

Arrêt N° 382/11 V.
du 12 juillet 2011
(Not. 14510/09/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du douze juillet deux mille onze 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 (...) (F), 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, 16^e chambre correctionnelle, le 24 novembre 2010, sous le numéro 3878/10, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu la citation à prévenu du 15 octobre 2010 régulièrement notifiée à **X.**)

Vu le rapport du curateur de la faillite du 18 décembre 2008 déposé au parquet en date du 22 décembre 2008.

Vu le procès-verbal numéro 9044 du 13 novembre 2009 de la Police Grand-Ducale, SRPS d'Esch/Alzette.

Vu l'instruction menée en cause.

Le Ministère Public reproche à **X.**), en sa qualité de gérant unique de la société **SOC1.)** s.à.r.l., de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, principalement ne pas avoir tenu pour la société **SOC1.)** s.à.r.l. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de commerce (actuellement article 11 du Code de commerce) et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de Commerce (actuellement article 15 du Code de commerce), et subsidiairement avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, de les avoir tenu de manières à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive.

Il lui est encore reproché de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, en l'absence d'inventaire en bonne et due forme, ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social.

Le Ministère Public reproche en outre à **X.**), en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, ne pas avoir publié dans le délai légal le bilan de l'année 2006.

Finalement le Ministère Public reproche à **X.**), depuis un temps non prescrit, au greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 574 4° du Code de commerce, ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

De l'accord du prévenu il y a tout d'abord lieu de rectifier la citation à prévenu en ce sens que la société à responsabilité limitée **SOC1.)** a été constituée le 20 septembre 2005 et non pas tel qu'indiqué le 25 septembre 2006 et que la faillite a été prononcée le 20 juillet 2007 et non pas le 27.

Il résulte en effet des éléments du dossier que la société à responsabilité limitée **SOC1.)** a été constituée le 20 septembre 2005. **X.)** a été nommé gérant de la société et il a souscrit l'intégralité des cent parts sociales composant le capital social.

Par jugement du 20 juillet 2007 la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à.r.l. a été déclarée en état de faillite sur assignation.

L'infraction de banqueroute simple suppose que l'auteur des faits incriminés est commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il est en état de cessation de paiements, c'est-à-dire 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 français, t.6, n°2667).

Le juge répressif, pour la déclaration de la banqueroute, et le juge commercial, pour la déclaration de faillite, doivent apprécier les mêmes faits, selon les mêmes critères, à savoir : la qualité de commerçant, l'état de cessation des paiements et l'ébranlement du crédit. Ils le font indépendamment l'un de l'autre et sans être liés par la décision de l'autre.

a) la qualité de commerçant

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 résulte des pièces versées au dossier qu'à la constitution de la société le 20 septembre 2005, **X.)** a été nommé gérant unique de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à.r.l.

Il est partant établi que **X.)** était commerçant au sens des dispositions précitées.

b) l'état de faillite

L'action publique du chef de banqueroute 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 à responsabilité limitée **SOC1.)** se trouve effectivement en état de faillite.

Le juge répressif trouve en effet son pouvoir de constater la faillite dans les poursuites dont il est saisi et sans qu'il soit tenu par un jugement du tribunal de commerce, ce qui enlèverait toute liberté pour rechercher et apprécier l'état légal de la faillite, c'est-à-dire l'élément constitutif de la banqueroute sur l'existence de laquelle il est appelé à statuer. Aussi ne peut-il pas, sur les déclarations du prévenu relatives aux conditions d'incrimination, se borner à invoquer le caractère définitif d'une décision déclarative même si le prévenu était réellement en faillite (Bruxelles 18 janvier 1956, J.T. 1956, p. 513 et suiv. et Cass. belge, 18 avril 1956, id.).

La date du jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par ce tribunal de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. 1975, I, p.796).

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 ainsi que du rapport d'activité du curateur de la faillite, il faut constater que la société à responsabilité limitée **SOC1.)** est effectivement en état de faillite.

Ainsi, en faisant assigner en faillite la société à responsabilité limitée **SOC1.)**, la société anonyme **SOC2.)** S.A. n'accordait plus aucun délai de paiement à la société, de sorte qu'il y a eu ébranlement du crédit commercial. Une ordonnance conditionnelle de paiement du 12 mars 2007 est restée sans réaction de la part de la société à responsabilité limitée **SOC1.)**.

Il résulte encore du rapport d'activité du curateur que la société à responsabilité limitée **SOC1.)** disposait d'un actif d'environ 800 euros, tandis que le passif de la société se chiffre à environ 200.000 euros.

c) la date de la cessation des paiements

L'époque de la cessation des paiements doit être déterminée. En effet, la date retenue par le jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par cette juridiction de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. I, p. 796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 601/87, doc. Crédoc), mais il n'est pas interdit au juge répressif d'adopter cette date, s'il l'estime exacte, sans toutefois se contenter de s'y référer (G. Schuind, op. cit., p. 438-N).

Dans le jugement de faillite du 20 juillet 2007, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 20 janvier 2007.

Avant d'assigner la société à responsabilité limitée **SOC1.)** en faillite, la société anonyme **SOC2.)** S.A. avait réclamé le paiement de factures impayées par le biais d'une ordonnance conditionnelle de paiement du 12 mars 2007. Aucune suite n'y avait été réservée.

D'importantes créances d'une pluralité de créanciers, tant publics que privés, restaient ainsi impayées, faute d'actif et de liquidités, depuis au moins octobre 2006.

Au vu des développements qui précèdent, il est établi en cause que le crédit de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** est ébranlé depuis octobre 2006.

I.1) a) Quant à la non tenue des livres de commerce prescrits par le Code de commerce

Il résulte du rapport du curateur qu'il n'a reçu qu'une comptabilité incomplète de la société à responsabilité limitée **SOC1.)**, composée d'extraits de compte peu nombreux.

Le témoin **T1.)**, comptable de la société, a déclaré à l'audience du 3 novembre 2010, que bien qu'en 2005 la comptabilité ait été complète, le prévenu ne lui aurait par la suite plus remis les pièces nécessaires à l'établissement d'une comptabilité en bonne et due forme.

Le prévenu conteste cette infraction quant à son libellé principal tout en reconnaissant de n'avoir pas fait preuve de suffisamment de rigueur dans la tenue de la comptabilité et que quelques extraits de compte manquaient.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 al. 6 du Code de commerce, la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans la tenue de ses livres suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple (R.P.D.B. op. cit. n° 2620 et Cour d'appel 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), de sorte que l'infraction est caractérisée.

Il y a partant lieu de retenir que le prévenu n'a, depuis 2006, plus tenu pour la société à responsabilité limitée **SOC1.)**, les livres de commerce et l'inventaire exigés par le Code de commerce.

Au vu des développements qui précèdent ces faits qui constituent un cas de banqueroute simple facultatif prévu par l'article 574 al.6 du Code de commerce est à retenir à charge du prévenu.

X.) est partant convaincu :

comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société SOC1.) S.à.r.l., établie et ayant eu son siège à L-(...), (...) en faillite, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n° B (...), déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n°930/2007 (faillite n°368/07) du 20 juillet 2007 du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,

l) depuis 2006, au siège de la société à L-(...), (...), puis à L-(...), (...),

1) s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

a) principalement, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société SOC1.) S.à.r.l. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de Commerce (actuellement article 11 du Code de Commerce suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés), de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de commerce (actuellement article 15 du Code de commerce, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés),

I.1) b) Quant à l'infraction de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social

Le Ministère Public reproche au prévenu de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** S.à.r.l..

L'article 573 du Code de Commerce prévoit que sera déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui ne justifie pas de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement.

Il résulte du rapport du curateur qu'aucun document comptable des années 2006 et 2007 ne lui a été remis. Le témoin T1.) entendu à l'audience a confirmé qu'il ne pouvait établir une comptabilité à partir de 2006, faute de disposer des documents comptables.

Il faut en conclure qu'en l'absence d'inventaire en bonne et due forme, X.) n'a pas justifié de l'emploi du capital social, de sorte qu'il est également à retenir dans les liens de cette infraction.

X.) est partant convaincu :

comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société SOC1.) S.à.r.l., établie et ayant eu son siège à L-(...), (...) en faillite, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n° B (...), déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n°930/2007 (faillite n°368/07) du 20 juillet 2007 du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,

l) depuis 2006, au siège de la société à L-(...), (...), puis au L-(...), (...),

1) de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

b) en infraction à l'article 573 4° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social.

I.2) Quant à l'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915

Le Ministère Public reproche à X.) de ne pas avoir publié dans le délai légal le bilan de l'année 2006.

Aux termes de l'article 163 point 2 (ancien point 3) de la loi modifiée du 10 août 1915 : « Sont punis ... les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas soumis à l'Assemblée générale dans les six 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 ... loi [du 10 août 1915] 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 ».

L'article 75 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 exige que le dépôt des bilans se fasse dans le mois de leur approbation.

Le bilan de 2006 aurait dès lors dû être soumis à approbation au plus tard le 30 juin 2007, et publié au plus tard le 31 juillet 2007.

Or, à cette date, la société avait été déclarée en faillite (prononcée le 20 juillet 2007) et le prévenu était juridiquement dessaisi de son administration.

Aucun reproche ne saurait dès lors être fait au prévenu de ne pas avoir déposé et publié le bilan de 2006.

Il y a dès lors lieu d'acquitter le prévenu de l'infraction qui lui est reprochée par le Ministère Public alors que celle-ci n'est pas établie en droit.

X.) est acquitté:

*« I) comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société **SOC1.) S.à.r.l., établie et ayant eu son siège à L-(...), (...) en faillite, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n° B (...), déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n°930/2007 (faillite n°368/07) du 20 juillet 2007 du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,***

I) depuis la constitution de la société le 20 septembre 2005, au siège de la société à L-(...), (...), puis au L-(...), (...), sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes ,

2) en infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir publié le bilan de l'année 2006 dans le délai légal. »

II) Quant à l'omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai légal

Il incombe à tout commerçant, respectivement à tout gérant de société, de faire dans le mois de la survenance de la cessation des paiements l'aveu de la cessation des paiements.

L'omission de l'aveu de cessation des paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibérée ou le résultat d'une simple négligence (en ce sens Cour 12 juillet 1994, n° 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, peu importe si l'absence d'aveu a ou non accru le dommage.

En l'espèce, il est établi que **X.)** a volontairement négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu pour échapper aux dettes contractées antérieurement, augmentant ainsi quotidiennement les créances et notamment celles des créanciers publics.

Il y a partant lieu de retenir que **X.)** a violé l'article 440 du Code de commerce auquel renvoie l'article 574 4° du Code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal.

X.) est partant convaincu :

comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant unique de la société SOC1.) S.à.r.l., établie et ayant eu son siège à L-(...), (...) en faillite, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n° B (...), déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n°930/2007 (faillite n°368/07) du 20 juillet 2007 du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,

II) depuis novembre 2006, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 574 4° du Code de commerce de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

Les infractions retenues sub I.1.a) et II). constituent des cas de banqueroutes simples facultatives 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).

Au vu de la gravité des fautes commises par **X.)**, qui par sa négligence a augmenté le passif de la société, le Tribunal estime que ces faits de banqueroute simple facultative encourent la sanction prévue par la loi.

Les infractions retenues à l'encontre du prévenu sub I.1.a) et sub I.1.b) se trouvent en concours idéal entre elles et en concours réel avec l'infraction retenue II), de sorte qu'il y a lieu à application des articles 60 et 65 du Code pénal.

En tenant compte de la gravité des infractions retenues, le tribunal condamne **X.)** à une peine d'emprisonnement de **neuf mois**.

Au vu de l'absence d'antécédents judiciaires et des explications fournies à l'audience **X.)** ne semble pas indigne de l'indulgence du tribunal; il échet en conséquence de lui accorder la faveur du **sursis intégral** quant à la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

Il y a lieu d'ordonner conformément aux dispositions de l'article 583 du Code de commerce que le présent 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 condamné.

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, **seizième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement, X.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense et le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

a c q u i t t e X.) de l'infraction non établie 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 **neuf (9) mois** ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 84,55 euros;

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

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

o r d o n n e que le présent jugement sera affiché en la salle d'audience du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, où il restera exposé pendant trois mois et sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement et ce aux frais de **X.)**.

Par application des articles 14, 60, 65, 66 et 489 du Code pénal; 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 626, 627, 628 et 628-1 du Code d'instruction criminelle; 440, 573 4°, 574 4°, 574 6° et 583 du Code de commerce, qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Marie-Laure MEYER, vice-présidente, Henri BECKER et Joëlle GEHLEN, premiers juges et prononcé par la vice-présidente en audience publique au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en présence de Marc HARPEES, premier substitut du procureur d'Etat et de Carole THIRRIARD, greffière assumée, 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 14 décembre 2010 par le mandataire du prévenu et le 15 décembre 2010 par le représentant du Ministère Public.

En vertu de ces appels et par citation du 22 avril 2011, le prévenu fut requis de comparaître à l'audience publique du 24 juin 2011 devant la Cour d'appel de Luxembourg, 5^e chambre correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience Maître Martine LAUER, avocat à la Cour, autorisée à représenter le prévenu, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel de ce dernier.

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

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 12 juillet 2011, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à la date du 14 décembre 2010, **X.)** a fait relever appel d'un jugement contradictoirement rendu le 24 novembre 2010 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 formé appel contre le prédit jugement par notification au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à la date du 15 décembre 2010.

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

Le prévenu **X.)** n'a pas comparu en personne, mais son avocat a demandé à pouvoir présenter ses moyens de défense, conformément à l'article 185, (1) du Code d'instruction criminelle.

La défense conteste les préventions retenues à charge de **X.)** par le jugement entrepris.

S'agissant de la prévention d'infraction à l'article 574, 6° du Code de commerce, la défense fait valoir que le prévenu avait chargé un professionnel de la tenue de la comptabilité de la société **SOC1.)** Sàrl, et que cette comptabilité aurait effectivement été tenue. Ainsi le bilan de l'année 2005 aurait été déposé. Si le bilan de 2006 n'a effectivement pas été déposé, ceci ne serait pas dû au fait qu'il n'y aurait pas eu tenue d'une comptabilité régulière, mais au fait que la société a été déclarée en état de faillite. La défense de renvoyer encore au rapport du curateur de la faillite de la société **SOC1.)**, duquel il résulterait que le curateur a obtenu la comptabilité de la société, seuls quelques extraits de banque faisant défaut.

La prévention d'infraction à l'article 573, 4° du Code de commerce (non justification de l'emploi du capital social) ne serait pas non plus donnée. La défense de soutenir que le prévenu aurait fait apport, au titre du capital social, d'une camionnette, qui aurait toujours existé au moment de la déclaration de la société en état de faillite.

Il n'y aurait pas non plus omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai légal. Selon la défense, le titre exécutoire sur base duquel la faillite a été prononcée, daterait d'avril 2007. Il n'y aurait pas eu d'autres dettes substantielles avant ce titre. Le prévenu aurait dès lors valablement pu croire qu'il lui serait possible de redresser la situation de la société.

La défense conclut en ordre subsidiaire à ne pas sanctionner le prévenu pour des faits de banqueroute simple facultative. Les manquements reprochés au prévenu ne seraient pas d'une gravité telle qu'il faudrait passer en condamnation. Plus subsidiairement encore, la défense sollicite une suspension du prononcé, sinon une réduction de la peine prononcée.

Le représentant du ministère public requiert tout d'abord la confirmation de la décision d'acquiescement intervenue du chef de la prévention d'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 libellée à charge du prévenu.

S'agissant des préventions de banqueroute simple libellées à charge du prévenu, ès qualité de gérant unique de la société **SOC1.**), le représentant du ministère public considère que les premiers juges ont à bon droit retenu l'état de faillite de la société **SOC1.**) et ont fixé la date de cessation des paiements à octobre 2006. Il considère que les préventions d'infractions à l'article 574, 6° et à l'article 574, 4° du Code de commerce sont établies. Par contre, l'infraction à l'article 573, 4° du même Code ne serait pas établie, en l'absence d'inventaire.

Le représentant du ministère public considère qu'en présence des négligences caractérisées du prévenu, qui, loin de se soucier du devenir de la société **SOC1.**), aurait dès février 2007 mis sur pied une nouvelle société, ayant au début presque la même dénomination sociale et poursuivant le même objet social, il y aurait lieu à condamnation. Il se rapporte à la sagesse de la Cour d'appel pour ce qui est des peines à prononcer.

La Cour d'appel confirme, par adoption de motifs, la décision entreprise en ce qu'elle a acquitté le prévenu de la prévention d'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

S'agissant des préventions de banqueroute simple libellées à charge du prévenu, la Cour d'appel rejoint les premiers juges en ce qu'ils ont retenu que le prévenu, en tant que dirigeant social de droit de la société **SOC1.**), était susceptible d'être sanctionné en tant que banqueroutier. Le prévenu n'est cependant pas à considérer comme commerçant, ne fût-ce qu'au sens ou pour les besoins des dispositions sur la banqueroute, ainsi que les premiers juges l'ont énoncés.

C'est encore à bon droit que les premiers juges ont retenu l'état de faillite de la société **SOC1.**) et ont fixé la date de cessation des paiements à octobre 2006. Il résulte en effet du dossier répressif que ce n'est pas au printemps de 2007 que les affaires de la société ont commencé à péricliter. Les créances de la société **SOC2.**), sur assignation de laquelle la société **SOC1.**) a été déclarée en état de faillite, résultent en effet de factures s'échelonnant du 7 août au 7 décembre 2006. Les créanciers publics (Centre commun de la sécurité sociale, Recette centrale de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines, Contributions directes) font pareillement valoir des créances remontant en partie à l'exercice 2006. Finalement le prévenu a reconnu lui-même (audition du 19 novembre 2009, annexée au procès-verbal 9044 du 13 novembre 2009 de la Police, unité SRPS Esch-Alzette) que les ouvriers de la société n'étaient plus payés depuis que la société tournait mal, ce qui expliquerait également la disparition de nombre d'éléments d'actifs que, selon le prévenu, les salariés se seraient appropriés en lieu et place de leurs salaires restés impayés. De tous ces éléments il résulte que la société ne connaissait pas seulement des difficultés de trésorerie momentanée, mais se trouvait dans l'impossibilité de faire face à ses engagements. Son crédit était par ailleurs ébranlé, la société devant, d'après le dossier répressif et le rapport du curateur, payer comptant des fournisseurs pour recevoir encore du matériel. Les conditions de la faillite étaient données dès octobre 2006, ainsi que les premiers juges l'ont à bon droit retenu. Il y a uniquement lieu de préciser la date de la cessation des paiements, qui est en l'occurrence à fixer au 1^{er} octobre 2006.

Il y a encore lieu à confirmer les premiers juges en ce qu'ils ont retenu le prévenu dans les liens des préventions d'infractions aux articles 574, 6° et 574, 4° du Code de commerce, sanctionnées au titre de l'article 489 du Code pénal.

S'il est exact que le prévenu avait chargé de la comptabilité de la société **SOC1.)** le bureau de comptabilité **T1.)**, il résulte des déclarations de celui-ci qu'il lui était impossible de mener à bien les travaux de comptabilité pour les années 2006 et 2007, le prévenu ayant omis de lui remettre les pièces nécessaires. Le curateur, dans son rapport d'activité, a également fait état, non pas de ce qu'il manquerait quelques extraits de banque, mais que la comptabilité qui lui a été transmise était incomplète. Le prévenu a, dès lors, à bon droit été retenu, à partir de 2006, dans les liens de la prévention libellée à son encontre.

Au regard des développements qui précèdent concernant l'état de faillite de la société **SOC1.)**, il est encore établi que le prévenu ne pouvait nourrir l'espoir de redresser la situation financière de la société. Le fait qu'il ait dès février 2007 constitué une nouvelle société, ayant le même objet social que la société en faillite, établit également que le prévenu a, avant tout, cherché à organiser, dans son intérêt personnel, l'après-faillite de la société **SOC1.)** dont il connaissait, en tant que gérant unique, la situation désastreuse. L'omission de faire l'aveu de la société **SOC1.)** dans le délai légal témoigne du désintérêt que le prévenu portait à cette société qu'il savait perdue.

La décision des premiers juges est cependant à réformer pour ce qui est de la prévention d'infraction à l'article 573, 4° retenue à l'encontre du prévenu. Le comportement visé par la prévention précitée exige en effet qu'il y ait effectivement un inventaire (Schuind, Traité pratique de droit criminel, 3^e édition, t.I, n° 28, page 439D ; Répertoire pratique du droit belge, verbo Faillite et Banqueroute, n° 2581 ; Pandectes belges, verbo Banqueroute, n° 268). Or en l'espèce il ne résulte pas du dossier répressif qu'un inventaire, tel qu'exigé par l'article 15 du code de commerce, ait été dressé. Il en résulte qu'une des conditions pour que l'infraction soit établie fait en l'espèce défaut.

La Cour d'appel considère que les infractions retenues à charge du prévenu, gérant unique de la société, résultent d'une négligence caractérisée, ayant abouti à un passif déclaré de quelques 200.000 euros, et justifient l'application d'une sanction pénale. Au regard de la décision à intervenir en appel, il y a lieu de préciser que les deux préventions restant retenues à charge du prévenu se trouvent entre elles en concours réel. Compte tenu de l'acquiescement à intervenir du chef de la prévention d'infraction à l'article 573,4° du Code de commerce, la Cour d'appel considère qu'il y a lieu de faire abstraction d'une peine d'emprisonnement, fût-elle assortie d'un sursis à l'exécution. En application de l'article 20, alinéa 2 du Code pénal, il y a lieu de condamner le prévenu à une amende de deux mille euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, l'avocat de **X.)** ayant présenté les moyens de défense de ce dernier et le représentant du ministère public entendu en son réquisitoire,

déclare les appels recevables;

les **dit** partiellement fondés;

précise la date de la cessation des paiements de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** comme étant la date du 1^{er} octobre 2006;

réformant:

acquitte le prévenu **X.)** de la prévention d'infraction à l'article 573,4° du Code de commerce retenue à son encontre;

le **condamne** du chef des préventions d'infractions aux articles 574, 6° et 574, 4° du Code de commerce restant retenues à son encontre, et qui se trouvent entre elles en concours réel, à une amende de deux mille (2.000) euros;

fixe la durée de la contrainte par corps en cas de non paiement de l'amende à quarante (40) jours;

confirme pour le surplus la décision entreprise;

condamne le prévenu **X.)** aux frais de sa poursuite en instance d'appel, liquidés à 8,37 €.

Par application des textes de loi cités par les premiers juges, en retranchant les articles 65 du Code pénal, 573 du Code de commerce et 626, 627, 628 et 628-1 du Code d'instruction criminelle, et par application des articles 20 du Code pénal et 199, 202, 203, 209 et 211 du Code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Monsieur Nico EDON, président de chambre, et 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 Malou THEIS, avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.