

Arrêt N° 305/10 V.
du 6 juillet 2010
(Not. 6584/07/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du six juillet deux mille dix 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.), né le (...) à (...) (l), demeurant à L-(...), (...)

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, 18^e chambre correctionnelle, le 3 décembre 2009, sous le numéro 3506/09, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu le rapport n° 4868/2007 du 4 avril 2007 établi par la police grand-ducale, Service C.P. Ville-Haute.

Vu le rapport n° 1078/2007 du 19 septembre 2007 établi par la police grand-ducale, Service C.P. Ville-Haute.

Vu le rapport n° 1408 du 21 novembre 2007 établi par la police grand-ducale, Service C.P. Ville-Haute.

Vu le procès-verbal n° itm_eta_lu_04_011_1pv établi par l'Administration des Douanes et Accises.

Vu la citation à prévenu du 19 juin 2009 régulièrement notifiée à **X.)** .

Le Ministère Public reproche au prévenu **X.)** de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour ne pas avoir tenu les livres de commerce, ne pas avoir fait l'aveu de la faillite, ne pas s'être rendu aux convocations du curateur et ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés. Il lui reproche encore de ne pas avoir soumis à l'assemblée générale et de ne pas avoir fait publier dans les délais les comptes annuels.

I. LES FAITS

Les éléments du dossier répressif, l'instruction à l'audience, les déclarations du témoin Catherine DELSEMME, ainsi que les déclarations du prévenu ont permis d'établir les faits suivants :

Par acte notarié du 16 juillet 2001, la société anonyme **SOC1.)** S.A. a été constituée.

Son objet consistait dans l'exploitation d'un restaurant et d'un bar, avec débit de boissons alcooliques et non-alcooliques.

Conformément à cet objet social, la société **SOC1.)** S.A. exploitait un restaurant à Luxembourg, rue du Marché-aux-Herbes, sous différentes enseignes successives.

Par acte d'huissier du 31 octobre 2005, l'ouvrier **A.)** a assigné la société **SOC1.)** S.A. en faillite en raison d'une créance impayée de 3.691,45 euros.

Par jugement du Tribunal d'Arrondissement n° 98324 du 21 novembre 2005, la société **SOC1.)** S.A. a été déclarée en état de faillite et Maître Catherine DELSEMME a été nommée curateur.

II. CONDITIONS PREALABLES

Les infractions de banqueroute exigent que la société soit en état de faillite et que le prévenu ait la qualité de commerçant. Il convient dès lors d'analyser au préalable ces prérequis de l'infraction avant de pouvoir aborder les faits matériels reprochés au prévenu par le Ministère Public.

1. QUANT A LA QUALITE DU PREvenu

Le Ministère Public recherche la responsabilité du prévenu **X.)** en sa qualité :

- de dirigeant de fait entre le 16 janvier 2002 et le 24 novembre 2003, ainsi qu'entre le 15 juillet 2004 et le 13 juin 2005,
- d'administrateur entre le 24 novembre 2003 et le 15 juillet 2004,
- d'administrateur-délégué entre le 13 juin 2005 et le 21 novembre 2005.

1.1. En droit

Les articles 573 et suivants du Code de Commerce, définissant la banqueroute, requièrent la qualité de commerçant. En l'espèce, la société anonyme **SOC1.)** S.A., de par sa forme, a la qualité de commerçant.

1.1.1. Concernant la qualité de dirigeant de droit

En vertu du principe "societas delinquere no potest", la responsabilité pénale incombe au dirigeant responsable en tant qu'il a personnellement posé ou fait poser le fait infractionnel (Thiry, Précis d'Instruction criminel en droit luxembourgeois, n° 75 p. 65). En effet, le droit luxembourgeois n'admettant pas la responsabilité pénale des personnes morales, il convient de rechercher la ou les personne(s) physique(s), l'organe ou le préposé, à l'intérieur de la personne morale, qui par commission ou par omission est ou sont la cause de l'état infractionnel. Cette solution qui fait attribuer la responsabilité pénale des délits apparus à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise à celui qui détient le pouvoir de décision, le pouvoir financier, est le plus conforme au but préventif du droit pénal (TA Lux (corr.), 16 juin 1986, n° 974/86 ; TA Lux (corr.), 12 mai 1987, n° 896/97 ; TA Lux (corr.), 16 mai 1995, n° 1027795, confirmé par CSJ, 9 juillet 1987 ; CSJ, 6 mai 1996, n° 198/96 VI).

Dès lors, 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. Il incombe 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.

Ainsi par exemple, 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).

1.1.2. Concernant la qualité de dirigeant de fait

La Cour de cassation a retenu que l'auteur pénalement responsable de l'infraction est la personne physique par l'intermédiaire de laquelle la personne morale a agi dans chaque cas particulier, cette personne physique étant responsable non pas en tant qu'organe compétent de la société, mais comme individu ayant commis l'acte illicite (Cass., 29 mars 1962, Pas., 18, 450).

Le fait de ne pas être dirigeant de droit d'une société n'exclut dès lors pas qu'une personne physique puisse être tenue responsable des infractions qu'elle a fait poser à une société.

Ainsi, la notion de dirigeant de fait vise toute personne qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale d'une société, sous le couvert ou aux lieux et place de ses représentants légaux. L'autorité de fait n'est pas liée exclusivement à la détention d'une fraction du capital (Traité de droit commercial, Georges Ripert, René Roblot, Tome 2, p. 1220).

Le dirigeant de fait se définit comme « celui qui en toute indépendance et liberté exerce une activité positive de gestion et de direction et se comporte, sans partage, comme maître de l'affaire » (Cass. fr., 10.10.1995). Il va exercer cette « activité positive de gestion et de direction de l'entreprise sous le couvert et au lieu et place du représentant légal » (Cass. fr., 12.9.2000). En quelques mots, le dirigeant de fait va exercer toutes les attributions qui sont dévolues au dirigeant de droit alors qu'il n'en a pas le pouvoir.

1.2. Arguments de défense du prévenu

- Lors de son **audition par les services de police** en date du 21 novembre 2007, le prévenu **X.)** avait contesté avoir une fonction de gérant ou d'administrateur au sein de la société **SOCl.)** S.A. et signale ne pas avoir de parts.

Il explique que **B.)** lui aurait proposé en octobre 2003 de reprendre la moitié des parts pour un montant de 30.000 euros, tout en l'informant que la société aurait eu des dettes à hauteur de 47.000 euros. Il se serait cependant avéré que les dettes de la société atteignaient presque le décuple de ce montant, étant donné qu'elle avait d'importants arriérés, notamment envers le bailleur, le comptable, la Caisse de Maladie, les Contributions Directes, et l'Administration de l'Enregistrement.

Sur demande de **C.)** , il aurait accepté de mener le restaurant (« *das Restaurant zu führen* ») en échange d'un salaire mensuel de 1.400 euros. Il aurait ainsi travaillé jusqu'au mois de novembre 2003.

Il n'aurait repris le travail qu'en janvier 2004, alors qu'il aurait été embauché par **C.)** en tant que garçon (« *verantwortlicher Kellner* ») pour l'aider à redresser et à améliorer le restaurant. Il aurait travaillé pendant 18 mois, mais aurait perçu uniquement l'équivalent de 6 mois de salaire. En raison de l'importance des dettes, il aurait été impossible de redresser la situation.

Le prévenu explique en outre que dès le moment où il aurait appris sa nomination en tant qu'administrateur-délégué, il aurait contacté un avocat pour faire corriger cette fausse inscription au Registre de Commerce.

- A l'**audience**, le prévenu réitère ces contestations. Il explique qu'il aurait été un simple salarié, responsable de l'accueil des clients, du choix des menus et de la décoration. Il aurait constaté que le restaurant avait des difficultés à honorer ses dettes, quoiqu'il fonctionnât bien.

Il aurait été envisagé en 2003 qu'il reprenne la moitié des parts. Il aurait cependant eu des difficultés pour obtenir des informations de la part de la fiduciaire et, lorsqu'il s'était rendu compte de l'importance du passif, il aurait renoncé à l'acquisition de parts sociales.

Il aurait été nommé administrateur à son insu ; les réels administrateurs auraient abusé de lui (« *ech sin ausgenutzt gin* »). Il n'aurait par ailleurs eu aucun pouvoir de signature et aucun accès à la principale source de revenus du restaurant, à savoir les paiements effectués par carte de crédit. Les quelques encaissements sous forme d'argent liquide lui auraient permis de payer quelques fournisseurs. Il n'aurait eu aucun accès aux comptes bancaires de la société.

Il admet parfois avoir signé aveuglément des documents qui lui étaient soumis, parce qu'il avait confiance dans les administrateurs.

- Le mandataire du prévenu retrace l'historique des relations entre la société **SOC1.)** S.A. et le prévenu comme suit :
 - Les premiers contacts auraient eu lieu en 2001
 - dans ce cadre, il aurait fourni à titre d'indépendant des prestations pour compte du restaurant,
 - ensuite, il n'y aurait plus eu aucun contact ni aucune relation contractuelle
 - en octobre/novembre 2003, le prévenu aurait été contacté par **B.)** . Ce dernier lui aurait fait part des difficultés financières
 - le prévenu aurait ainsi accepté de travailler dans la société en tant que salarié pour essayer de redresser la situation.

Concernant la gestion interne, une secrétaire aurait travaillé pour compte de la société, et elle se serait occupée de toutes les formalités et de la gestion comptable.

Le prévenu aurait effectivement payé quelques créances et aurait contacté Maître **V.)** pour prendre conseil, mais uniquement parce que personne d'autre au sein de la société ne prenait de décisions.

Il n'aurait appris que bien plus tard qu'il avait été nommé à son insu et contre son gré administrateur délégué.

1.3. Eléments du dossier répressif

1.3.1. Publications officielles

Les documents déposés au registre de commerce et publiés au Mémorial renseignent un nombre important de changements et de remplacements au niveau du conseil d'administration. En ce qui concerne le prévenu **X.)** , il y est indiqué que:

- d'après un procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires du 8 octobre 2003, **X.)** aurait été nommé aux fonctions d'administrateur pour un mandat de six ans.
- d'après un procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires du 18 mars 2004, **X.)** aurait été nommé aux fonctions d'administrateur pour un mandat de six ans.
- le prédit procès-verbal est « remplacé et annulé » par les décisions prises par l'assemblée générale le lendemain, donc le 19 mars 2004, dans lesquelles le nom du prévenu n'apparaît pas.
- d'après un procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires du 8 juin 2004, **X.)** aurait été révoqué des fonctions d'administrateur avec effet immédiat.
- d'après un procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires du 18 février 2005, **X.)** aurait été nommé aux fonctions d'administrateur et d'administrateur-délégué et il « pourra engager la société avec devoir de cosignature obligatoire à ce dernier avec un autre membre du conseil d'administration ».

1.3.2. Enquête menée par l'Administration des Douanes et Accises

Le dossier répressif contient par ailleurs copie d'une enquête que l'Administration des Douanes et Accises avait menée en 2005 en raison d'irrégularités au niveau de la licence de cabaretage. Lors de ces enquêtes, différentes personnes ont été entendues et ont fait notamment les déclarations suivantes :

- **E.)** : « Les premiers 6 mois, les responsables étaient Monsieur **C.)** et Monsieur **D.)** . A partir de février 2002, les responsables étaient Monsieur **C.)** et Monsieur **B.)** . A partir de janvier 2003, Monsieur **B.)** gérait seul la société jusqu'à la reprise par Monsieur **D.)** en octobre 2003. »

« Je suis sorti de la société en décembre 2003 ... J'étais réengagé par la société '**SOC1.)**' par l'intermédiaire de Monsieur **D.)** , comme chef de cuisine en date du 1^{er} août 2004 ».

« Pour moi le responsable de la société '**SOC1.)**' est Monsieur **D.)** car je ne vois presque jamais Monsieur **F.)** dans l'établissement. Pour moi, Monsieur **F.)** n'a pas de fonction dans la société ».

- **G.)** : « Pour l'instant, Monsieur **X.)** est le gérant de l'établissement ... C'est Monsieur **X.)** et Monsieur **C.)** qui m'ont embauché. Monsieur **X.)** a quitté la société '**SOC1.)** SA' vers le 1^{er} janvier 2002 pour revenir mi-octobre 2003 ».

« Pour moi, le responsable du restaurant est Monsieur **X.)** et les responsables de la société '**SOC1.)**' sont Messieurs **C.)** et **F.)** ».

- **H.)** , qui travaillait sans permis de travail à la plongée, a confirmé qu'elle a été embauchée par le prévenu.

- **F.)** : « Je suis associé avec 500 parts de 1000 parts à la société '**SOC1.)**' . L'autre associé est Monsieur **X.)** , qui possède les autres 500 parts de la société ».

« Toutes les décisions concernant les employés et les commandes des produits sont prises par Monsieur **X.)** parce que je ne suis pas du métier ».

Il explique qu'il ne passe qu'une fois par semaine au restaurant pour s'occuper du recyclage des caisses vides.

- **X.)** avait déclaré lui-même : « Je suis associé avec 500 parts de 1000 parts de la société '**SOC1.)**' . L'autre associé est Monsieur **F.)** ... »

« Monsieur F.) et moi sont les 2 seuls responsables de la société 'SOC1.) ' et c'est nous seuls qui prenons toutes les décisions concernant la société et le restaurant ».

« Je suis le seul responsable concernant l'engagement du personnel, mais toujours en accord commun avec mon associé, Monsieur F.) ».

« Suite aux explications que j'ai reçues maintenant et hier des agents de la Douane, j'ai décidé de laisser le restaurant fermé à partir de maintenant jusqu'à ce que j'ai reçu les autorisations requises ».

Le prévenu confirme en outre qu'il est en relation avec la fiduciaire, qui cependant refuserait de remettre les documents comptables parce que les honoraires restent impayés.

1.3.3. Procédure de contestation

• Par courrier du 23 novembre 2007, Maître V.) a communiqué aux services de police divers échanges de courriers et éléments de procédure relatifs à un **contentieux avec le registre de commerce**. Il en découle notamment :

- qu'en date du 18 juillet 2005, Maître V.) a fait enregistrer un « Avis » d'après lequel le prévenu déclare que sa nomination en qualité d'administrateur et d'administrateur délégué lors d'une assemblée générale du 18 février 2005 a été faite « à son insu et sans son accord et qu'il n'accepte ni la fonction d'administrateur délégué, ni la fonction d'administrateur de ladite société ».
- le registre de commerce a refusé de procéder à la publication de ce document.
- par courrier du 27 juillet 2005, Maître V.) adresse un argumentaire au Registre de commerce concluant à la publication du document.
- par courrier du 3 août 2005, le Registre de Commerce a refusé de publier cet « Avis » et le formulaire de réquisition aux fins de radiation du prévenu du registre. Le formulaire a été rejeté au motif qu'il émane d'un administrateur qui se dit démissionnaire et ne peut donc valablement représenter la société. L' « Avis » a été refusé parce qu'en indiquant que la nomination aurait été faite à son insu et en son accord, il porterait sur des faits et éléments dont la publication n'est pas prévue par la loi.
- par acte d'huissier du 22 août 2005, X.) assigne le registre de commerce et le Procureur d'Etat en référé pour faire annuler la décision de refus du registre de commerce et afin qu'il soit procédé à la publication de la démission.
- par ordonnance de référé n° 829/2005, n° 96865 du rôle, rendue le 25 novembre 2005, le Tribunal saisi s'est déclaré incompétent.

• Le dossier contient encore les **correspondances** échangées entre Maître V.) et les autres personnes renseignées comme administrateurs, respectivement leur mandataire. Dans ces courriers, la nomination du prévenu en qualité d'administrateur délégué est contestée. Il convient en outre de relever les éléments suivants :

- Dans un courrier du 25 août 2005, Maître V.) écrit: « Pratiquement tous les jours, Monsieur X.) continue à me raconter ses déboires, provenant du fait que personne ne s'occupe de cette société . Il continue à faire tourner le restaurant ... Il a réussi à calmer au moins deux ou trois huissiers et surtout réussit-il à payer, du moins en partie, le salaire du personnel ... nous constatons que les deux membres du conseil d'administration ... se moquent royalement du sort de cette société ».
- A propos de son mandat, Maître V.) écrit : « J'ai bien été mandaté par M. X.) qui intervenait en fait comme un **employé dirigeant** la société, vu l'absence d'un administrateur-délégué, et vu le désintéret des deux administrateurs qui subsistent, qui a agi dans l'intérêt de la survie de

la société. Je pense que mon client n'aura pas de problème à **laisser la gestion** à l'un des deux ».

1.3.4. Quant aux documents signés par le prévenu

- Le mandataire du prévenu verse une convention signée le 21 janvier 2002 entre le prévenu et **C.)** par laquelle le premier s'engage en qualité d'indépendant de fournir divers services de conseil (décoration, type de menus, qualité de produits, publicité, introduction de clients). Il convient d'observer que cette convention fixe rétroactivement les conditions de cette prestation, celle-ci s'étant déroulée de juin 2001 à décembre 2001.

- Il résulte du **procès-verbal d'assemblée générale** des actionnaires du 8 octobre 2003 qui précise que le prévenu **X.)** est nommé aux fonctions d'administrateur pour un mandat de 6 ans, que le prévenu assumait également la présidence de l'assemblée et que sa signature figure sur le procès-verbal, en qualité de « Président ».

Le procès-verbal documentant la réunion subséquente du conseil d'administration à la même date mentionne par ailleurs **X.)** parmi les personnes présentes et comporte sa signature.

- Le dossier répressif contient encore un **contrat de cession d'actions** documentant la cession par **B.)** au prévenu **X.)** de 500 parts de la société **SOC1.)**, contrat qui est daté du 9 octobre 2003 et qui porte les signatures des deux parties.

1.3.5. Autres éléments

- Le prévenu verse aux débats une **requête** déposée au Tribunal du Travail en date du 17 août 2005 dans laquelle il réclame des arriérés de salaire à la société **SOC1.)**. Le Tribunal relève tout d'abord qu'il s'agit d'un document unilatéralement établi par son avocat, le prévenu ne communiquant pas le jugement qui a été rendu à la suite de cette requête. Il faut encore relever que dans cette requête, le prévenu se qualifie lui-même de « gérant » et non de simple « garçon » ou de « responsable de salle ».

- Le prévenu verse encore un courrier qui lui a été adressé par le **Centre Commun de la Sécurité Sociale** dans lequel il est informé que son employeur a omis de remettre les données des salaires relatives au mois de juin 2005. Il convient d'observer que les qualités de salarié et de mandataire social ne s'excluent pas. Par ailleurs, l'affiliation en tant que salarié s'opère sur base d'une déclaration unilatérale et ne fait pas l'objet d'un contrôle au fond quant à la véritable qualité de la personne affiliée.

- Le prévenu verse encore un courrier de résiliation de son contrat adressé au Ministère des Classes Moyennes et un contrat de bail signé avec la société **SOC1.)**, documents qui ne sont d'aucune pertinence pour déterminer son statut et ses fonctions au sein de la société.

- Il résulte par ailleurs du tableau des créances de la société **SOC1.)** S.A. que le prévenu n'a pas déposé de déclaration de créance relative à des arriérés de salaire.

- Le curateur explique à l'audience que les documents comptables qu'il a récupérés comportaient de nombreux reçus et reconnaissances de dettes signées par le prévenu. Par ailleurs, de nombreux courriers lui étaient adressés.

1.4. Appréciation

Le Tribunal relève que les éléments de preuve tendant à établir que le prévenu exécutait des fonctions de **salarié** ne sont pas pertinents. En effet, d'après la jurisprudence constante des juridictions du travail, les qualités d'administrateur ou gérant et celle de salarié ne s'excluent pas si le mandataire social exerce au-delà de son mandat social une fonction technique distincte au sein de la société.

Il en est de même en ce qui concerne la question de savoir si le prévenu détenait ou non des **parts sociales** dans la société. En effet, la qualité d'actionnaire n'exclut ni ne conditionne la qualité de salarié ou de mandataire social de cette même société.

1.4.1. Qualité de dirigeant de droit

En ce qui concerne les effets d'une inscription au registre de commerce et des sociétés, le Tribunal relève que l'article 9 § 4 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales précise que les actes ou extraits d'actes ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication au Mémorial Recueil spécial des sociétés et associations, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance. Les tiers peuvent néanmoins se prévaloir des actes ou extraits d'actes non encore publiés. L'article 50 de la même loi précise que les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires à temps, associés ou non, révocables, salariés ou gratuits.

D'après l'article 1984 alinéa 2 du Code civil, le contrat de mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. D'après l'article 1985 alinéa 2 du même Code, cette acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire.

Sur le plan pénal, une personne renseignée au registre de commerce et des sociétés comme mandataire social, qui n'a pas connaissance de son mandat et ne l'a pas accepté, ni explicitement, ni implicitement, ne saurait encourir une responsabilité pénale pour des délits intentionnels. En effet, à défaut d'avoir eu connaissance de sa qualité de mandataire social, il ne saurait être reproché au prévenu d'avoir ignoré les obligations légales découlant de cette fonction.

En l'espèce, le prévenu conteste avoir eu connaissance de sa nomination par l'assemblée générale.

Pour la nomination décidée en date du 8 octobre 2003, il résulte du procès-verbal lui-même que le prévenu était présent et qu'il y a apposé sa signature. Il a dès lors pris connaissance des décisions qui y ont été prises et actées. En apposant sa signature sur le procès-verbal, et en l'absence de contestation émise, le prévenu a accepté le mandat d'administrateur.

La décision de nomination du 18 mars 2004 ne fait que confirmer cette nomination. La décision du 19 mars 2004 annule la première nomination, mais n'a pas d'effet sur la seconde.

Par décision du 19 mars 2004, **X.)** est révoqué de ses fonctions.

Au regard des éléments qui précèdent, il est établi que le prévenu était, en pleine connaissance de cause, investi des fonctions d'**administrateur** de la société **SOC1.)** S.A. du 8 octobre 2003 au 19 mars 2004.

En ce qui concerne les fonctions d'**administrateur délégué** dans le chef du prévenu, il est acté dans le procès-verbal du 18 février 2005 que ce mandat de gestion journalière lui aurait été confié.

Aucun élément du dossier répressif n'établit toutefois que le prévenu a eu connaissance de cette nomination et l'a explicitement ou implicitement acceptée. Au contraire, le prévenu s'est appliqué pour ne pas avoir la qualité officielle d'administrateur délégué, en s'adressant à un avocat pour entamer une procédure de contestation.

Au regard du droit pénal, cette qualité ne saurait dès lors être retenue dans son chef.

1.4.2. Qualité de dirigeant de fait

Il découle des éléments tels qu'ils ont été décrits ci-avant que le prévenu a pris d'importantes décisions au niveau du fonctionnement de la société. Il a fait divers travaux administratifs, a procédé aux paiements de fournisseurs et de salaires, passé des commandes, etc. Le curateur a confirmé que le prévenu a signé des reçus et des reconnaissances de dette au nom de la société **SOC1.)** S.A. et que de nombreux courriers lui ont été adressés directement.

De même, le prévenu a pris lui-même, sinon du moins a activement participé aux décisions relatives à l'embauche de personnel, comme l'ont confirmé **E.)**, **G.)**, **H.)** et **F.)**.

Les personnes ayant travaillé avec lui l'ont qualifié de « responsable » (**E.)**), de « gérant de l'établissement » (**G.)**).

Son avocat le qualifie d'« employé dirigeant » qui « continue à faire tourner le restaurant », respectivement de « gérant » dans la requête adressée au Tribunal du travail.

Lors de son audition par les services des Douanes, le prévenu s'est présenté lui-même comme étant un des responsables de la société **SOC1.)** S.A. Selon ses dires, il avait même le pouvoir de laisser le restaurant fermé, ce qui dépasse à l'évidence les attributions d'un simple salarié subordonné.

Dès lors, le prévenu a joué un rôle prépondérant et directeur dans l'administration de la société et a agi au lieu et place des représentants légaux. Il a exercé une autorité de fait et décidé du sort de l'entreprise.

Le fait que le prévenu ait pu assumer ce rôle de bonne foi, dans le but de redresser la situation du restaurant et de rendre service n'a aucune incidence ; dès lors qu'il a assumé le rôle de dirigeant de fait, il était obligé d'assumer toutes les obligations légales qui incombent à un mandataire social.

Il est dès lors à considérer comme commerçant pour l'application des dispositions sur le délit de banqueroute.

Il découle du dossier que le prévenu a pris cette qualité au plus tard au mois de novembre 2003 lorsqu'il est activement intervenu pour prendre en mains l'exploitation du restaurant.

2. ETAT DE FAILLITE

En application du principe de l'autonomie du droit pénal à l'égard du droit commercial, le juge répressif n'est pas tenu par le jugement de faillite, mais dispose du plein pouvoir pour apprécier l'état de faillite. Il incombe ainsi à la juridiction répressive de vérifier si les conditions de la faillite sont données sans être tenue par les constatations du Tribunal de commerce. Ainsi, l'action publique du chef de banqueroute est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale.

Conformément à l'article 437 alinéa 1^{er} du Code de Commerce, l'état de faillite se caractérise par la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit.

- La **cessation de paiement** consiste dans l'impossibilité constatée devant laquelle se trouve un débiteur pour faire face à ses engagements (TA Lux., 15 juillet 1992, n° 41412). Elle ne doit pas être absolument générale ; le défaut de paiement d'une seule dette suffit à établir la cessation des paiements, la loi ne subordonnant nullement la faillite à l'arrêt de tous les paiements ou même de leur généralité (TA Lux., 27 mars 1992, n° 147/92). Il suffit que le prévenu ne parvienne pas à se maintenir à flot. La cessation des paiements est indépendante de l'éventuelle suffisance de l'actif. Ainsi, le fait que l'actif du débiteur soit supérieur à son passif au jour du jugement déclaratif, n'empêche pas que ce débiteur puisse être en état de cessation des paiements si, en fait, il ne paie pas ses dettes (CSJ, 28 janvier 1998, n° 15508).

Le tableau des créances de la société renseigne un nombre important de dettes. De nombreux salariés restaient impayés. Le Centre Commun de la Sécurité Sociale a été admis au passif à hauteur de 82.295,58 euros et l'Administration de l'Enregistrement à concurrence de 6.177,49 euros.

Dans son rapport d'activité, le curateur a indiqué un passif total de 179.916,78 euros, tandis que l'actif n'était que de 54,67 euros.

Ainsi, la société se voyait confrontée à un nombre important de dettes et n'avait aucune liquidité pour y faire face.

La société **SOC1.)** S.A. avait dès lors cessé ses paiements.

- **L'ébranlement du crédit** peut provenir tant de l'impossibilité d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes, c'est-à-dire pour mettre fin à la cessation de paiements, que du refus des créanciers d'accorder des délais de paiement ; l'ébranlement du crédit implique un élément supplémentaire à la cessation de paiement, qui est le refus de tout crédit par les créanciers, par les fournisseurs et par les bailleurs de fonds, en raison d'une carence notoire (TA Lux. (com.), 7 juin 1985, faillite n° 31/85 ; TA Lux (com.), 20 juin 1986, n° 36964 du rôle). Ainsi, l'ébranlement du crédit, qui n'est qu'une modalité que la cessation des paiements doit revêtir pour justifier une déclaration de faillite, peut provenir tant de l'impossibilité pour le créancier d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes que du refus des créanciers de lui accorder des délais de paiement (TA Lux., 29 janvier 1988, n° 57/88).

A l'audience, le curateur a informé le Tribunal que le fonds de commerce de la société avait été cédé en septembre 2005 dans le cadre d'une procédure de vente forcée initiée par le propriétaire des lieux en raison des arriérés de loyer.

Le curateur a par ailleurs précisé que la société a fait l'objet de nombreuses procédures judiciaires en vue du recouvrement de diverses créances. En particulier le bailleur, qui a initié une vente forcée, et le salarié **A.)** , qui a assigné en faillite, n'étaient plus disposés à accorder un quelconque crédit à la société.

Le prévenu **X.)** a expliqué que les fournisseurs n'acceptaient de livrer qu'en échange d'un paiement au comptant, de sorte que ceux-ci n'accordaient pas non plus de crédit.

La société ne disposait finalement de plus aucun fonds de commerce, et était dès lors vidée de toute substance qui aurait pu servir de base à un prêt auprès d'un établissement bancaire.

De même, aucun des associés ni administrateurs n'entendait injecter de l'argent frais, les dettes étant d'un montant tel qu'on ne pouvait espérer les apurer.

Dès lors, la société **SOC1.)** S.A. se trouvait en état d'ébranlement de crédit et par voie de conséquence en état de faillite.

III. QUANT AUX INFRACTIONS

1. INFRACTION DE BANQUEROUTE SIMPLE

1.1. Tenue des livres de commerce

Il est reproché au prévenu de ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire exigés par le Code du Commerce pour les années 2003 et 2004.

L'article 11 du Code de commerce oblige à tenir une comptabilité selon un système de livres et de comptes conformément aux règles usuelles de la comptabilité en partie double dans laquelle toutes les opérations sont inscrites sans retard, de manière fidèle et complète. L'article 15 du même Code exige de la part d'une société l'établissement annuel d'un inventaire complet de ses avoirs et droits de toute nature et de ses dettes, obligations et engagements de toute nature.

Il résulte des déclarations du curateur qu'il a su récupérer quelques factures, mais pas de véritable comptabilité et livres de commerce satisfaisant aux exigences légales.

Le prévenu est dès lors **convaincu** de l'infraction qui lui est reprochée.

1.2. Aveu tardif

Le Ministère Public reproche au prévenu **X.)** de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal, plus précisément de ne pas avoir fait l'aveu du tout.

Aux termes de l'article 440 du Code de Commerce, tout commerçant et 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.

Il incombe au Tribunal de fixer l'époque de la cessation des paiements. En effet la date retenue par le 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 (TA Lux. 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.

Le curateur estime à l'audience que le restaurant a été exploité jusqu'en décembre 2005.

Le jugement de faillite du 21 novembre 2005 préqualifié avait provisoirement fixé l'époque de la cessation des paiements au 21 mai 2005.

Dans son rapport d'activité, le curateur a précisé : « *Nombreux rappels pour factures impayées et procédures en cours ... Certaines sommations de paiement ont été introduites en 2003 par le CCSS. En 2004, certaines ordonnances de paiement ont déjà été rendues. Nombre important de procédures en 2005* ».

Sur cette base, le Tribunal retient que la société a cessé de payer l'essentiel de ses dettes dès 2005 et fixe dès lors le début de la cessation des paiements au 1^{er} janvier 2005. A ce moment, les principaux créanciers n'étaient plus payés, et la société ne s'acquittait plus que de quelques dettes mineures auprès des fournisseurs pour maintenir un minimum d'activité.

Il est constant en cause que le prévenu ne s'est jamais rendu au greffe du Tribunal de Commerce, bien qu'il ait été obligé de ce faire dès le 1^{er} février 2005.

Il est dès lors **convaincu** de l'infraction qui lui est reprochée par le Ministère Public.

1.3. Convocations du curateur

Le Ministère Public reproche au prévenu de ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par le curateur.

L'article 574 5° du Code de Commerce qualifie de banqueroute le fait de ne pas se rendre en personne aux convocations du curateur.

A l'audience, le curateur Catherine DELSEMME explique qu'elle s'est adressée aux deux autres administrateurs, avec lesquels elle a eu une entrevue. Elle aurait obtenu des documents qui étaient restés sur les lieux exploités par une nouvelle société.

Elle explique ne jamais avoir vu le prévenu, bien qu'elle lui ait adressé trois courriers recommandés qui lui ont été retournés « non réclamés ». Il en était de même pour les courriers qui lui ont été adressés à titre de convocation pour les audiences de vérification des créances.

Le prévenu explique à l'audience qu'il aurait beaucoup voyagé à l'étranger, de sorte qu'il n'aurait pas reçu les courriers. Ainsi, il aurait été pendant près de 2 ans en déplacement aux Etats-Unis, en France et en Allemagne.

Le prévenu n'établit cependant pas ses déplacements à l'étranger.

Le prévenu est dès lors **convaincu** de l'infraction qui lui est reprochée.

1.4. Demandes du curateur

Le Ministère Public reproche encore au prévenu **X.)** de ne pas s'être rendu, sans empêchement légitime, à une convocation du curateur.

Ce reproche fait double emploi avec celui retenu à sa charge ci-avant.

Le Ministère Public reproche enfin au prévenu de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements que ce dernier lui avait demandés.

Le Tribunal ne dispose pas du contenu des courriers que le curateur a adressés au prévenu. Il n'est dès lors pas établi si ces courriers contenaient une simple convocation, ou si le curateur a également sollicité des informations et renseignements précis.

Il y a dès lors lieu d'**acquitter** le prévenu **X.)** d'avoir :

« comme auteur, dirigeant de droit ou de fait,

entre la mi-mars 2008 et la date d'aujourd'hui, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 576 du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, avoir posé un acte de banqueroute simple facultative pour ne pas avoir fourni au curateur les renseignements que ce dernier lui avait demandés ».

2. INFRACTION A LA LEGISLATION SUR LES SOCIETES

Le Ministère Public reproche au prévenu **X.)** de ne pas avoir soumis dans les 12 mois de la clôture de l'exercice à l'assemblée générale des actionnaires les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée du contrôle, et de ne pas avoir fait publier ces documents.

Le Ministère Public vise la période de la fin de l'année 2003 jusqu'au jour de la faillite, soit le 21 novembre 2005.

L'article 163 3° ensemble l'article 162 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle qu'elle a été modifiée prévoient que sont punis d'une amende de 500 à 25.000 euros les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas soumis à l'assemblée générale dans les douze 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. Il convient de noter qu'en vertu de la loi du 19 décembre 2002 (articles 96 et 104) les mots « dans les douze mois » ont été remplacés par « dans les six mois » à partir du 1^{er} janvier 2005.

Il résulte du dossier répressif que le dernier bilan déposé au registre de commerce est le bilan au 31 décembre 2002.

Le bilan pour l'exercice 2003 n'a ainsi pas été approuvé ni publié dans les délais légaux.

Le prévenu est dès lors **convaincu** de l'infraction qui lui est reprochée.

3. RECAPITULATIF

Sur base du dossier répressif et au regard des développements qui précèdent, le prévenu **X.)** est **convaincu** :

« comme auteur,

*en sa qualité d'administrateur de la société anonyme **SOC1.)** S.A. du 8 octobre 2003 au 19 mars 2004, et en sa qualité de dirigeant de fait de cette même société à partir du mois de novembre 2003 jusqu'à la faillite de la société,*

1) entre la fin de l'année 2003 et le 21 novembre 2005, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

a) en infraction à l'article 574 6° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, avoir commis un acte de banqueroute simple facultative en ne tenant pas les livres prescrits par l'article 9 (anciennement 8) du Code de Commerce pour les années 2003 et 2004,

b) en infraction à l'article 163 3° de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales,

ne pas avoir soumis dans les douze mois de la clôture de l'exercice à l'assemblée générale des actionnaires les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée du contrôle, et ne pas avoir fait publier ces documents,

2) entre le 1^{er} février 2005 et le 21 novembre 2005, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

*en infraction à l'article 574 4° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, avoir posé un acte de banqueroute simple facultative pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société **SOC1.**) dans le délai d'un mois de sa production,*

en l'espèce, ne pas avoir fait l'aveu du tout,

3) entre la mi-mars 2008 et la date de clôture de la faillite, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 574 5° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, avoir pausé un acte de banqueroute simple facultative pour ne pas s'être rendu en personne aux convocations qui lui ont été faites par le curateur, Maître Catherine DELSELMME ».

V. QUANT A LA PEINE

Les cas de banqueroute retenus à charge du prévenu sont des cas de banqueroute facultative. Il convient de tenir compte du fait que le prévenu a continué à exploiter et à faire fonctionner un établissement de restauration bien qu'il savait que les dettes de la société étaient telles que la situation ne pouvait pas être redressée. En agissant de la sorte, il a laissé s'accumuler encore davantage de dettes, surtout à l'égard de créanciers publics. Il n'y a dès lors pas lieu de faire abstraction d'une condamnation.

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, compromettant un seul et même intérêt, l'intérêt des créanciers du failli.

L'infraction de banqueroute simple retenue à charge du prévenu ainsi que l'infraction à la loi de 1915 sont en **concours réel** entre elles. En application de l'article 60 du Code pénal, la peine la plus forte sera dès lors seule prononcée ; cette peine pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

- 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.
- L'omission de soumettre et de publier le **bilan** est punie, en application des articles 162 et 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, d'une amende de 500 euros à 25.000 euros.

La peine la plus forte est en l'espèce celle comminée pour l'infraction de banqueroute simple.

Dans l'appréciation de la peine, le Tribunal prend en l'espèce en considération l'importance du préjudice causé, le total des créances impayées étant important.

Il convient également de tenir compte du fait que le prévenu a assuré, en fait, le rôle de dirigeant de la société, mais s'en est soudainement désintéressé et l'a laissée à l'abandon, sans se soucier de son sort et sans collaborer avec le curateur.

Enfin, il résulte du dossier répressif que le prévenu a déjà été antérieurement impliqué dans des faillites, de sorte qu'il connaît le déroulement de cette procédure et les obligations d'un dirigeant à cet égard.

Il y a dès lors lieu de condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement ainsi qu'à une amende adéquate.

En vertu de l'article 626 alinéa 2 du Code d'Instruction Criminelle, le sursis est exclu si, avant le fait motivant sa poursuite, le délinquant a été l'objet d'une condamnation devenue irrévocable, à une peine d'emprisonnement correctionnel ou à une peine plus grave du chef d'infraction de droit commun. Eu égard à ses antécédents judiciaires, le prévenu ne saurait dès lors bénéficier de cette mesure.

Il y a lieu en outre d'ordonner conformément aux dispositions de l'article 583 du Code de commerce que le jugement soit affiché en la salle d'audience du Tribunal de commerce à Luxembourg où il restera exposé pendant la durée de trois mois et sera inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais du contrevenant. 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.

PAR CES MOTIFS :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **dix-huitième chambre**, siégeant en matière **correctionnelle**, statuant **contradictoirement, X.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense et la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

a c q u i t t e X.) de l'infraction non retenue à sa charge,

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **SIX (6) mois** ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 54,34 euros,

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 qu'il sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais du contrevenant.

En application des articles 14, 15, 60, 66 et 489 du Code pénal, des articles 574 et 583 du Code de commerce, des articles 162 et 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 ainsi que des articles 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195 et 196 du Code d'Instruction Criminelle, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, Elisabeth EWERT et Jean-Luc PÜTZ, juges, et prononcé en audience publique le jeudi, 3 décembre 2009, au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, assistée de Mike SCHMIT, greffier, en présence de Sandra KERSCH, premier substitut du Procureur d'Etat, qui à l'exception de la représentante du Ministère Public ont signé le présent jugement ».

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 11 janvier 2010 par le mandataire du prévenu et le 12 janvier 2010 par le représentant du Ministère Public.

En vertu de ces appels et par citation du 22 mars 2010, le prévenu fut requis de comparaître à l'audience publique du 14 mai 2010 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience l'affaire fut contradictoirement remise à l'audience publique du 8 juin 2010, lors de laquelle le prévenu fut entendu en ses explications et moyens de défense.

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

L A C O U R

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 6 juillet 2010, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 11 janvier 2010, **X.)** a fait relever appel d'un jugement contradictoirement rendu le 3 décembre 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 12 janvier 2010.

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

Le prévenu, qui a assuré lui-même sa défense, déclare qu'il a bien été à un moment donné administrateur de la société **SOC1.)** S.A.. Il aurait été d'accord à assumer les fonctions d'administrateur à un moment où il était question de la reprise, par le prévenu, des parts sociales de **B.)**. Ce projet n'a pas été mené à bonne fin, en raison des dettes accumulées par la société **SOC1.)**. Le prévenu déclare qu'il s'est fait berné par le dénommé **B.)** et qu'il a fait les frais de la confiance qu'il avait mise dans **B.)**, n'ayant jamais récupéré l'acompte qu'il avait payé sur le prix de la cession projetée des parts sociales. Il trouve injuste que sa responsabilité pénale soit recherchée à raison des quelques mois où il a été administrateur de la société.

Au moment d'être révoqué en tant qu'administrateur de la société, le prévenu déclare avoir continué à travailler comme garçon au restaurant. Le prévenu a exhibé à la Cour d'appel divers décomptes de salaire, établis par la fiduciaire J. Dostert, pour étayer ses affirmations. Le prévenu explique qu'il est resté parce qu'il était sans travail et devait faire face à des obligations alimentaires. Il a d'ailleurs pris en location une chambre dans les locaux abritant le restaurant exploité par la société **SOC1.)**. Selon les quittances de loyer pour les mois de février à novembre 2004, signées par **F.)**, qui ont été exhibées par le prévenu à la Cour d'appel, il payait un loyer mensuel de 600 euros.

Le prévenu reconnaît avoir payé divers fournisseurs, du moment que des clients du restaurant payaient leur note en espèces et qu'il y avait ainsi des rentrées d'argent liquide. Il reconnaît également avoir signé divers contrats de travail, s'agissant des salariés travaillant au restaurant. Il explique ses agissements par le fait qu'il voulait à tout prix sauver le restaurant. Il n'aurait cependant agi que pour pallier à l'inaction des administrateurs de la société qui se seraient désintéressés du restaurant. Il aurait ainsi apposé sa signature sur divers contrats de travail, parce que ni l'administrateur **F.)** ni l'administrateur **B.)** n'étaient disponibles. Le prévenu admet qu'il aurait mieux fait de ne pas s'occuper du restaurant, mais affirme avoir péché plus par ignorance que par mauvaise foi. Les déclarations du prévenu sont interprétées par la Cour d'appel comme contestation de la qualité de dirigeant de fait de la société **SOC1.)** que les premiers juges ont retenue contre lui.

Le prévenu conteste encore la prévention de défaut de tenue d'une comptabilité. Il explique qu'il y avait une secrétaire chargée de la comptabilité et que par ailleurs le dénommé MODUGNO aurait été chargé de la comptabilité par l'administrateur F.) .

Pour ce qui est de la prévention de ne pas s'être rendu en personne aux convocations du curateur de la faillite, le prévenu explique sa non-comparution par les conseils de son avocat de l'époque, qui lui aurait dit qu'il n'avait pas à s'y rendre, alors qu'il n'était pas administrateur de la société.

Le représentant du ministère public signale qu'une contradiction existe entre les motifs et le dispositif du jugement entrepris pour ce qui est des peines à infliger au prévenu. Tandis que dans la motivation de leur décision, les premiers juges énoncent que « il y a lieu de condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement ainsi qu'à une amende adéquate », le dispositif ne prononce qu'une peine d'emprisonnement.

Il n'y a pas lieu de prononcer de ce chef l'annulation du jugement entrepris. Les premiers juges ont correctement exposé qu'en cas de concours réel, comme en l'espèce, entre une infraction de banqueroute simple et une infraction à l'article 163,3° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, la peine la plus forte est seule à prononcer, et que cette peine est celle comminée pour l'infraction de banqueroute simple. L'article 489 du Code pénal dispose que « les banqueroutiers simples (seront condamnés) à un emprisonnement d'un mois à deux ans ». En prononçant dès lors uniquement une peine d'emprisonnement à l'encontre du prévenu, les premiers juges ont fait une exacte application de la loi, et leur décision n'encourt pas l'annulation à raison d'une motivation erronée qui est restée sans incidence sur le dispositif.

Quant au fond, le représentant du ministère public conclut à la confirmation de la décision entreprise. Il relève que le prévenu aurait été administrateur de la société jusqu'au 8 juin 2004 (et non seulement jusqu'en mars 2004, ainsi que les premiers juges l'auraient erronément retenu). Il estime encore que le prévenu aurait eu la qualité de dirigeant de fait de la société. C'est le prévenu qui assurait la gestion du personnel, qui s'occupait de la licence de cabaretage, et qui s'occupait du passif de la société. Le prévenu aurait ainsi signé nombre de remises de dette. Quant à la peine, le représentant du ministère public considère qu'une amende non inférieure à 3.000 euros sanctionnerait de manière adéquate les faits à retenir à charge du prévenu.

Il résulte du dossier répressif, et notamment des procès-verbaux d'assemblées générales de la société **SOC1.)** , que le prévenu était administrateur de la société **SOC1.)** S.A. du 8 octobre 2003 jusqu'au 8 juin 2004.

Les premiers juges ont encore retenu que le prévenu était « à partir du mois de novembre 2003 jusqu'à la faillite de la société » dirigeant de fait de la société **SOC1.)** . Dans la mesure où il est constant en cause que le prévenu était dirigeant de droit de la société, durant la période ci-dessus indiquée, il n'est pas à qualifier en outre, pour cette même période, de dirigeant de fait de la société.

Le prévenu fut de nouveau nommé administrateur de la société suivant procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 18 février 2005 de la société. Lors de cette même assemblée générale extraordinaire, le prévenu fut également nommé administrateur-délégué. Il résulte du dossier répressif que le

prévenu a contesté ces nominations qui auraient eu lieu à son insu et qu'il n'aurait jamais acceptées. C'est à bon droit que les premiers juges ont considéré qu'il n'y avait pas lieu de prendre en considération ces nominations au regard de la responsabilité pénale éventuellement encourue par le prévenu.

Il s'agit dès lors d'examiner si, postérieurement au 8 juin 2004 et jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite, le prévenu était à qualifier de dirigeant de fait de la société **SOC1.)** .

Est à considérer comme dirigeant de fait toute personne qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale d'une société, sous le couvert ou aux lieux et place de ses représentants légaux. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Il est certes vrai que le prévenu a pris des décisions qui ne lui incombait pas. Il est vrai aussi que la société **SOC1.)** avait, selon statuts du 16 juillet 2001, pour objet l'exploitation d'un restaurant et d'un bar, avec débit de boissons alcooliques et non alcooliques. Dès lors il pourrait être considéré qu'en prenant des décisions relatives au restaurant (engagement de salariés, paiement des salaires, paiement de fournisseurs, etc.), le prévenu a exercé une activité positive en relation avec l'objet social de la société et partant une activité positive de gestion de la société.

Il ne résulte cependant pas à suffisance de droit du dossier répressif que l'activité du prévenu corresponde aux critères ci-dessus énoncés pour pouvoir être qualifié de dirigeant de fait. Tout d'abord la Cour d'appel renvoie aux déclarations de **G.)** entendu par les agents de l'Administration des douanes et accises (procès-verbal d'audition du 17 mars 2004), qui a déclaré que pour lui « le responsable du restaurant est Monsieur **X.)** et les responsables de la société « **SOC1.)** » sont Messieurs **C.)** et **F.)** ». Même si ces déclarations ont été faites à un moment où le prévenu était dirigeant de droit de la société, le dossier répressif ne contredit pas les affirmations du prévenu comme quoi son activité se serait limitée aussi après le 8 juin 2004 à la gestion courante du restaurant. La Cour d'appel retient encore que cette gestion du restaurant ne s'est pas faite de manière indépendante. Si c'est bien le prévenu qui a engagé le dénommé **E.)** (procès-verbal d'audition par les agents de l'administration des douanes et accises en date du 16 février 2005, où **E.)** a déclaré que c'est bien le prévenu qui l'a engagé à nouveau comme cuisinier à partir du 1^{er} août 2004), c'est l'assemblée générale extraordinaire du 2 décembre 2004 qui a nommé Monsieur **E.)** comme administrateur-délégué de la société pour l'exploitation du débit de boissons alcooliques et non-alcooliques avec établissement de restauration. En d'autres termes, le prévenu, pour assurer la survie matérielle du restaurant a procédé à l'engagement du sieur **E.)** en tant que cuisinier, mais la décision de le nommer administrateur-délégué, en vue de se mettre en règle avec la loi de 1988 dite loi d'établissement, a été prise par l'organe compétent de la société. Il ne résulte pas du dossier répressif que le prévenu ait participé à cette décision.

Les déclarations faites par le prévenu lors de son audition par les agents de l'Administration des douanes et accises en date du 17 mars 2004, comme quoi c'étaient **F.)** et lui qui prenaient toutes les décisions concernant la société et le restaurant, ne démentent pas l'analyse ci-dessus, alors que ces déclarations ont précisément été faites à un moment où le prévenu était dirigeant de droit de la société.

Il y a encore lieu de noter que si vraiment le prévenu avait été le dirigeant de fait de la société **SOC1.)** , il est curieux que sa « nomination » aux fonctions d'administrateur-délégué, le 18 février 2005, se soit faite avec une limitation de ses pouvoirs d'engager la société. Il fut en effet décidé que le prévenu ne pourrait engager la société qu'avec « devoir de cosignature obligatoire à ce dernier avec un autre membre du conseil d'administration pour toutes les transactions engageant la société ». Cette limitation de pouvoirs est de nature à donner crédit aux affirmations du prévenu, comme quoi, pour accéder aux demandes insistantes de certains fournisseurs à être réglés, il ne pouvait utiliser que l'argent liquide rentrant dans les caisses du restaurant, n'ayant aucun pouvoir de disposition sur les comptes en banque de la société et partant sur les rentrées d'argent via cartes de crédit.

Au regard des considérations qui précèdent, il n'est pas établi à l'exclusion de tout doute raisonnable ni que le prévenu ait développé, en dehors de tout mandat social, une activité positive dans l'administration générale de la société **SOC1.)** , ni que le prévenu ait, dans le cadre de l'activité positive développée dans le cadre de la gestion courante du restaurant, agi de manière indépendante. Sa qualité de dirigeant de fait de la société **SOC1.)** S.A n'est donc pas établie à suffisance de droit.

Il en résulte que le prévenu ne saurait être retenu dans les liens ni de la prévention d'infraction à l'article 574, 4° du Code de commerce (défaut d'aveu de la cessation des paiements de la société **SOC1.)** dans le délai légal) ni de la prévention d'infraction à l'article 574, 5° du même Code.

Il n'y a pas non plus lieu de retenir à l'encontre du prévenu la prévention d'infraction à l'article 574,6° du Code de commerce (défaut de tenue d'une comptabilité) pour la période de temps où il était administrateur de la société. Il résulte en effet du rapport d'activité du curateur de la faillite de la société **SOC1.)** qu'il a pu obtenir les comptes 2001 et 2003. Il résulte encore d'un courrier du cabinet fiscal MODUGNO du 16 février 2004 que c'est bien ce bureau qui s'occupait de la comptabilité de la société (même si MODUGNO annonce son refus de faire encore d'autres prestations de service en matière de comptabilité en cas de non-paiement des mémoires de frais et honoraires échus). Il n'est donc pas établi à suffisance de droit qu'il y ait eu en l'espèce infraction à l'article 574,6° du Code de commerce, durant la période de temps où le prévenu était administrateur de la société.

Enfin, la prévention d'infraction à l'article 163,3° de la loi modifiée du 10 aout 1915 sur les sociétés commerciales, - prévention visant le défaut de publication des documents comptables de 2003 -, ne saurait être retenue à charge du prévenu, le délai pour effectuer la publication n'étant pas encore venu à expiration au moment où le prévenu a été révoqué de ses fonctions d'administrateur.

Il y a dès lors lieu de réformer le jugement entrepris, en ce qu'il a condamné le prévenu du chef des préventions retenues à sa charge.

L'acquiescement du prévenu de la prévention d'infraction à l'article 576 du Code de commerce étant à confirmer, le prévenu est à renvoyer des fins de la poursuite sans peine ni dépens.

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;

confirme la décision entreprise en ce qu'elle a acquitté le prévenu **X.)** de la prévention d'infraction à l'article 576 du Code de Commerce;

dit pour le surplus fondé l'appel du prévenu **X.)** ;

réformant:

acquitte le prévenu **X.)** des infractions retenues à sa charge par la décision dont appel;

renvoie le prévenu **X.)** des fins de la poursuite sans peine ni dépens;

laisse les frais de la poursuite pénale 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.

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, président de chambre, Mesdames Marianne PUTZ et Lotty PRUSSEN, conseillers, qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Cornelia SCHMIT.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Monsieur Nico EDON, président de chambre, en présence de Madame Eliane ZIMMER, premier avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.