.

B) Quant aux infractions reprochées

Le 25 mars 2009, Maître Charles KAUFHOLD au nom et pour le compte de sa cliente a fait parvenir au greffe du Tribunal une note de plaidoiries, outre le fait qu'avant la prise en délibéré de l'affaire à l'audience du 10 mars 2009 l'avocat n'avait soufflé mot d'une quelconque intention de sa part à communiquer en cours de délibéré une note de plaidoiries, pareille note reprenant des considérations non débattues en audience publique est à écarter purement et simplement pour ne pas avoir été soumise à un débat contradictoire, donc le principe du contradictoire n'a pas été respecté.

I) L'état de faillite

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

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

Le Tribunal tient toutefois à préciser que 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).

Il ressort des pièces versées au dossier répressif que la prévenue **X.)** était administrateur de la société **SOCL.) S.A.** depuis la constitution de cette société le 22 janvier 1998.

Il s'ensuit que la prévenue était commerçante.

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple étant indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490) il convient tout d'abord de constater si la société **SOCL.) S.A.** se trouve effectivement en état de faillite.

A cet effet, l'époque de la cessation des paiements doit être déterminée.

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 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. 1975, I, p.796, TAL 26 mars 1987, n° 601/87) 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, Traité pratique de Droit criminel, rubr. P. 438-N).

La cessation de paiement est 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 constitutif de 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).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public et au vu des déclarations du curateur à l'audience, le Tribunal tient pour établi que la société **SOC1.) S.A.** est en état de faillite.

Il résulte en effet du rapport du curateur ainsi que de ses déclarations à l'audience qu'il a seulement réussi à récupérer un actif de 932,09 euros, tandis que le passif se chiffre à environ 17.086,92 euros.

Il est par ailleurs établi en cause que le crédit de la société **SOC2.) S.A.** est ébranlé depuis le 13 février 2003, date d'un procès-verbal de carence de l'huissier Carlos CALVO chargé de l'exécution d'une contrainte rendue exécutoire le 17 janvier 2003 et portant sur la somme de 5.491,46 euros du chef d'arriérés de TVA, la société **SOC1.) S.A.** n'étant plus en mesure, à partir de cette date, de payer ces dettes.

Il y a dès lors lieu de fixer la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit au 13 février 2003.

II) Les infractions de banqueroute simple libellées par le Ministère Public

- En ce qui concerne le défaut d'avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société **SOC1.) S.A. dans le délai d'un mois à partir de la cessation de paiements**

L'article 574 4° du Code de commerce prévoit que tout commerçant qui n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du Code de commerce, pourra être déclaré banqueroutier simple.

L'article 440 du Code de Commerce prévoit que tout commerçant ou toute société commerciale qui cesse ses paiements doit, dans le mois, en faire l'aveu au greffe du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de son domicile ou de son siège social.

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 (cf. Cour 23 avril 1990 n° 68/90 VI), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibéré ou le résultat d'une simple négligence (cf. en ce sens Cour 12 juillet 1994, no 270/94).

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

Il résulte des déclarations du curateur ainsi que de l'aveu de la prévenue, que **X.)** n'a pas fait l'aveu de la cessation des paiements de la société **SOC1.) S.A.** dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

Il s'ensuit que l'infraction est à retenir à l'encontre de la prévenue.

- En ce qui concerne le non-respect de l'obligation de tenir des livres de commerce.

Le Ministère Public reproche à la prévenue X.) de s'être rendue coupable du délit de banqueroute simple en ne tenant pas les livres comptables pour la société **SOCL.)** S.A. après l'année 2000 conformément aux prescriptions des articles 9 et suivants du Code de commerce.

Le curateur a indiqué qu'il n'y a plus eu de bilan depuis 2000. La prévenue X.) a été en aveu de ne pas avoir établi les bilans à partir de l'an 2000.

Il y a lieu de préciser que 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 de la société.

Il est constant en cause que la prévenue était administrateur de la société **SOCL.)** S.A.

Le Tribunal tient à relever que 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 (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.

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 9 et suivants du Code de commerce.

Dans la mesure où aucune comptabilité n'a pu être obtenue par le curateur après l'année 2000, la prévention libellée par le Ministère Public à l'encontre de la prévenue est établie.

- En ce qui concerne le défaut d'inventaire

L'article 574 6° du Code de commerce prévoit que sera déclaré banqueroutier simple, tout commerçant failli qui n'a pas fait l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de commerce.

Etant donné que le curateur Maître Patricia HOFFMANN n'a pas pu obtenir un tel inventaire, faute d'avoir été dressé par la prévenue, voire même qu'elle s'était désintéressée du respect scrupuleux des prescriptions légales en la matière, l'infraction reprochée à la prévenue est à retenir à son encontre.

Au vu de ce qui précède, la prévenue X.) est convaincue, par les éléments du dossier répressif, ensemble les déclarations du curateur Maître Patricia HOFFMANN à l'audience publique :

*« comme auteur, ayant elle-même commis les infractions, en sa qualité d'administrateur de la société **SOCL.)** S.A. déclarée en état de faillite par jugement du Tribunal de commerce en date du 10 octobre 2003 et, ayant eu son siège social à (...), (...),,*

de s'être rendue coupable de banqueroute simple pour :

*1) depuis un temps non prescrit mais au moins à partir du 13 février 2003, date de la cessation des paiements, au greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale en infraction à l'article 574 4° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société **SOCL.)** S.A. dans un délai d'un mois à partir de la cessation des paiements,*

*2) depuis le 1^{er} janvier 2001 au siège de la société **SOCL.)** S.A. situé (...), (...),*

de s'être rendue coupable de banqueroute simple pour :

*en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société **SOCL.)** S.A. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de commerce (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés), et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de commerce (actuellement article 15 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés) ».*

III) En ce qui concerne le défaut de soumettre à l'assemblée générale des actionnaires de la société SOCI.) S.A. les comptes annuels de l'année 2001, ceci dans les 12 mois de la clôture de l'exercice et de ne pas avoir procédé à la publication des comptes annuels pour l'année 2001 de la société SOCI.) S.A. au Registre de Commerce et des Sociétés

L'article 163-3° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés prévoit que sont punis d'une amende de 500 euros à 25.000 euros les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas 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 du contrôle ainsi que les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas fait publier ces documents et ce en infraction aux prescriptions respectives des articles 75, 132, 197 et 341 de la présente loi et l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

Il résulte du dossier et de l'aveu de la prévenue X.) que depuis l'année 2000 aucun bilan n'a été soumis à l'assemblée générale des actionnaires et qu'aucun bilan n'a été déposé au Registre de Commerce et des Sociétés pour la société SOCI.) S.A.

Au vu de ce qui précède, la prévenue X.) est convaincue, par les éléments du dossier répressif, ensemble les déclarations du curateur Maître Patricia HOFFMANN à l'audience publique :

« comme auteur, ayant elle-même commis l'infraction, en sa qualité d'administrateur de la société SOCI.) S.A. déclarée en état de faillite par jugement du Tribunal de commerce en date du 10 octobre 2003 et, ayant eu son siège social à (...), (...),

3) depuis un temps non prescrit mais au plus tard le 31 décembre 2002, respectivement le 31 janvier 2003 au siège social de la société SOCI.) S.A. ainsi qu'au Registre de Commerce et des Sociétés,

en infraction à l'article 163 alinéa 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, de ne pas avoir soumis à l'assemblée générale des actionnaires de la société SOCI.) S.A., dans le délai de 12 mois après la fin de l'année sociale, le bilan pour l'année 2001 et de ne pas avoir déposé ce document au Registre de Commerce et des Sociétés conformément à l'article 75 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ».

La peine

La prévenue, sans contester en substance les faits lui reprochés, a insisté sur le contexte particulier de l'affaire où, à l'époque de la constitution de la société, elle fut sollicitée par A.), par l'entremise duquel elle avait pris en location le local où elle était censée se mettre à son propre compte en qualité de comptable, à faire office d'administrateur ensemble avec son épouse et une copine de celle-ci. Il lui assurait qu'en contrepartie elle serait chargée d'effectuer la comptabilité de la société. Elle reconnaît ne jamais avoir sérieusement participé à la gestion courante de la société dans laquelle elle figurait pourtant comme administrateur mais de s'être contentée de dresser la comptabilité jusqu'au courant de l'année 2000 où, suite à de sérieux problèmes de santé dont fut frappé A.), les affaires se dégradèrent progressivement avec la conséquence connue. La prévenue a ainsi sollicité l'octroi de circonstances atténuantes dans son chef.

Les infractions retenues sub I) et II) constituent deux cas de banqueroute simple facultative prévus par l'article 574 du Code de commerce.

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 (cf 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 deux fautes, le Tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

Entre deux faits de banqueroute simple, il n'y a ni concours matériel, ni concours idéal ; il n'y a qu'une seule infraction perpétrée par deux faits de négligence et compromettant un seul et même intérêt, l'intérêt des créanciers du failli.

Les infractions retenues sous 1) et 2) se trouvent en concours réel avec l'infraction libellée sous 3) de sorte qu'il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'article 60 du Code pénal.

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

L'infraction sub 3) retenue à l'encontre de **X.)** est une violation de la loi sur les sociétés commerciales laquelle est sanctionnée d'une amende de 500 euros à 25.000 euros.

La prévention sub 3) est en concours réel avec les autres infractions retenues à l'encontre de la prévenue.

Conformément à l'article 60 du Code pénal, la peine la plus forte sera seule prononcée, à savoir celle de l'article 489 du Code pénal.

Au vu du repentir sincère de la prévenue **X.)** et au vu de la situation particulière dans laquelle la prévenue se trouvait à l'époque des faits plus amplement détaillée à l'audience, **X.)** n'est pas indigne d'une certaine clémence de sorte que le Tribunal fait application de l'article 20 du Code pénal pour ne prononcer qu'une peine d'amende 2.000 euros.

Conformément à l'article 583 du Code de commerce qui prévoit que les jugements rendus en vertu des articles 573 à 578 du Code de commerce doivent être publiés, il y a lieu d'ordonner la **publication** de ce jugement par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt.

PAR CES MOTIFS :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, treizième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, **X.)** et son défenseur entendus en leurs explications et moyens de défense, le représentant du Ministère Public en ses réquisitions,

d i t le moyen tiré de la prescription de l'action publique non fondé;

partant le **r e j e t t e**;

é c a r t e la note de plaidoiries versée en cours de délibéré pour ne pas avoir respecté le principe du contradictoire;

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge, qui se trouvent en concours réel, par application de l'article 20 du Code pénal, à **une peine d'amende de 2.000 (DEUX MILLE), euros** ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 46,66 euros;

f i x e la contrainte par corps en cas de non paiement de l'amende à 40 jours ;

o r d o n n e que le présent jugement soit affiché en salle d'audience du Tribunal de commerce à Luxembourg où il restera exposé pendant la durée de trois mois et inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout au frais du contrevenant.

Par application des articles 14, 15, 20 et 489 du Code pénal; articles 1, 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194 et 195 du Code d'instruction criminelle; article 163 de la loi modifiée du 10.08.1915 sur les sociétés commerciales; articles 440, 573, 574 et 583 du Code de commerce dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Mylène REGENWETTER, Vice-présidente, Steve VALMORBIDA et Antoine SCHAUS, juges, et prononcé, en présence de Marc HARPES, 1^{er} substitut du Procureur d'Etat, en l'audience publique dudit Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, date qu'en tête, par Madame la Vice-présidente, assistée de la greffière Tanja WELSCHER, 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 6 mai 2009 par le mandataire de la prévenue **X.)** et le 8 mai 2009 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 6 octobre 2009, la prévenue fut requise de comparaître à l'audience publique du 20 novembre 2009 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience la prévenue **X.)** fut entendue en ses explications et moyens de défense.

Maître Charles KAUFHOLD, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel de la prévenue **X.)**.

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

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 22 décembre 2009, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 6 mai 2009, **X.)** a fait relever appel d'un jugement contradictoirement rendu le 1er avril 2009 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, et dont la motivation et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

Le Procureur d'Etat a relevé appel du prédit jugement par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 8 mai 2009.

Ces appels sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délai de la loi.

La prévenue **X.)** réitère en instance d'appel le moyen tiré de la prescription de l'action publique. Elle dénie, dans ce contexte, tout effet interruptif de la prescription au transmis du 10 mai 2005 du Procureur d'Etat à la Police.

Le représentant du ministère public conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a rejeté le moyen tiré de la prescription de l'action publique.

Il est constant en cause qu'à la date du 10 mai 2005, le Procureur d'Etat a chargé la Police grand-ducale, direction régionale Esch/Alzette, « *d'entendre A.) et X.) au sujet des infractions suivantes : - banqueroute simple par non-tenu d'une comptabilité en bonne et due forme, infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales alors que depuis sa constitution aucun bilan n'a été déposé au registre de commerce et des sociétés. A cet égard, il importe de signaler qu'un des administrateurs – X.) – est de formation conseil comptable et fiscal ; - banqueroute simple par non-justification du devenir des actifs ... ; -banqueroute simple par aveu tardif de la cessation des paiements.....* ».

Constitue un acte d'instruction, interruptif de la prescription de l'action publique, tout acte émanant d'une autorité qualifiée à cet effet et ayant pour objet de recueillir des preuves ou de mettre l'affaire en état d'être jugée. A ce titre, les instructions adressées par le Procureur d'Etat à la police judiciaire dans le cadre de l'exécution des enquêtes préliminaires sont interruptives de la prescription (Cour d'appel n° 30/97 V du 14 janvier 1997 ; Chambre du conseil de la Cour d'appel, n° 43/99 du 11 février 1999). C'est dès lors à bon droit, et pour les motifs plus amples que la Cour fait également siens, que les premiers juges ont reconnu au transmis du Procureur d'Etat du 10 mai 2005 le caractère d'acte d'instruction interruptif de la prescription publique.

Dans la mesure où l'action publique a été mise en mouvement par une première citation à prévenue datée du 28 janvier 2008 et notifiée le 1^{er} février 2008, il n'y a pas prescription de l'action publique diligentée contre la prévenue, et le moyen a en conséquence à bon droit été déclaré non fondé par les premiers juges.

La prévenue conteste en second lieu l'état de faillite de la société **SOC1.)** S.A.. Elle se prévaut du compte courant associé qui figure dans les bilans de la société qu'elle a établis pour les années 1998, 1999 et 2000, pour conclure que la société **SOC1.)** disposait d'actifs suffisants pour faire face à ses engagements. Il n'y aurait dès lors pas eu cessation de paiements, et il ne pourrait partant pas non plus y avoir banqueroute.

Le représentant du ministère public conclut à voir dire que la société **SOC1.)** était bien en état de faillite.

Le moyen de la prévenue n'est pas fondé. D'une part, l'existence d'un compte-courant associé renseignant un crédit au bénéfice de la société **SOC1.)** en 2000 n'établit nullement l'existence de cette créance à l'encontre des associés encore en 2003. D'autre part, et à supposer exacte l'affirmation de la prévenue quant à l'existence d'un tel actif jusqu'en 2003, il reste que la société **SOC1.)** a fait l'objet d'une contrainte décernée le 7 mars 2003 par l'Administration des Contributions directes pour un montant en principal de 65.640,90 euros, du chef d'arriérés de divers impôts pour les années 1998 à 2002. Un commandement de payer a été signifié en date du 19 juin 2003, et par la suite procès-verbal de carence a été dressé par l'huissier de justice Patrick HOSS en date du 12 août 2003. Néanmoins, il résulte du rapport du 14 février 2005 du curateur de la faillite de la société **SOC1.)** à l'adresse du Parquet qu'il n'y a eu aucune déclaration de créance au passif de la faillite de la part de l'Administration des Contributions directes. Cette absence de déclaration de créance ne peut s'expliquer que par le paiement de la dette d'impôts, alors que dans le cas contraire, l'Administration des contributions directes n'aurait pas manqué de faire admettre sa créance au passif privilégié de la faillite. Vu l'absence de tout actif significatif, autre que le compte-courant associé, dans le chef de la société, le paiement des arriérés d'impôts a nécessairement épuisé le compte-courant associés. C'est dès lors à bon droit, et sur base des motifs que la Cour adopte par ailleurs, que les premiers juges ont retenu que la société **SOC1.)** se trouvait bien en état de faillite et qu'ils ont fixé la date de la cessation des paiements au 13 février 2003. Pour autant que de besoin, la Cour rectifie dans les motifs des premiers juges la raison sociale de la société **SOC1.)**, erronément dénommée **SOC2.)** S.A..

La prévenue conteste encore les préventions libellées à son encontre. Elle fait valoir que si elle s'occupait de la comptabilité de la société, ce n'était pas en sa qualité d'administrateur de la société, mais bien en tant que conseil comptable et fiscal, chargée par le dirigeant de fait de la société, le sieur **A.**), de ces travaux. C'est à ce titre qu'elle a établi les bilans de 1998, 1999 et 2000 de la société. Par après, elle n'a plus reçu de la part du sieur **A.**) les pièces comptables qu'il lui aurait fallu pour mener à bien ses travaux, et elle n'a, pour le surplus, plus été payée. Elle insiste encore sur le fait qu'elle n'avait aucun pouvoir de disposition ni sur les fonds de la société ni sur les pièces comptables. La prévenue fait finalement encore valoir que la société n'aurait pas besoin de faire inventaire, ne disposant pas d'actifs à inventorier.

La prévenue conteste également avoir eu qualité pour déclarer l'aveu de la société anonyme **SOC1.**), tout comme elle conteste avoir eu qualité de soumettre les bilans de la société à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires, ou d'en effectuer le dépôt au registre de commerce et des sociétés. S'agissant du défaut d'aveu de la faillite dans le délai légal, elle fait encore valoir que l'infraction ne serait pas établie, alors qu'à supposer qu'elle eût eu qualité pour provoquer la déclaration de faillite de la société, elle n'aurait pas volontairement omis de faire l'aveu de la cessation des paiements pour pouvoir profiter le plus longtemps possible de l'existence de la société.

Le représentant du ministère public considère qu'en tant qu'administrateur la prévenue avait qualité pour faire l'aveu de la cessation des paiements. En tant qu'administrateur elle devait également se tenir au courant des affaires de la société, notamment pour ce qui est de la tenue correcte de la comptabilité. Il considère encore qu'un inventaire aurait dû être établi en l'espèce, ne fût-ce qu'au regard des créances que la société pouvait faire valoir à l'encontre de tiers et qui constituent également des éléments d'actif. Finalement il considère que l'infraction à l'article 163-3° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés est également établie en droit et en fait.

La prévenue se voit reprocher des infractions à l'article 574, points 4° et 6° du Code de commerce, sanctionnées au titre de l'article 489 du Code pénal, et une infraction à l'article 163, sous 3) (actuellement 163, sous 2)) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Si les articles 573 et 574 du Code de commerce ne font état que du « commerçant » failli, il est admis par la jurisprudence et la doctrine que les dirigeants, de droit ou de fait, des personnes morales peuvent être condamnés du chef de banqueroute, bien qu'ils ne soient pas eux-mêmes commerçants.

De même l'article 163 de la loi de 1915 (tant dans la teneur d'avant la loi du 25 août 2006 que dans sa teneur actuelle) s'applique aux gérants ou aux administrateurs qui n'ont pas soumis à l'assemblée générale les comptes annuels de la société et qui ne les ont pas fait publier.

Lorsque le législateur confère la personnalité morale à une entité, il prévoit des règles de fonctionnement déterminant la manière dont sa direction est organisée. S'agissant des sociétés anonymes, la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales dispose que les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires à temps, associés ou non, révocables, salariés ou gratuits. Les administrateurs forment un organe collégial, le conseil d'administration, qui a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou

utiles à la réalisation de l'objet social, à l'exception de ceux que la loi ou les statuts réservent à l'assemblée générale. Le fait que le conseil d'administration constitue un organe collégial ne fait pas obstacle à l'imputabilité pénale à tout administrateur d'infractions liées à la direction et à la gestion de la société.

Pareillement le fait qu'en l'occurrence la gestion journalière des affaires de la société a été déléguée à un administrateur, à savoir la dame **Y.)**, ne décharge pas la prévenue de sa responsabilité pénale personnelle éventuelle. Le délégué à la gestion journalière exerce tous les actes qui sont commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société et ceux qui, en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration. La délégation de la gestion journalière de la société à la dame **Y.)** ne décharge pas le conseil d'administration de sa mission d'administrer la société. Le conseil d'administration ne saurait pas non plus, sous couvert de la délégation de la gestion journalière, se désintéresser de la situation de la société.

C'est encore en vain que la prévenue fait plaider que c'était le sieur **A.)** qui, en tant que dirigeant de fait, s'occupait de tout ce qui avait trait à la direction et à la gestion de la société. La prévenue **X.)** ne peut pas se soustraire à ses obligations d'administrateur au motif que la direction et la gestion étaient abandonnées à **A.)**, tout comme elle ne saurait se soustraire à ses obligations d'administrateur sous prétexte qu'elle se fiait à la gestion de **A.)**. Le fait que **X.)** ait laissé librement agir **A.)**, qui n'était ni administrateur de la société ni même associé en nom personnel, est en lui-même constitutif d'un manquement caractérisé aux obligations incombant à tout administrateur.

S'agissant de l'infraction à l'article 574, point 6° du Code de commerce, c'est à bon droit que cette prévention a été retenue à l'encontre de la prévenue.

En tant qu'administrateur, la prévenue était tenue de veiller à la tenue correcte de la comptabilité, ne fût-ce qu'au regard de l'obligation faite au conseil d'administration par l'article 72 de la loi modifiée de 1915 précitée d'établir les comptes annuels. L'affirmation de la prévenue qu'aucun inventaire n'était à établir, vu l'absence d'éléments actifs à inventorier, est à rejeter comme manquant ne fût-ce que d'un semblant de fondement, alors que la prévenue ne s'est manifestement plus occupée de la direction et de la gestion de la société **SOC1.)** après avoir établi le bilan de l'année 2000 et que ses affirmations quant à l'absence d'éléments actifs à inventorier relèvent en conséquence d'une pure pétition de principe.

S'agissant de la prévention d'infraction à l'article 574, point 4° du Code de commerce, elle a également été retenue à bon droit à l'encontre de la prévenue. Il n'est pas reproché à la prévenue de ne pas avoir matériellement déposé elle-même le bilan. Même en admettant qu'il aurait appartenu au conseil d'administration d'agir, après décision prise en collège, toujours est-il que la prévenue **X.)** n'était nullement démunie, face à une éventuelle inaction du conseil d'administration. En tant qu'administrateur, il lui aurait toujours été possible de demander la convocation d'une réunion du conseil d'administration, en vue de voir prendre les décisions qui s'imposaient. Si la prévenue s'était trouvée confrontée à un refus du président du conseil d'administration (et administrateur délégué) de réunir le conseil d'administration pour prendre la décision quant à un éventuel aveu de la cessation des paiements, la prévenue aurait encore eu la possibilité de contacter, en sa qualité d'administrateur, les

services du Parquet économique, une faillite pouvant toujours être déclarée d'office. L'inaction totale de la prévenue est d'autant moins explicable, qu'elle n'ignorait pas que la comptabilité n'était manifestement plus en règle, alors qu'en sa qualité de conseiller comptable et fiscal elle ne recevait plus, selon ses propres déclarations, les pièces comptables.

Il n'est par ailleurs pas nécessaire, pour que l'infraction à l'article 574, point 4° du Code de commerce soit donnée, que la prévenue ait entendu continuer à profiter de l'existence de la société, et donc qu'elle ait entendu retarder la déclaration de faillite. Pour que l'infraction soit donnée il suffit d'une simple négligence, établie en l'espèce, la prévenue n'ignorant pas que le dirigeant de fait de la société était gravement malade et que la société était laissée à l'abandon. La Cour adopte encore les motifs plus amples des premiers juges pour retenir la prévenue dans les liens de cette prévention.

C'est finalement encore à bon droit que la prévention d'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 a été retenue à l'encontre de la prévenue. Au vu du texte légal, qui fait peser la responsabilité pénale notamment sur les administrateurs, les moyens de la prévenue tendant à être exonérée d'une telle responsabilité, au vu du rôle de dirigeant de fait assumé par le sieur **A.)** dans la gestion de la société, ce qui aurait rendu impossible toute réunion du conseil d'administration ou toute tenue d'une assemblée générale en dehors de la coopération dudit **A.)**, sont à rejeter. Ces moyens ne permettent en effet pas à la prévenue de se soustraire à ses obligations d'administrateur de la société et partant à sa responsabilité pénale.

La prévenue sollicite en dernier lieu de pouvoir bénéficier de la suspension du prononcé de la condamnation. La prévenue donne à considérer qu'aux termes de l'article 583 du Code de commerce, tous arrêts ou jugements de condamnation rendus en vertu des articles 573 à 578 (du même code) seront affichés et publiés de la manière et suivant les formes établies par l'article 472, et aux frais des condamnés. L'arrêt de condamnation devrait donc faire l'objet d'une publication par extrait dans des journaux. Il s'agirait là d'une sanction disproportionnée, tant au regard de la gravité de la faute commise qu'au regard de l'époque des faits. La prévenue explique à la Cour qu'elle s'est laissée en 1998 persuader à faire partie du conseil d'administration de la société **SOC1.)**, au vu de la perspective de gagner en même temps un nouveau client pour son bureau comptable et fiscal, qu'elle venait de mettre sur pied. Publier en 2009, et ne fût-ce que par extrait, une condamnation du chef de banqueroute, l'exposerait à des conséquences sur le plan professionnel sans commune mesure avec le trouble à l'ordre public causé dans la présente affaire.

La Cour estime certes que, de la part d'un conseiller comptable et fiscal, on aurait pu s'attendre à une application rigoureuse des textes de loi régissant les sociétés commerciales. D'un autre côté toutefois, la Cour peut comprendre les appréhensions exprimées par la prévenue quant aux possibles répercussions sur sa vie professionnelle d'une condamnation à intervenir en 2009 pour des faits remontant à 2002-2003. Les explications de la prévenue selon lesquelles elle a voulu, avant tout, rendre service (même si ce n'est pas de façon totalement désintéressée) plutôt qu'aider **A.)** à contourner les dispositions légales concernant l'administration d'une société anonyme, ne sont pas manifestement contredites par le dossier. Aussi, la Cour décide-t-elle de faire bénéficier la prévenue de la suspension du prononcé de la condamnation, les

faits n'étant pas de nature à entraîner comme peine principale un emprisonnement correctionnel supérieur à 2 ans.

PAR CES MOTIFS,

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

déclare les appels recevables;

dit l'appel de la prévenue **X.)** fondé;

réformant:

dit que les infractions retenues à l'encontre de la prévenue **X.)** par le jugement entrepris sont établies;

ordonne, pour une durée de trois (3) ans, la suspension du prononcé de la condamnation;

condamne la prévenue **X.)** aux frais de sa poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 8,87 €.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges et par application des articles 199, 202, 203, 209, 211, 621 et 622 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, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, date qu'en tête par Monsieur Nico EDON, président de chambre, et Mesdames Marianne PUTZ et Lotty PRUSSEN, conseillers, et signé, à l'exception du représentant du Ministère Public, par Mesdames Marianne PUTZ et Lotty PRUSSEN, conseillers, et Madame Josiane STEMPEL, greffier, avec la mention, conformément à l'article 83 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, que Monsieur Nico EDON, président de chambre, se trouve à la date de la signature du présent arrêt dans l'impossibilité de le signer.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Madame Marianne PUTZ, conseiller, en présence de Monsieur Jean ENGELS, avocat général, et de Madame Josiane STEMPEL, greffier.