

La responsabilité des dirigeants de société : les avancées jurisprudentielles (2^e partie)

Romain SABATIER

Partner, NautaDutilh Avocats Luxembourg

Marierose SCHWARZ

Associate, NautaDutilh Avocats Luxembourg

TABLE DES MATIÈRES

1.	Responsabilité civile	3
1.1.	Action en comblement du passif	3
1.2.	Extension des effets de la faillite	7
2.	Responsabilité pénale	11
2.1.	Banqueroute simple et banqueroute frauduleuse	12
2.2.	Abus de biens sociaux	21
3.	Conclusion	26

Nous abordons ici la deuxième partie de notre contribution relative à la responsabilité des dirigeants de société¹. Nous aurons pour vocation de vous proposer un aperçu global de la jurisprudence rendue ces dernières années par les tribunaux luxembourgeois quant à la responsabilité civile et pénale des dirigeants de société en matière de faillites.

À nouveau, nous ne ferons ici aucune distinction entre les administrateurs de sociétés anonymes et les gérants de sociétés à responsabilité limitée puisqu'une telle différence n'a pas lieu d'être pour les besoins de cet article.

Dans cette deuxième partie, nous aborderons exclusivement les différentes responsabilités des dirigeants en cas de faillite de la société dont ils ont la gestion. Notons d'emblée que, dans ce cas, la société en question devra nécessairement se trouver en faillite ce qui implique bien évidemment que les conditions de la faillite devront être remplies à son égard.

Lorsque le dirigeant d'une société commerciale n'est plus en mesure d'obtenir crédit de ses créanciers, qu'il s'agisse des banques, des fournisseurs ou encore des institutions publiques, et que la société est en état de cessation des paiements, cette dernière remplit alors les conditions de la faillite. Le dirigeant devra procéder à l'aveu de faillite auprès du tribunal compétent endéans le mois de ce constat. Si l'état de cessation des paiements n'est pas avoué, les créanciers d'une dette certaine, liquide et exigible pourront assigner le dirigeant en faillite. Le tribunal sera quant à lui obligé de déclarer la société en faillite s'il juge que les conditions légales énoncées ci-dessus sont remplies.

Nous tenons à ouvrir ici une parenthèse quant à la notion de cessation des paiements car cette dernière est trop souvent confondue avec celle d'insolvabilité. L'état de cessation des paiements est avéré lorsque le débiteur ne peut plus faire face à son passif immédiatement exigible avec son actif immédiatement disponible. À l'inverse, lorsque les dettes de la société sont supérieures à la valeur de son actif, le commerçant ou la société est insolvable. Contrairement à la croyance commune, les deux notions sont étrangères et leur différence repose principalement sur une conception temporelle. En effet, un débiteur peut être solvable et en cessation des paiements. L'inverse est également possible.

La faillite d'une société résulte souvent d'un ensemble de composantes et, notamment, un contexte économique faible, l'évolution de la législation ou de la réglementation y afférente, la désuétude du bien ou du service commercialisé voire le défaut d'anticipation du marché. Dans certaines hypothèses légalement prévues et, plus précisément, lorsqu'ils ont abusé du pouvoir qui leur a été conféré en s'octroyant des avantages personnels ou en ne respectant pas les obligations légales qui leur incombent, la responsabilité des dirigeants sera mise en jeu. Nous aborderons tout d'abord le volet civil de cette responsabilité en cas de faillite, puis le volet pénal.

1. Responsabilité civile

La responsabilité civile du dirigeant social peut être engagée de deux manières, par voie d'extension des effets de la faillite au dirigeant en question (1.2.) ou par une action en comblement du passif (1.1.).

1.1. Action en comblement du passif

1.1.1. Définition

L'article 495-1 du Code de commerce², sanctionne le dirigeant social « *de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non* », fautif d'avoir contribué à

1. Voir ACE, n° 6, juin 2015, pour la première partie de notre contribution.
2. Art. 495-1 du Code de commerce luxembourgeois (loi de 1992) : (alinéa 1^{er}) Lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur, que les dettes doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait apparents ou occultes, rémunérés

ou non, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite.
(alinéa 2) L'action se prescrit par trois ans à partir de la vérification définitive des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir, sans toutefois que le délai pour exercer l'action puisse être inférieur à un an.

la faillite de la société, à participer au paiement du passif de la société faillie. En effet, le patrimoine de la société étant différent de celui du dirigeant, en cas de faillite de la société, les dirigeants n'ont, en principe, pas à éteindre les dettes de la société avec leur patrimoine propre. Toutefois, depuis la loi du 21 juillet 1992, en cas de faute grave et caractérisée commise par le dirigeant social, ce dernier devra s'acquitter également de tout ou partie du passif de la société, résultant directement ou non de ladite faute.

1.1.2. Introduction de l'action par le curateur

Cette responsabilité peut uniquement être mise en jeu par le curateur. En effet, rappelons qu'après le jugement déclaratif de faillite, les dirigeants de la société sont dessaisis de leurs pouvoirs. Il en va de même pour les créanciers qui ne pourront plus exercer leurs droits individuels à l'égard de la société afin de se faire désintéresser. Seul le curateur sera alors habilité à exercer une action en comblement de passif à l'encontre des dirigeants fautifs au nom de la société, mais également au nom de la masse des créanciers.

1.1.3. Nécessité d'une faute grave et caractérisée

Pour retenir sa responsabilité, le dirigeant devra avoir commis une faute grave et caractérisée dans la gestion de la société dont il était en charge. L'appréciation de cette faute s'effectue par rapport au comportement d'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent. Il s'agit là d'une application du concept du bon père de famille (*bonus pater familias*) au monde des affaires. Dans un arrêt de la Cour d'appel du 29 octobre 2008, arrêt commercial, numéro de rôle 33037, il est fait référence au concept de *bonus pater familias* en soulignant que la responsabilité du dirigeant ayant commis une faute entraînant la faillite de la société sera mise en jeu si un dirigeant « *raisonnablement prudent et diligent* », placé dans les mêmes circonstances, n'aurait pas commis la même erreur. En l'espèce, il s'agissait de l'exploitation d'un restaurant que les dirigeants avaient maintenue plus d'une année (début 2004 jusqu'à l'aveu de faillite le 8 mars 2005) tout en ayant une trésorerie déjà désastreuse en début de l'année 2004 et en ne disposant plus du moindre actif nécessaire pour désintéresser les fournisseurs du restaurant et le Centre commun de la Sécurité sociale (CCSS).

À cet égard, nous souhaitons préciser que le projet de loi 6539/05 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite, fera disparaître l'exigence de prouver une faute grave et caractérisée des dirigeants. Celle-ci sera remplacée

par l'exigence de prouver une simple faute de gestion des dirigeants ayant contribué à l'insuffisance d'actif. L'article 495-1 du Code de commerce devrait être modifié en ce sens.

A. Définition de la faute grave et caractérisée

À l'heure actuelle, la gravité de la faute est caractérisée par l'irrémédiable faillite qui s'en suit de la société. Cette gravité, érigée en condition de l'action, est une dérogation au droit commun de la responsabilité qui ne requiert qu'une faute légère pour engager la responsabilité de l'auteur du dommage. Cette dérogation s'expliquait par la nécessaire adaptation du droit commun au monde des affaires. De plus, la loi requiert également de cette faute qu'elle soit caractérisée, c'est-à-dire qu'elle doit être incontestable et évidente. On retrouve ainsi la nécessaire marge d'appréciation laissée aux dirigeants pour estimer la situation économique de la société. En effet, les juges prendront uniquement en compte les éléments dont les dirigeants disposaient au moment de leur décision. Dans l'arrêt précité de la Cour d'appel du 29 octobre 2008, il est ainsi rappelé que le juge « *ne peut ignorer les difficiles appréciations de fait que devait faire le dirigeant au moment où il a accompli l'acte incriminé* »³.

Dans un jugement du Tribunal d'arrondissement du 19 décembre 2008, numéro de rôle 117633, les juges du fond ajoutent que la faute caractérisée est celle qu'« *un dirigeant raisonnablement diligent et prudent ne commettrait pas, compte tenu de la marge d'appréciation et des éléments dont il disposait au moment de l'accomplissement de l'acte* ». En l'espèce, les dirigeants n'avaient pas tenu de comptabilité depuis la constitution, rendant impossible toute vue d'ensemble sur la situation sociale et rendant ainsi les dirigeants incapables de prendre les mesures adéquates pour éviter le dépérissement de la société. Ils n'avaient pas davantage rentré les déclarations de revenus auprès des administrations fiscales, ni payé la TVA et les impôts auxquels la société était tenue.

Certains auteurs vont jusqu'à assimiler la faute grave et caractérisée comme étant « *voisine du dol sans toutefois s'y identifier* »⁴. En effet, contrairement au dol qui requiert que l'auteur ait conscience du caractère illicite de son comportement et du dommage susceptible d'en résulter, le dirigeant fautif aura « *seulement* » fait preuve d'une insouciance impardonnable au regard du comportement d'un dirigeant raisonnable et prudent, puisqu'il savait ou aurait dû savoir que sa faute entraînerait la faillite de la société⁵.

3. « Aspects nouveaux du droit de la faillite suite à la loi du 21 juillet 1992 », *Bulletin Fr. LAURENT*, 1994, III, p. 165 ; cf. Y. VEROUGSTRAETE, *L'action en comblement de passif dans : Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire CDVA, p. 432.

4. Cf. Y. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 2003, nos 1062 et 1161.

5. *Revue critique des sociétés*, 1979, p. 2292, n° 6049, par J. RONSE, p. 300.

Ainsi, le dirigeant de droit ou de fait sera condamné à combler le passif de la société résultant de son inaction fautive. Néanmoins, il faut remarquer que seul le dirigeant de droit se verra reprocher certains manquements. Ainsi la jurisprudence est unanime pour dire que seul ce dernier est par exemple habilité à procéder à l'aveu de faillite, contrairement au dirigeant de fait.

Sera notamment considérée comme inaction fautive, le défaut d'une comptabilité régulière et la non-publication des bilans, le défaut d'aveu de cessation des paiements, ainsi que la poursuite d'une activité gravement déficitaire. Il est en effet aisé de comprendre que le défaut de comptabilité et le défaut de publication régulière des comptes entraînent l'impossibilité pour les dirigeants d'avoir une vue d'ensemble sur la situation financière de la société et de veiller ainsi à sa pérennité. Une décision de la Cour d'appel du 29 janvier 2014, numéro de rôle 38130, reprend une grande partie de ces éléments. En l'espèce, les juges avaient retenu que les conditions de l'article 495-1 du Code de commerce étaient remplies. Les fautes graves et caractérisées retenues consistaient en l'absence de comptabilité régulière, l'absence de publication des bilans pour six années fiscales, le fait de ne pas s'être acquitté de la T.V.A. et des impôts directs durant six exercices, ainsi que le défaut d'avoir procédé à l'aveu de faillite. Ces éléments de faits laissaient présumer que les dirigeants devaient savoir qu'ils allaient « *nécessairement conduire à la mise en faillite de la société* ». Encore faut-il que ces fautes caractérisées soient en relation causale avec le prononcé de la faillite. Or, le dirigeant, appelant auprès de la Cour d'appel, soutenait qu'il n'existait pas de lien de causalité direct entre l'absence de comptabilité régulière ou l'absence de publication des bilans et le prononcé de la faillite, ce qui fut admis par la Cour en l'espèce. Il devait cependant en aller autrement pour les autres éléments précités. Tout d'abord, l'absence d'aveu de cessation des paiements avait bien contribué à l'augmentation du passif de la société et donc à la faillite car si le dirigeant avait procédé à l'aveu à temps, certaines factures n'auraient pas été émises au-delà de la date de cessation des paiements.

Sur les questions fiscales, la Cour énonça que le non-paiement des charges sociales et fiscales ne représentait pas en soi une faute grave et caractérisée au sens de l'article 495-1 du Code de commerce, à condition que le non-paiement ait été commis involontairement et soit lié à l'évolution défavorable des affaires. En l'espèce, le dirigeant avait choisi de payer en priorité les dettes privées auprès des fournisseurs, de la banque de la société et d'autres créanciers privés, en délaissant ses obligations de se libérer de ses charges publiques auprès de l'administration de

l'enregistrement et des domaines (AED) et de l'administration des contributions directes (ACD). Ce mode de désintéressement délibérément choisi par le dirigeant est à considérer comme un détournement de sommes au profit de ce dernier, en sa qualité d'employeur et à qualifier de faute grave et caractérisée au sens de l'article 495-1 du Code de commerce.

Il faut également relever un autre élément fautif du dirigeant lié au non-paiement des charges fiscales et ayant directement contribué à l'augmentation du passif de la société. Il ressort en effet des faits de cette espèce que les taxations de l'AED étaient surfaites, n'étant pas adaptées au chiffre d'affaires de la société. L'absence de contestation du montant trop élevé par le dirigeant auprès de l'AED représente également une faute grave et caractérisée au sens de l'article 495-1 du Code de commerce, étant donné qu'elle avait contribué à l'augmentation du passif. En l'espèce, cette faute avait contribué à l'accroissement d'un cinquième de la dette fiscale. Le dirigeant fut alors condamné à s'acquitter de la dette fiscale et sociale à hauteur d'un montant librement fixé par la Cour.

B. Non-considération de l'intention frauduleuse

Il est important de noter que les raisons de la faute du dirigeant et, notamment, l'espoir qu'il a de voir la situation financière de la société s'améliorer, ne sont jamais pris en compte par les juges. Son intention « frauduleuse » ne l'est pas pour autant⁶. Cette affirmation a trouvé application dans le cadre d'un jugement du Tribunal d'arrondissement en date du 12 février 2003, numéro 141/2003, numéros de rôle 71584, 71677, 73039. En l'espèce, le dirigeant avait cautionné un crédit consenti par la Banque Générale du Luxembourg à sa société. Le dirigeant, devenu gérant et associé unique de la société, avait ensuite constitué une société nouvelle avec son épouse, société ayant quasiment le même objet social que la première. Il avait ensuite cédé l'ensemble des actifs de la première société, pour le prix de 1 200 000 francs luxembourgeois, à la nouvelle société. Après réception desdits 1 200 000 francs luxembourgeois sur le compte de la société, celui-ci présentait toujours un solde débiteur de 678 631 francs luxembourgeois. De surcroît, la société était toujours redevable de plusieurs dettes privées (auprès de fournisseurs et d'une société de comptabilité) et publiques (auprès de l'AED, l'ACD et le Centre commun de la Sécurité sociale) à hauteur d'un montant non négligeable. Indépendamment de l'incapacité de payer les dettes de la société, le dirigeant avait néanmoins effectué deux nouvelles commandes sans disposer du moindre actif pour ce faire. Il mit ensuite la société en liquidation au lieu de procéder à l'aveu de faillite, et ce afin de mettre la main sur les derniers actifs de la société pour désintéresser la banque au regard du crédit qui avait été accordé

6. Cf. *Les Nouvelles Concordats et Faillites*, n° 139.

à la société et qui avait été cautionné par ce même dirigeant.

Cette manière délibérée et réfléchie du dirigeant de privilégier le remboursement d'une dette qu'il avait personnellement cautionnée a été relevée par les juges, mais sa responsabilité fut uniquement retenue pour ne pas avoir procédé à l'aveu de faillite dans les temps.

Rappelons que le dirigeant dispose d'un délai légal d'un mois, après la cessation des paiements pour procéder à son aveu. Or, il ressort de la jurisprudence étudiée que le délai d'inaction du dirigeant fautif est relativement conséquent, puisqu'il se compte souvent en années. Prenons l'exemple des gérants d'une société de restauration, tel que décrit dans l'arrêt de la Cour d'appel du 29 octobre 2008, précité. Bien que dans l'impossibilité de désintéresser leurs créanciers à partir de début 2004 (1^{er} janvier 2004), ils ont poursuivi leur activité pendant plus d'un an avant finalement procéder à l'aveu de cessation des paiements (8 mars 2005). Ce comportement, qualifié d'impardonnable par les juges du fond, a irrémédiablement augmenté le préjudice des créanciers. Les dirigeants fautifs furent condamnés à combler le passif accru depuis le 1^{er} janvier 2004. Dans un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, rendu le 19 décembre 2008, numéro de rôle 117633, le dirigeant avait maintenu l'exploitation déficitaire de la société laissée en déshérence peu après sa constitution en 1996 pendant cinq années. Il n'avait notamment jamais tenu de livres de commerce, ne s'était pas chargé des déclarations de revenus auprès de l'établissement public concerné et ne s'était pas acquitté des charges fiscales et sociales auprès de l'ACD et l'AED depuis 1998. L'activité étant déficitaire depuis 1998, le dirigeant fut également condamné à combler le passif de la société depuis la date de son omission fautive.

C. Impact de la faute

Nous noterons qu'il n'est pas davantage requis que la faute commise par le dirigeant soit la cause unique ou principale de la faillite. Il suffit simplement qu'elle ait entraîné la faillite, ou du moins qu'elle y ait contribué de manière décisive. De même, il n'est pas nécessaire qu'elle soit à l'origine de l'insuffisance d'actifs et du préjudice des créanciers qui en découle, tel que développé dans l'arrêt de la Cour d'appel du 29 janvier 2014, précité.

1.1.4. Sanctions

La sanction de la commission d'une faute grave et caractérisée consiste donc en la mise de tout ou partie

du passif de la société aux dépens du dirigeant fautif. Les juges, dans leur pouvoir souverain d'appréciation, estimeront le montant du dommage à réparer. Ils ne pourront toutefois pas faire supporter au dirigeant fautif un montant supérieur au passif de la société faillie. Le montant du comblement du passif est toujours proportionnel à la faute. Ainsi, en cas de défaut d'aveu de faillite, le dirigeant sera condamné à rembourser les sommes accrues depuis la date à laquelle il aurait dû procéder à un tel aveu. En cas de défaut d'établissement des livres de commerce depuis la constitution de la société, le dirigeant pourra se voir sanctionné au paiement de l'intégralité du passif de la société, comme dans la décision du 19 décembre 2008, précitée.

Précisons par ailleurs qu'il n'est pas possible pour les dirigeants d'opposer au curateur la décharge relative à leur gestion de la société accordée par les actionnaires lors de l'approbation des comptes annuels.

Dans le jugement du Tribunal d'arrondissement du 12 février 2003, précité, l'un des créanciers de la société avait fait valoir que le préjudice subi par lui n'était pas un préjudice commun à tous les créanciers et ce, afin d'exercer une action à part, sur un fondement différent pour obtenir réparation à titre individuel. Cependant, les juges tranchèrent que le préjudice causé par les fautes graves et caractérisées retenues à charge du dirigeant représentait un préjudice touchant l'ensemble des créanciers et non pas ce seul créancier.

En l'espèce, cette action était basée sur l'article 192 de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales et sur les articles 1382 et suivants du Code civil. Le tribunal a soutenu à cet égard que « *l'action en comblement se substitue totalement au régime de droit commun et ne saurait s'accommoder de la concurrence avec ce dernier* »⁷. Le fait d'admettre la possibilité de recourir à l'action de droit commun annihilerait toute effectivité de l'action en comblement, puisqu'il serait toujours préférable d'invoquer le droit commun garantissant une réparation intégrale et certaine du préjudice. « *Cependant, en cas d'insuffisance d'actif, les créanciers sont privés de leur action en responsabilité dans la mesure où leur préjudice résulte du seul défaut de paiement de leur créance.* » Par conséquent, le recours à l'action en comblement écarte la possibilité d'être dédommagé sur la base du droit commun de la responsabilité car la raison d'être de la demande en réparation est précisément l'absence des fonds nécessaires pour ce faire, en raison des fautes commises par le dirigeant responsable de la situation de la société.

7. Cf. en ce sens A. MARTIN SERF, précitée, n° 175 ; Y. COLIN, *Revue droit des sociétés*, mai 1998, p. 4.

1.2. Extension des effets de la faillite

1.2.1. Historique et définition

La loi du 21 juillet 1992 a conféré à l'extension de la faillite une valeur légale et l'a introduite dans le Code de commerce sous l'article 495⁸. Cet article prévoit trois cas d'ouverture afin de prononcer l'extension des effets de la faillite au dirigeant fautif. Il faut notamment que le dirigeant ait (i) sous le couvert de la société masquant ses agissements, posé des actes de commerce dans un intérêt personnel ou (ii) disposé des biens sociaux comme des siens propres ou encore (iii) poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

Avant la consécration de l'extension de la faillite par la loi du 21 juillet 1992, il s'agissait d'une pratique purement jurisprudentielle appliquée pour la première fois par les juridictions belges et plus particulièrement par un arrêt de la chambre commerciale de Bruxelles du 17 février 1951⁹. La jurisprudence luxembourgeoise s'est ensuite développée en s'inspirant des tendances belges.

À l'origine, deux fondements différents pouvaient être invoqués pour pouvoir prononcer l'extension des effets de la faillite, à savoir le caractère fictif de la société ou l'utilisation de la société comme prête-nom. Étant donné que le caractère fictif de la société a été exclu depuis la première directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968, (*J.O., L.65 du 14 mars 1968*)¹⁰ nous débattons uniquement de l'hypothèse du prête-nom.

Dans cette hypothèse, selon des formules que l'on retrouve dans la jurisprudence et notamment dans un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 9 novembre 1984, le dirigeant social agissait de sorte que la personne morale lui servait de prête-nom pour exercer une activité commerciale propre, afin de frauder les droits des tiers. Il y a convention de prête-nom si les dirigeants qui ont la gestion d'une société la dénaturent en l'utilisant à des fins qui leur sont personnelles. On retrouve également cette idée dans un jugement du Tribunal d'arrondissement du 14 novembre 1986, numéro de rôle 37 168.

1.2.2. Éléments de faits

Afin de prononcer l'extension de la faillite, la jurisprudence se base sur un faisceau d'indices, regroupant plusieurs éléments de faits. Dans la jurisprudence constante¹¹, on se réfère toujours plus ou moins aux mêmes éléments de faits « principaux » pour prononcer l'extension de faillite, auxquels peuvent se rajouter des éléments de faits supplémentaires en fonction de chaque espèce, étant donné que la jurisprudence admet que la liste utilisée dans les différents jugements et arrêts est indicative et non exhaustive.

Dans un jugement du Tribunal d'arrondissement du 13 novembre 1987, numéro de rôle 37 855, les éléments de fait suivants ont été retenus :

- le non-fonctionnement des organes sociaux et l'abus de la personnalité juridique de la société : en l'espèce, une société anonyme disposait depuis sa constitution (1973) de trois administrateurs tels que requis par la loi. Ces administrateurs avaient nommé un délégué à la gestion journalière qui, après la démission des trois administrateurs (1982), avait continué à exercer ses fonctions de « fondé de pouvoirs avec signature unique » pour la gestion journalière, sans que les administrateurs ne furent remplacés et malgré la fin de son contrat de travail. Ce dernier avait notamment conclu d'importants contrats au nom de la société. Le délégué à la gestion journalière avait ainsi continué une activité commerciale propre sous le couvert de la société sans subir de contrôle ;
- une comptabilité impropre et des prélèvements mal identifiés : en l'espèce aucune comptabilité n'avait été tenue depuis 1984 jusqu'à la déclaration de faillite de la société (1986) et le dernier bilan publié en 1981 correspondait à l'exercice social au 31 décembre 1979. Par ailleurs, plusieurs prélèvements importants avaient été effectués sur les comptes de la société sans connaître l'origine ou la destination des fonds. Dans cette affaire, on présumait le dirigeant de fait comme étant l'auteur de ces prélèvements, étant le seul à disposer du pouvoir de signature ;
- le règlement de dettes personnelles au moyen des fonds sociaux et la confusion entre fonds sociaux et personnels : en l'espèce le dirigeant avait payé les frais de téléphone de sa demeure privée et ainsi

8. « En cas de faillite d'une société, peut être déclaré personnellement en faillite tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, qui a :

- sous le couvert de la société masquant ses agissements, fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ou
- disposé des biens sociaux comme des siens propres ou
- poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

Le passif de la faillite du dirigeant comprend, outre le passif personnel, celui de la société.

La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement prononçant la faillite de la société. »

9. www.legicorp.lu/consult/wks_4/private/P10-print.jsp?viewprint=required.
10. J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, *Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales (1972-1978)*, R.C.J.B., 1981, p. 273.
11. En ce sens : T. arr., 9 novembre 1984, n° 92/84 ; T. arr., 14 novembre 1986, numéro de rôle 37168 ; T. arr., 13 novembre 1987, numéro de rôle 37 885 ; T. arr., 7 octobre 1988, n° 38454 ; Cour d'appel, 20 septembre 1989, numéro de rôle 11217 ; T. arr., 9 juin 1989, numéro de rôle 38 792.

que des primes d'assurances et des contributions pour la voiture d'une personne privée tierce à la société ainsi que des appareils ménagers et d'épicerie. De plus, le dirigeant disposait d'une carte de crédit comportant son nom personnel et celui de la société ce qui faisait croire en la confusion des patrimoines privés du dirigeant et de la société. Le dirigeant avait par ailleurs abusé de la société et de ses fonds pour contracter des engagements qui lui étaient personnellement profitables et notamment deux polices d'assurance-vie en son nom propre ;

- la confusion du crédit social et du crédit personnel : en l'espèce le dirigeant avait cautionné tous les engagements de la société, et notamment un crédit de 2 000 000 de francs luxembourgeois accordé par une banque à la société ;
- la localisation du siège social : en l'espèce, malgré l'inscription au Registre de commerce et des sociétés, le siège social de fait se situait au domicile privé du dirigeant, depuis lequel ce dernier gérait la société.

D'autres éléments de fait sont retrouvés dans les différents arrêts et jugements étudiés. Le jugement du Tribunal d'arrondissement du 13 novembre 1987, précité, rappelle par exemple que la réunion de toutes les parts sociales, sinon d'une majorité importante, entre les mains d'une seule personne représente également un élément de fait repris par la jurisprudence constante, ainsi que les versements mal identifiés, la confusion du patrimoine du maître de l'affaire avec le patrimoine social ainsi que les prélèvements de caisse pour des besoins privés.

Ces éléments de faits feront naturellement l'objet d'illustrations nouvelles qui dépendront, cela va de soi, de chaque cas d'espèce. Dans un jugement du Tribunal d'arrondissement du 7 octobre 1988, numéro de rôle 38454, sont retenus (i) le non-fonctionnement des organes sociaux en raison du rachat de la majorité des parts sociales de la société par le dirigeant, l'absence de consultation des associés pour les décisions de la vie sociale de la société, le pouvoir de signature uniquement dans les mains du dirigeant-associé majoritaire, le mépris des règles statutaires et l'absence d'une possibilité de contrôle par les coassociés minoritaires, (ii) la comptabilité impropre et des prélèvements non identifiés (en raison de l'absence d'inventaire, de bilan et de comptes de profits et pertes) ainsi que l'absence de contrôle sur l'emploi des fonds sociaux qui étaient librement utilisés par le dirigeant, et enfin, (iii) la confusion du crédit social et personnel en raison de l'acceptation à titre personnel d'une

traite par le dirigeant mais livrée à la société et notamment du fait que la mère du dirigeant s'était portée caution pour le remboursement d'un crédit accordé à la société.

Il est parfois également reproché au dirigeant social d'avoir continué de manière déraisonnable l'exploitation « *d'une activité irrémédiablement compromise* » qui ne pouvait que conduire à la cessation des paiements¹², en évitant de procéder à l'aveu de faillite dans les temps. Cela ressort d'un cas très fréquent en pratique mais mal perçu par les tribunaux et qui a été tranché par un jugement du Tribunal d'arrondissement du 19 décembre 1997, numéro de rôle 40811¹³. Si le dirigeant fait des efforts (par ex. : il prend une hypothèque sur sa maison et investit l'argent dans la société), cela montre la bonne foi du dirigeant qui essaye de sauver son affaire. Ce qui est en revanche sanctionné par les juges, c'est la dilapidation des fonds par le dirigeant, tout en connaissant la situation critique de la société (par ex. : s'il continue à se verser des rémunérations élevées ou règle ses vacances avec les fonds de la société), sans faire d'efforts particuliers pour redresser la situation financière.

On retiendra que pour justifier et, de ce fait, prononcer une extension de faillite, les magistrats se basent sur un faisceau d'indices, et non pas sur un élément de fait à lui seul. C'est le comportement du dirigeant qui ne respecte pas la finalité distincte des organes sociaux, ni l'autonomie patrimoniale de la société qui est puni. Ainsi par exemple, la simple majorité des parts sociales dans une société qui implique une position dominante du dirigeant social ne suffit pas à elle seule pour prononcer l'extension de faillite.

1.2.3. Introduction de l'action par le curateur

Afin d'agir contre le dirigeant, nous tenons à préciser, qu'étant donné que la société concernée se trouve en état de faillite au moment de l'action en vue de l'extension de faillite, celle-ci est représentée par le curateur qui agit pour son compte.

1.2.4. La qualité de dirigeant

L'action est dirigée contre le véritable maître de l'affaire qui poursuit une activité commerciale dans son intérêt, en se servant de la société uniquement comme prête-nom. Ce maître de l'affaire sera alors un dirigeant de droit, comme par exemple un gérant unique, voire un dirigeant de fait, comme par exemple un délégué à la gestion journalière voire un mandataire qui dispose d'une procuration générale pour représenter la société ou un salarié.

12. www.legicorp.lu/consult/wks_4/private/P03-views-intern.iface#note40.

13. Cette décision ne figure pas dans la base de données du Parquet.

Deux questions importantes relatives au dirigeant social se posent, afin de pouvoir prononcer l'extension des effets de la faillite au dirigeant de la société.

A. La qualité de commerçant

En premier lieu, se pose la question de savoir si le dirigeant social doit disposer de la qualité de commerçant à titre personnel.

Le jugement du Tribunal d'arrondissement du 13 novembre 1987, précité, est très clair à cet égard. Pour qu'une personne physique puisse être déclarée en état de faillite, il est requis qu'elle possède la qualité de commerçant.

Il faut ajouter que la jurisprudence, et notamment les juges en l'espèce, ont admis qu'était commerçante la personne physique ou morale, dirigeant une personne morale, agissant de sorte que la personne morale serve de prête-nom au dirigeant pour l'accomplissement de divers actes. Ainsi, le dirigeant acquiert la qualité de commerçant à travers les actes de commerce de la personne morale. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de rechercher si le dirigeant a personnellement accompli des actes de commerce pendant les six mois précédant le jugement déclaratif de faillite, sa commercialité étant présumée à cause de son utilisation abusive de la société. Le dirigeant ne perdra alors sa qualité de commerçant qu'au moment où la société elle-même aura cessé ses activités.

Il faut garder à l'esprit que cette qualité de commerçant est également assortie d'un élément temporel. Les juges en l'espèce ont rappelé qu'en vertu de l'article 437, alinéas 2 et 3, et de l'article 442, alinéa 3, du Code de commerce, la faillite ne pouvait être déclarée plus de six mois après la cessation de l'activité de commerçant. Ainsi, si le délai de six mois est dépassé, la faillite et par conséquent l'extension de faillite, ne peuvent plus être prononcées, même si les éléments de faits de l'extension de faillite sont acquis. Dans le jugement du Tribunal d'arrondissement du 7 octobre 1988, précité, les juges constatèrent qu'étant donné que moins de six mois s'étaient écoulés depuis la mise en état de faillite de la société, le maître de l'affaire avait conservé sa qualité de commerçant au moment de la demande et, par conséquent, la demande d'extension de faillite était recevable. En revanche, dans un jugement du Tribunal d'arrondissement du 29 mars 1985, numéros de rôle 35 483, 35 484, 35 582, plus de six mois s'étaient écoulés depuis la déclaration de faillite de la société. En l'espèce, le dirigeant ne pouvait être réputé en état de cessation des paiements qu'à un moment où il ne disposait plus de la qualité de commerçant, à savoir environ neuf mois après la déclaration de faillite, vu qu'il avait été dessaisi de l'administration des biens de la société

depuis ce temps. Par conséquent, les juges n'ont pas examiné le fond.

Un arrêt de la Cour d'appel du 20 septembre 1989, numéro de rôle 11217, concernant une société à responsabilité limitée met en perspective cette extension de la qualité de commerçant au dirigeant qui utilise la société comme prête-nom. En l'espèce, les éléments de faits habituels étaient réunis pour justifier l'extension de faillite, à savoir le non-fonctionnement des organes sociaux (le dirigeant était associé majoritaire, ne consultait pas les associés concernant les décisions sur la vie sociale de la société, assumait seul l'administration, concluait les marchés et donnait des quittances), une comptabilité et des prélèvements impropres (aucun bilan ou compte de profits et pertes, aucun contrôle concernant l'emploi des fonds sociaux), et la confusion du crédit social et personnel (cautionnement par la mère du dirigeant d'un crédit accordé par la banque à la société). Néanmoins, la Cour a retenu qu'aucun des éléments de faits acquis ne constituait un acte réputé commercial. À défaut de commercialité, au moins l'un des trois éléments de la faillite n'était pas rempli et, ainsi, les effets de la faillite ne pouvaient être étendus au dirigeant social.

On a pu se demander si l'on se trouvait alors dans le cadre d'un revirement jurisprudentiel. Néanmoins, faut-il également remarquer que dans l'arrêt du 20 septembre 1989, il s'agissait d'une société à responsabilité limitée dont la raison sociale était « *Auto Industrie* », tandis que dans le jugement du Tribunal d'arrondissement du 13 novembre 1987, il s'agissait d'une société anonyme, dont la raison sociale était « *Aluminium continental* ». Nous ne disposons pas davantage d'informations sur l'activité des deux sociétés, afin de notamment pouvoir apprécier la commercialité de chaque activité. Certains auteurs pensent que la décision opposée est le fruit de cette distinction entre les formes sociales¹⁴. On pourrait cependant répliquer que ces deux formes sociales sont qualifiées de commerciales. Par ailleurs, pour exercer une activité commerciale, une société anonyme nécessite tout autant qu'une société à responsabilité limitée une autorisation d'établissement si l'objet social est commercial. Il n'est aucunement fait référence à une telle autorisation dans les deux espèces. Il n'est donc pas clair de quels éléments il convient de tenir compte pour établir la commercialité d'une activité sociale selon cette décision.

L'état actuel de la jurisprudence semble cependant reposer sur une différenciation faite entre les sociétés anonymes, dont les actes sont réputés être commerciaux, et les sociétés à responsabilité limitée, dont les actes sont réputés ne pas être commerciaux, ce qui rend l'extension de faillite extrêmement difficile, en l'absence d'actes commerciaux spéciaux établis.

14. www.legicorp.lu/consult/wks_4/private/P03-views-intern.iface#note40.

B. L'état de faillite du dirigeant

En second lieu, se pose la question de savoir si le dirigeant social doit personnellement se trouver en situation de faillite.

La jurisprudence classique et la doctrine soutiennent qu'il n'est pas nécessaire, en cas d'extension de la faillite au véritable maître de l'affaire, de constater de façon distincte l'état de cessation des paiements et d'ébranlement de crédit du maître de l'affaire¹⁵. Dans un jugement du Tribunal d'arrondissement de Diekirch du 1^{er} juillet 1987, numéro de rôle 6701, il fut rappelé qu'opposition avait été formée, dans la même affaire, contre un jugement du Tribunal d'arrondissement de Diekirch du 8 avril 1987, où il avait été retenu que la dirigeante administrait seule la caisse de la société et qu'elle était gérante de fait en remplacement de son mari absent et alcoolique. Le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, le 1^{er} juillet 1987, a ensuite confirmé la première position en statuant que la gérante de fait et son mari étaient les véritables maîtres de l'affaire, vu les éléments de faits retenus (la gérante de fait était la seule qui s'occupait de la comptabilité, des livres de caisse et de l'établissement des factures) et précise qu'en matière d'extension de faillite, il n'est pas nécessaire de constater de façon distincte l'état de cessation des paiements et d'ébranlement de crédit du maître de l'affaire. Dans le jugement du Tribunal d'arrondissement du 13 novembre 1987, précité, ce critère ne fut même pas évoqué.

Toutefois, dans un jugement du Tribunal d'arrondissement du 9 juin 1989, numéro de rôle 38 792, l'extension de faillite fut refusée car le dirigeant de la société à responsabilité limitée avait son activité commerciale propre, distincte de celle de la société et qu'il n'était pas personnellement en état de cessation des paiements. En l'espèce, le curateur s'était basé sur la confusion complète entre le patrimoine du défendeur et de la société faillie, l'absence d'*affectio societatis* ainsi que sur les fondements factuels classiques pour demander l'extension des effets de la faillite au dirigeant social. Les juges ont cependant retenu que le dirigeant social avait exercé antérieurement à la déclaration de faillite, voire avant la constitution de la société, et jusqu'au jour du jugement une activité commerciale en son nom personnel à la même adresse que la société faillie. Par conséquent, il n'y avait pas identité entre le dirigeant et la société et, afin que l'extension de faillite puisse être prononcée, le dirigeant devait lui-même être en cessation des paiements et voir son crédit ébranlé. Les juges ont admis que « *eu égard à cette autonomie de l'activité commerciale de CURCI par rapport à Tradico, la défaillance de l'une n'a pas rendu impossible la survivance de l'autre, de*

sorte que l'exigence que seuls peuvent être déclarés en faillite les commerçants, qui ont cessé leurs paiements et dont le crédit est ébranlé » doit être remplie. Par conséquent, les conditions de la faillite doivent être personnellement remplies par le dirigeant social qui a une activité commerciale propre afin de pouvoir étendre les effets de la faillite à son égard. À défaut, l'extension de faillite sera refusée par les juges, comme en l'espèce¹⁶.

Il convient toutefois de rappeler ici que la doctrine n'est pas du même avis. Selon elle, si la cessation des paiements est une condition à remplir, il n'est pas requis que le dirigeant soit lui-même en faillite car il s'agit d'une procédure-sanction facultative.

En ce qui concerne les conditions requises pour la faillite, il faut retenir que la jurisprudence exige clairement qu'elles doivent être remplies par la personne à laquelle on veut étendre les effets de la faillite sauf que, contrairement à la qualité de commerçant dans le cas d'une société anonyme, les conditions de cessation des paiements, d'ébranlement de crédit et la qualité de commerçant dans le cas d'une société à responsabilité limitée doivent être remplies personnellement par le dirigeant que l'on veut sanctionner par l'extension de faillite.

1.2.5. Sanctions et effets de l'extension de faillite

Nous venons de voir que la faillite d'une société peut être étendue ou appliquée à celui qui a été le véritable maître de l'affaire et qui abuse de l'être moral pour exercer une activité commerciale propre. Cette extension n'est pas une sanction obligatoire mais est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Concrètement, comme dans le jugement du Tribunal d'arrondissement du 13 novembre 1987, précité, en cas d'extension de faillite prononcée par les magistrats, ces derniers :

- déclarent le dirigeant en faillite ;
- fixent la date de cessation des paiements du dirigeant à la même date que celle de la société faillie ;
- déclarent la confusion des patrimoines et des masses de la faillite du dirigeant social avec le patrimoine et la masse de la société faillie ; et
- déclarent la condamnation du dirigeant failli aux dépens qui seront prélevés par privilège sur l'actif de la faillite du dirigeant social.

1.2.6. Extension de faillite à d'autres sociétés

Une jurisprudence du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 18 février 1970, P. 21, p. 393 (*la décision*

15. A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 4^e éd., Éditions Saint-Paul, 2014, p. 230, n° 247.

16. À titre d'autre exemple, T. arr., 29 mars 1985, numéros de rôle 35 483, 35 484, 35 582 (S.A. Ideelux) ; Cour d'appel, 20 septembre 1989, numéro de rôle 11217.

ne figure pas dans la base de données du Parquet général)¹⁷ indique que lorsqu'il existe une confusion caractérisée d'activité et de patrimoine entre deux sociétés et que l'une d'elles a été déclarée en faillite, le tribunal est fondé à prononcer l'extension de faillite à l'égard de l'autre société.

Dans un jugement du Tribunal d'arrondissement du 10 janvier 1992, numéro de rôle 40 811, les magistrats ont adopté cependant la position inverse. En l'espèce, deux sociétés étaient en faillite et, conjointement, elles avaient assigné leur dirigeant social commun ainsi que quatre autres sociétés qui étaient gérées par ce même dirigeant, le tout en vue du prononcé d'une extension des effets de la faillite des deux sociétés aux quatre autres sociétés « *non encore faillies* » et au dirigeant. Il existait également une confusion entre l'ensemble des sociétés, faillies et non faillies, pour les raisons énumérées ci-dessous.

Les juges rappelèrent que l'extension de faillite est une faillite autonome. Les conditions de la faillite, à savoir la qualité de commerçant, la cessation des paiements et l'ébranlement de crédit doivent être remplies, y compris pour le dirigeant social, et ce personnellement. Par conséquent, la confusion des patrimoines de la société et du dirigeant social n'est plus suffisante pour déclarer l'extension de faillite. Ces conditions sont également étendues aux personnes morales, ce qui implique que chaque personne morale concernée doit également remplir les trois conditions précitées pour elle-même.

Selon ce jugement du 10 janvier 1992, « *les mêmes observations doivent valoir, mutatis mutandis, à propos de l'extension de la faillite d'une société à d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes dirigeants. Là encore, la confusion des patrimoines n'est pas un critère suffisant [...]; il est indispensable de vérifier à propos de chacune des sociétés, individuellement, si toutes les conditions de droit commun d'une déclaration de faillite sont remplies* ».

Il convient de résumer ici les arguments du curateur de l'affaire : ce dernier rappela que l'ensemble des sociétés servait uniquement de prête-nom, que l'*affectio societatis* faisait défaut et qu'il existait une confusion complète entre les deux sociétés faillies, les quatre sociétés assignées et le dirigeant social, et un mélange manifeste des avoirs sociaux et privés. Le curateur releva surtout que le dirigeant social avait su rassembler des actifs importants dans les sociétés « *non encore mises en faillite, au détriment des sociétés faillies* » car ces actifs étaient notamment issus des sociétés faillies. Il existait alors un risque sérieux de dilapidation des avoirs sociaux abrités dans les quatre sociétés assignées, non encore faillies.

Néanmoins, ce raisonnement fut rejeté par les magistrats pour lesquels un simple risque ne suffisait pas. Il fallait que les autres sociétés se trouvent déjà en état de faillite avant de pouvoir prononcer la faillite par extension à celles-ci. Cette décision a par ailleurs été confirmée pour la même affaire dans un arrêt de la Cour d'appel en date du 12 mai 1993, numéros de rôle 14065 et 14193. Cette réticence des juges du fond peut s'expliquer par le risque d'une trop grande insécurité juridique relative à l'existence de chaque entité sociale concernée, si ces derniers avaient fait droit à la demande car il aurait fallu délimiter ce cas d'ouverture et fournir des éléments objectifs suffisamment précis pour ne pas mettre en danger l'existence d'une société dans un tel cas de figure. Il aurait été envisageable de se baser sur un fondement juridique différent, tel que l'abus de biens sociaux qui intervient indépendamment de la cessation des paiements.

Nous retiendrons que l'extension de faillite est une matière très influencée par la jurisprudence qui prévoit des éléments de faits indicatifs et non limitatifs. Néanmoins, l'obligation de remplir les conditions de la faillite à titre personnel par toute personne physique ou morale à qui l'on souhaite étendre les effets de la faillite d'une société faillie, rend l'exercice de cette action de plus en plus complexe. On peut d'ailleurs remarquer en ce sens qu'une jurisprudence récente de la Cour d'appel du 5 novembre 2013, numéro 539/13 V., avait également écarté l'extension des effets de la faillite aux dirigeants, sans vraiment entrer dans les détails sur les raisons du refus. Il s'agit de la décision la plus récente évoquant l'extension de faillite depuis l'arrêt de la Cour d'appel en date du 12 mai 1993, précité, qui apporte un développement sur l'extension de faillite. Cet arrêt confirme seulement le jugement du Tribunal d'arrondissement du 10 janvier 1992, précité, lequel est intervenu avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 1992 introduisant l'extension de faillite dans le Code de commerce. Étant donné que nous ne disposons pas d'exemple portant sur une application concrète de l'article 495 du Code de commerce aujourd'hui, nous ne pouvons que supposer que celle-ci s'inspire toujours de la pratique jurisprudentielle évoquée ci-dessus.

2. Responsabilité pénale

La responsabilité pénale des dirigeants se traduit par une mise en cause du chef de banqueroute. Réglée par le Code de commerce, cette infraction peut être, à l'heure actuelle, de deux sortes : simple ou frauduleuse. Toutefois, ces deux infractions ne s'excluent pas mutuellement, puisque le prévenu pourra être sanctionné à la fois du chef de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse. Il convient toutefois

17. www.legicorp.lu/consult/wks_4/private/P03-views-intern.iface#note40.

de noter que cela changera avec le vote du projet de loi numéro 6539 sur la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite.

À l'heure actuelle, la situation du droit positif est la suivante. La qualité de commerçant du prévenu (ou d'une personne assimilée à un commerçant) ainsi que l'état de faillite de la société dont il a la gestion sont les deux conditions communes à ces infractions. Néanmoins, le juge pénal devra, indépendamment de l'analyse effectuée par le juge civil, (i) vérifier la réunion des conditions de la faillite, à savoir l'ébranlement du crédit et la cessation des paiements, et (ii) fixer la date de la cessation des paiements. Cela a pour but de garantir l'autonomie du droit pénal à l'égard du droit civil. En pratique, il est néanmoins loisible au juge pénal d'opter pour la même date de cessation des paiements que le juge civil, mais il devra alors justifier ce choix.

2.1. Banqueroute simple et banqueroute frauduleuse

2.1.1. Banqueroute simple

Les articles 573 et 574 du Code de commerce régissent la banqueroute simple qui est une infraction non intentionnelle.

La différence essentielle entre ces deux articles réside dans la possibilité même pour le juge pénal de déclarer le commerçant banqueroutier. En effet, face à un commerçant qui se trouve dans une des situations listées à l'article 574, le juge pénal appréciera, s'il doit être sanctionné pour ce comportement. Communément appelées des « *causes de banqueroute facultative* », il ressort de la jurisprudence récente que la plupart des condamnations porte sur les causes énumérées à l'article 574 du Code de commerce.

A. Article 573 : causes de banqueroute « obligatoire »

L'article 573 concerne le dirigeant (i) qui aura effectué des dépenses personnelles ou de sa maison jugées excessives, (ii) qui aura consommé de fortes sommes au jeu, à des opérations de pur hasard, ou à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises, (iii) qui, dans l'intention de retarder sa faillite, aura fait des achats pour revendre au-dessous du cours et si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets, et autres moyens ruineux de se procurer des fonds, (iv) qui aura supposé des dépenses ou des pertes ou qui ne justifie pas de l'existence ou 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, (v) qui, après la cessation de ses paiements, aurait payé ou favorisé un créancier au préjudice de la masse.

Les illustrations jurisprudentielles récentes de l'article 573 sont rares et ne portent que sur deux types d'infractions commises, à savoir la non-justification de l'emploi de l'actif, notamment sur base du dernier inventaire, et la favorisation de certains créanciers après la cessation des paiements.

Concernant le dirigeant qui ne justifie pas de l'emploi de l'actif, il ressort d'une jurisprudence constante, telle qu'observée dans trois décisions de la Cour d'appel, respectivement du 1^{er} février 2012, numéro 76/12 X, du 17 octobre 2012, numéro 456/12 X, et du 30 avril 2013, numéro 253/13 V., que ce dernier ne peut être sanctionné pour cette infraction si un tel inventaire existe. Les faits dans les trois espèces sont très similaires et ne relèvent pas de particularités flagrantes. Dans les trois cas, plusieurs années après la création de la société, les dirigeants de droit, voire de fait, se sont vus reprocher par le ministère public plusieurs infractions dans le cadre de la banqueroute simple, et notamment relatives à la tenue des livres de commerce, l'aveu tardif de la cessation des paiements, le défaut de fournir au curateur les renseignements demandés ainsi que l'omission de justifier de l'emploi du capital social. Il faut remarquer que dans les jugements de première instance respectifs, les juges de première instance avaient admis qu'en raison de l'inexistence d'un inventaire, le dirigeant n'avait pas justifié de l'emploi des fonds sociaux. La Cour d'appel souleva cependant que l'existence d'un inventaire, tel qu'exigé par l'article 15 du Code de commerce, est un élément constitutif de l'article 573, 4^o, du Code de commerce, tel que précité. Par conséquent, l'inexistence de l'inventaire ne suffit pas pour établir l'omission de justifier de l'emploi des fonds sociaux.

Un jugement du Tribunal d'arrondissement du 20 février 2014, numéro 616/2014 reprend clairement cette position de la Cour d'appel. En l'espèce, il s'agissait d'une société ayant pour objet social l'importation et l'exportation de et vers la Grèce et tout pays de l'Union européenne de produits alimentaires, ainsi que la vente de ces produits. Le ministère public reprocha, entre autres, l'absence de justification de l'emploi des fonds sociaux, en l'absence d'un inventaire en bonne et due forme. Les juges n'ont toutefois pas retenu la responsabilité du dirigeant de ce chef puisqu'une condition essentielle de l'infraction, à savoir l'existence d'un inventaire, n'était pas remplie. Dans cette affaire, les juges ont toutefois retenu la responsabilité dudit dirigeant, mais en raison du non-établissement de l'inventaire, tel que prévu à l'article 574. La question de la possibilité de cumuler les infractions de non-établissement de l'inventaire et de non-justification de l'emploi de l'actif, alors qu'aucun inventaire n'a été rédigé, reste donc ouverte.

Dans sa décision du 13 juillet 2010, numéro 334/10 V., la Cour d'appel apporte une précision relative à l'omission de justifier l'emploi des actifs sociaux et

à la nécessité de l'existence d'un inventaire pour démontrer cette omission. En l'espèce, une société avait été gérée par son dirigeant de fait, qui était également associé de la société, et non pas par le dirigeant de droit qui se trouvait pour la plupart du temps à l'étranger avec les clients. Ce dirigeant de fait était également gérant et associé d'une société française à laquelle il avait cédé les derniers actifs de la société, à savoir trois voitures, sans que jamais la société luxembourgeoise n'ait perçu de contrepartie de la part de la société française pour cette cession. Il avait de surcroît essayé de dissimuler l'existence de ces voitures au curateur. Par ailleurs, il résultait des faits que plus aucune activité sociale ne se déroulait (depuis 2001/2002) sur le territoire luxembourgeois car le dirigeant de fait préférait travailler depuis la France. Corollairement, même les salariés, officiellement employés par la société luxembourgeoise, étaient en réalité ceux de la société française. Le dirigeant de fait avait toutefois préféré les déclarer au Luxembourg. Dans les faits, les salaires nets avaient été payés par la société française à la société luxembourgeoise pour que cette dernière paye directement les salariés. Dans la mesure où les charges sociales n'étaient pas payées par la société française, les dettes sociales auprès de la CCSS s'accumulaient. En l'espèce, et plus précisément en relation avec la justification de l'emploi des actifs, il était reproché au dirigeant de fait de ne pas pouvoir justifier du devenir de trois postes comptables, à savoir l'actif immobilisé d'un montant de 24 071,22 EUR, de créances pour un montant de 62 914,90 EUR et des avoirs en banque de 9 876,61 EUR. Les juges de première instance s'étaient basés sur ces informations pour qualifier l'omission de justifier de l'existence ou de l'emploi de l'actif du dernier inventaire au sens de l'article 573, 4°, du Code de commerce. La Cour d'appel rappela cependant que ces informations étaient tirées du bilan de clôture qui n'est par définition pas l'inventaire. Par conséquent, un inventaire est bien nécessaire pour faire jouer l'article 573, 4°, du Code de commerce pour l'hypothèse en question.

Dans une décision de la Cour d'appel du 28 novembre 2012, numéro 544/12 X., en vertu du cinquième point de l'article 573, il a été reproché au dirigeant d'une société d'avoir favorisé certains de ses créanciers en payant, après la date de cessation des paiements, une partie de ses créanciers (privés) au préjudice de ses créanciers (publics), méprisant ainsi le principe d'égalité des créanciers.

En l'espèce, les dirigeants de la société avaient géré une société à responsabilité limitée qui exploitait un restaurant gastronomique. Le restaurant avait dû faire face à des difficultés économiques, raison pour laquelle plusieurs parties du fonds de commerce de la société (mobilier, éclairage, enseigne, matériel informatique, la cuisine, le vestiaire, le mobilier de terrasse, ...) furent cédées à des sociétés dans lesquelles

les dirigeants étaient par ailleurs impliqués. Ces sociétés avaient ensuite mis gratuitement à disposition de la société les éléments acquis. Il ressort également des faits qu'une société avait demandé le paiement des travaux de rénovation effectués au profit de la société faillie, paiement qui lui fut accordé par un jugement commercial du 7 mai 2009. Néanmoins, le 13 janvier 2010, les dirigeants avaient procédé à l'aveu de la cessation des paiements sans payer notamment cette dette. Les dirigeants avaient en revanche réglé un grand nombre de créanciers chirographaires (surtout des fournisseurs du restaurant) après la date de cessation des paiements au détriment de la masse. Étant donné que les dirigeants avaient continué leur activité sous une autre enseigne, ils avaient intérêt à ce que ces créanciers en particulier soient désintéressés. La Cour ajoute un élément d'appréciation important. Elle précise que le paiement préférentiel doit avoir été accompli avec l'intention de favoriser le créancier. Si la société faillie avait eu l'espoir d'être apte à désintéresser l'autre créancier sous peu, elle ne devrait pas donc être condamnée. En l'espèce, les dirigeants avaient clairement un intérêt à régler certaines dettes plutôt que d'autres, ce qui est renforcé par le fait que les paiements avaient eu lieu à un moment où le fonds de commerce avait été cédé et où la société n'avait plus d'activité. En payant certains créanciers au détriment des autres alors qu'aucun espoir ne persistait concernant le redressement de la situation financière de la société, l'intention de favoriser certains créanciers était patente. C'est pourquoi la banqueroute simple fut retenue sur la base de l'article 573, 5°, du Code de commerce.

B. Article 574 : causes de banqueroute dite « facultative »

Les illustrations jurisprudentielles relatives à l'article 574 sont bien plus nombreuses.

Rappelons que les infractions listées à l'article 574 sont facultatives et que le juge pourra alors discrétionnairement décider de la mise en jeu de la responsabilité pénale du dirigeant fautif sur cette base.

Ces infractions concernent le dirigeant (i) qui aura contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir de valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, eu égard à sa situation, lorsqu'il les a contractés, (ii) qui sera à nouveau déclaré en faillite, sans avoir satisfait aux obligations d'un précédent concordat, (iii) qui, en ayant dérogé par contrat aux dispositions du régime matrimonial légal, ne se sera pas conformé à l'article 69, (iv) qui n'aura pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai légal, à savoir dans le mois suivant la cessation de ses paiements, ou si cet aveu n'est pas conforme aux exigences légales, (v) qui fait preuve d'un manque de coopération avec le curateur, (vi) qui n'a pas tenu ou pas correctement tenu les livres de commerce tels que

prescrits par l'article 9 du Code de commerce ou ses inventaires.

a. Non-tenue des livres de comptes

Il s'agit là de l'infraction la plus courante et la plus sanctionnée.

Conformément à l'article 11 du Code de commerce, il pèse sur le dirigeant l'obligation de tenir ses livres de commerce¹⁸ et conformément à l'article 15 du Code de commerce, son inventaire, et ceci dans le but de lui permettre d'avoir une vue d'ensemble sur l'état financier de sa société, afin d'en anticiper les besoins et d'éviter les malversations. En contrevenant à cette obligation, le dirigeant ôte toute possibilité aux juges d'établir les causes de la faillite et, par conséquent, de déterminer si celle-ci résulte de raisons indépendantes de sa volonté, telle que la conjoncture économique par exemple. Ainsi, il ressort de la jurisprudence étudiée qu'un soupçon semble planer sur le dirigeant dont les livres de comptes ne sont pas régulièrement tenus.

Les juges pénaux ont précisé que cette obligation devait être acquittée continuellement, indiquant jour par jour les opérations financières de la société. Dans l'arrêt de la X^e chambre de la Cour d'appel du 23 mai 2012, numéro 292/12 X, le prévenu avait argué que la comptabilité avait cessé au 31 octobre 2001, puisque la société n'avait plus d'activité commerciale à partir de cette date-là. Les juges ont cependant rappelé que toute opération devait être inscrite dans ces livres, y compris, par exemple, les litiges portés devant les tribunaux qui engendrent des frais et des dettes, comme ce fut le cas en l'espèce.

Pour constituer le délit de banqueroute simple, ni la preuve d'une fraude, ni celle de la mauvaise foi du dirigeant, ne sont requises. En effet, la simple négligence du failli dans la tenue de ses livres est suffisante pour qu'il voie sa responsabilité retenue du chef de banqueroute simple.

De plus, la jurisprudence est unanime sur le fait que la délégation de l'établissement des livres de commerce, à une fiduciaire, par exemple, n'entraîne aucun transfert de la responsabilité à ladite fiduciaire. En effet, bon nombre de dirigeants de sociétés faillies arguent qu'une fiduciaire (bien souvent dont le nom leur échappe et dont il n'existe aucune trace dans les documents de la société) était en charge de s'assurer du respect de ces obligations. Les juges refusent systématiquement cet argumentaire, indépendamment

de sa véracité, en indiquant qu'il est de la seule responsabilité du dirigeant de veiller à l'établissement régulier et conforme des documents comptables de la société.

Contrairement à l'obligation de procéder à l'aveu de faillite, l'obligation de tenir correctement ses livres de comptes pèse également sur le salarié requalifié en dirigeant de fait, ce qui est illustré dans un arrêt de la V^e chambre de la Cour d'appel en date du 16 avril 2013, numéro 201/13 V. En l'espèce, il s'agissait d'une société dont le dirigeant de droit disposait d'une part sociale et dont une autre société disposait des 124 parts sociales restantes. Il fut reconnu par les juges du fond qu'un salarié était le dirigeant de fait de la société. Ce dernier avait notamment fourni les fonds pour la constitution de la société, donné des ordres au dirigeant de droit et disposé de la signature relative au compte bancaire de la société. Le dirigeant de fait était le bénéficiaire économique derrière la société-associée majoritaire. Le dirigeant de droit, quant à lui, ne fut qu'un simple exécutant des ordres du dirigeant de fait. De plus, le dirigeant de fait avait obtenu un salaire mensuel surfait d'un montant de 10 000 EUR. Quant aux faits reprochés, de grandes sommes d'argent avaient été prélevées à plusieurs reprises du compte de la société sans justification, des salaires fictifs et surfaites avaient été versés à l'épouse du dirigeant de fait (20 000 EUR) ainsi qu'à l'ex-épouse du dirigeant de droit (10 000 EUR). Une voiture avait également été acquise au nom de la société mais ne fut jamais retrouvée par le curateur. Les faits démontrent le défaut d'aveu de cessation des paiements, de livres de commerce et de publication des comptes annuels, pour lesquels le dirigeant de fait avait également été sanctionné par les juges du fond. La Cour d'appel rappela qu'un dirigeant pouvait également avoir la qualité de banqueroutier et que le juge disposait du pouvoir souverain d'appréciation pour le déterminer. En l'espèce, les juges de la Cour d'appel ont pu en revanche retenir un doute sur la qualité de dirigeant de fait et décidèrent de réformer le jugement de première instance et par conséquent d'acquitter le salarié en question. On retiendra néanmoins de cette cause que les dirigeants de fait peuvent être sanctionnés pour avoir commis des faits de banqueroute.

La prescription de l'infraction de non-tenue des livres de commerce (qui est un délit) est de cinq ans¹⁹ depuis la loi du 6 octobre 2009. À titre de rappel, les faits doivent être postérieurs au 1^{er} janvier 2010 pour que le délai de prescription de cinq ans puisse s'appliquer. Dans la décision de la X^e chambre de la Cour d'appel en date du 1^{er} février 2012, précitée, les juges

18. En ce sens : T. arr. Luxembourg, 22 mars 2007, n° 1025/2007 ; T. arr. Luxembourg, 4 octobre 2007, n° 2587/2007 ; Cour d'appel (X^e ch.), 1^{er} juillet 2009, n° 345/09 X ; Cour d'appel (V^e ch.), 22 décembre 2009, n° 580/09 V. ; Cour d'appel, 13 juillet 2010, n° 334/10 V. ; Cour d'appel (V^e ch.), 17 mai 2011, n° 260/11 V. ; T. arr., 8 juin 2011, n° 1957/2011 ; Cour d'appel (X^e ch.), 1^{er} février 2012, n° 76/12 X ; Cour d'appel (X^e ch.), 17 octobre 2012, n° 456/12

X ; T. arr., 31 octobre 2012, n° 3310/2012 ; Cour d'appel (X^e ch.), 13 mars 2013, n° 150/13 X ; Cour d'appel (V^e ch.), 30 avril 2013, n° 253/13 V. ; T. arr., 20 février 2014, n° 616/2014 ; Cour d'appel (X^e ch.), n° 2 juin 2010, 247/10 X. ; Cour d'appel (X^e ch.), 23 novembre 2011, n° 559/11 X.

19. Cf. art. 489 C. pén. luxembourgeois et art. 636 C.i. cr.

nous rappellent qu'il s'agit d'une infraction continue car le dirigeant doit systématiquement inscrire les opérations commerciales de la société dans les livres dès lors qu'elles ont été opérées. Le point de départ du délai de prescription d'une infraction continue est le jour où elle cesse. Il est à noter qu'il est rare qu'une société s'abstienne de procéder à l'établissement de ses livres de commerce pendant une période limitée. Ainsi, bien souvent dans les faits, cette infraction n'est jamais prescrite puisque, dans l'hypothèse où aucune comptabilité n'est tenue jusqu'au jugement déclaratif de faillite, la prescription n'a en réalité pas commencé à courir.

b. Aveu de cessation des paiements

Comme nous l'avons vu, sous peine de voir sa responsabilité engagée, le dirigeant de droit d'une société a l'obligation de procéder à l'aveu de la faillite endéans le mois de la cessation des paiements. Le dirigeant ne verra pas sa responsabilité personnelle mise en jeu sur base de l'article 59, deuxième paragraphe, de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée (la « Loi »), car cet article ne vise que les infractions à ladite Loi, or l'obligation de faire aveu de faillite n'est prévue qu'à l'article 437 du Code de commerce. Ainsi, le dirigeant négligent sera sanctionné du chef de banqueroute simple, si le juge le décide, puisqu'il s'agit d'une infraction dite « facultative ».

En obligeant le dirigeant à procéder à l'aveu de la faillite endéans un délai limité, le législateur entend protéger les intérêts des créanciers déjà existants car la créance serait bien évidemment aggravée par une exploitation déficitaire prolongée.

Qu'il ait volontairement négligé de faire l'aveu pour échapper à des dettes contractées antérieurement, ou qu'il ait gardé l'espoir de pouvoir redresser la situation, l'intention du dirigeant n'est jamais prise en compte. En effet, comme indiqué auparavant, il s'agit d'une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour cette infraction est la simple « faute infractionnelle ». Cette dernière est caractérisée dès lors que le dirigeant n'a pas procédé à l'aveu de faillite endéans le délai légal²⁰.

Dans la décision de la V^e chambre de la Cour d'appel en date du 17 mai 2011, numéro 260/11 V., le prévenu avait tenté de faire valoir qu'il lui aurait été impossible de faire l'aveu seul, puisque la signature conjointe des deux dirigeants était nécessaire pour engager la société. Les magistrats lui ont rétorqué qu'il aurait dû (i) faire son possible pour contacter

l'autre administrateur et, à défaut, (ii) en sa qualité d'actionnaire détenant 98 % du capital social, révoquer l'ancien administrateur, afin d'en nommer un nouveau et de procéder à l'aveu de faillite. Cette position très dure des juges tend vers une sensibilisation accrue des dirigeants afin de limiter l'accroissement des pertes subies par les créanciers.

Toutefois, dans les faits, il est parfois difficile de constater la cessation des paiements. En effet, non seulement le dirigeant manque bien souvent d'objectivité quant à la situation financière de sa société mais, qui plus est, l'espoir est toujours permis que celle-ci s'améliore à nouveau. Ainsi, pour les dirigeants, comparer « *la situation du commerce qu'ils ont créé à la sueur de leur front à celle d'un enfant qu'on n'abandonnerait pas non plus, dès que des difficultés apparaîtraient* », tel que décrit dans la décision de la Cour d'appel du 28 novembre 2012, précitée, prend tout son sens lorsqu'on est réellement confronté à cette situation. Dans cette décision, ce même dirigeant argue que « *d'exiger de lui d'avoir fait plus tôt l'aveu de la cessation des paiements, c'est-à-dire dès que des difficultés financières se présenteraient, obligerait la moitié des entreprises luxembourgeoises à déposer le bilan* ». Il s'agit là d'une réalité : il est difficile de juger de l'état actuel et du devenir de sa société. En l'espèce, il est rappelé que la cessation des paiements ne doit pas être absolument générale. En d'autres termes, le non-paiement d'une seule dette suffit pour l'établir, ce qui rend la situation difficilement appréciable. En l'espèce, la Cour d'appel a confirmé les faits retenus par les juges du fond et a notamment retenu l'aveu tardif de cessation des paiements. En revanche, la Cour a remis en cause la date même de la cessation des paiements fixée par les juges du fond. Comme précédemment évoqué, la société avait été condamnée à payer les travaux de rénovation qui devaient être réglés en date du 26 juin 2009, c'est pourquoi les juges du fond ont utilisé cette date pour fixer la cessation des paiements. La Cour d'appel a cependant relevé que ce jugement commercial était exécutoire par provision et qu'aucune provision n'avait été fournie. Aussi, le jugement n'était pas exécutoire et la date fixée n'était pas adéquate. La Cour a retenu le 1^{er} septembre 2009 car le restaurant avait été fermé après la vente progressive du fonds de commerce et la société n'avait plus de rentrée de fonds suffisante pour faire face à ses engagements importants. La société n'avait de surcroît plus de crédit auprès de ses créanciers et peu de chance d'en obtenir un, vu l'absence de fonds de commerce. Par conséquent, l'aveu de cessation des paiements des dirigeants en date du 13 janvier 2010 était bien tardif et fut de ce fait sanctionné.

20. En ce sens : T. arr. Luxembourg, 22 mars 2007, n° 1025/2007 ; T. arr. Luxembourg, 11 juillet 2007, n° 2279/2007 ; Cour d'appel (X^e ch.), 1^{er} juillet 2009, n° 345/09 X ; Cour d'appel (V^e ch.), 22 décembre 2009, n° 580/09 V. ; Cour d'appel, 13 juillet 2010, n° 334/10 V. ; T. arr., 8 juin 2011, n° 1957/2011 ; Cour d'appel (X^e ch.), 1^{er} février 2012, n° 76/12 X ; Cour d'appel (X^e ch.), 1^{er} février

2012, n° 76/12 X ; Cour d'appel (X^e ch.), 17 octobre 2012, n° 456/12 X ; T. arr., 31 octobre 2012, n° 3310/2012 ; Cour d'appel (V^e ch.), 30 avril 2013, n° 253/13 V. ; Cour d'appel (V^e ch.), 16 avril 2013, n° 201/13 V. ; Cour d'appel (X^e ch.), 2 juin 2010, n° 247/10 X. ; Cour d'appel (X^e ch.), 23 novembre 2011, n° 559/11 X.

Il est par conséquent impératif que les dirigeants procèdent de façon méthodique et continue à l'établissement de leurs livres de commerce et les analysent régulièrement, afin de s'assurer de la viabilité de la situation financière de la société et, le cas échéant, de procéder à l'aveu de cessation des paiements dès les premiers signaux.

Dans la décision de la V^e chambre de la Cour d'appel du 18 décembre 2007, numéro 604/07 V., les magistrats n'ont pas retenu la responsabilité pénale du dirigeant pour aveu tardif de faillite alors qu'il apparaissait que la situation financière de la société était obérée depuis le milieu de l'année 2003. En l'espèce, le dirigeant croyait de bonne foi en la possibilité de pouvoir redresser la situation de la société. Étant donné qu'il s'était vu accorder une prorogation du crédit en compte courant en novembre 2003 pour lequel il s'était porté caution, la Cour estima que le dirigeant avait pu légitimement être conforté en cet espoir. Le dirigeant s'étant par ailleurs porté caution, les juges ont estimé que cet aveu tardif était principalement préjudiciable à ce dernier qui était personnellement engagé pour répondre des dettes de la société. La Cour précise à juste titre que « *le but premier de la loi est toutefois de sanctionner le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif de la faillite* ».

Dans une affaire similaire jugée devant le Tribunal d'arrondissement le 31 octobre 2012, numéro 3310/2012, la décision fut à l'opposé car le dirigeant fut déclaré banqueroutier simple. En l'espèce, le dirigeant avait également garanti une ligne de crédit de la société et une hypothèque avait été consentie par son épouse sur son appartement privé. Suite aux premières difficultés financières, le dirigeant avait de son propre chef réuni la majorité de ses créanciers afin d'obtenir des délais de paiement, délais qui lui avaient été accordés. Néanmoins, il ressort des éléments du dossier que la société n'avait pas respecté ces délais. De plus, les juges ont estimé que le dirigeant avait effectivement eu connaissance de la cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit de la société au plus tard à la date de la réception de la lettre du représentant d'une grande partie des créanciers faisant référence à l'accord sur la prolongation des délais, lesquels n'ont pas été respectés, raison pour laquelle le représentant mit la société en demeure. Étant donné que le dirigeant avait eu connaissance de la date de cessation des paiements, indépendamment d'une quelconque intention frauduleuse, en ce qu'il avait notamment procédé au changement de la dénomination sociale et de la nationalité de la société en la transférant en France, il fut déclaré banqueroutier simple. En l'espèce, la Cour a logiquement retenu un faux espoir de redressement.

c. Coopération avec le curateur

Dans un but évident de bonne administration de la justice, le dirigeant qui n'aura pas coopéré avec le curateur²¹ pourra également être condamné en qualité de banqueroutier simple.

Dans un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 4 octobre 2007, numéro 2587/2007, la prévenue avait expliqué aux juges qu'elle était en pleine procédure de divorce, lorsqu'elle avait reçu la convocation à son domicile et qu'elle devait ainsi s'occuper d'autres problèmes prioritairement. Cette argumentation est restée vaine car la prévenue n'avait pas répondu à la convocation de la curatrice pendant presque deux ans, malgré la réception du courrier envoyé par la curatrice et la citation du ministère public. La prévenue fut sans surprise déclarée banqueroutière. Il en va de même pour ce dirigeant qui a prétexté une « sévère dépression » pour justifier son absence de réaction face aux diverses convocations de la curatrice, tel qu'énoncé dans l'arrêt rendu par la V^e chambre de la Cour d'appel du 16 avril 2013, précité. À l'inverse, dans la décision de la X^e chambre de la Cour d'appel du 13 mars 2013, numéro 150/13 X, les juges ont acquitté le prévenu qui, en raison de son incarcération, prétendait ne pas avoir reçu le courrier de convocation du curateur. Le doute sur la réception du courrier a suffi à la Cour en l'espèce pour le décharger.

Afin de minimiser les risques de mise en jeu de leur responsabilité de ce chef, les dirigeants se doivent (i) de collaborer avec le curateur dès le début de la mise en faillite de la société, (ii) de lui fournir des renseignements exacts, (iii) de donner suite à ses convocations endéans des délais raisonnables, (iv) de respecter leurs engagements vis-à-vis de lui, (v) de répondre à ses courriers et appels téléphoniques, (vi) de se rendre avec lui au siège de la société en faillite pour les inventaires et, de manière générale, dès que le curateur s'y rend et, enfin, (vii) se montrer intéressés du sort de la société faillie. En effet, nous avons trop souvent vu dans des structures de type holding où les gérants sont domiciliés à l'étranger que la tentation était grande de ne pas répondre au curateur luxembourgeois ou de feindre de ne pas avoir reçu ses convocations. La sanction se fait dans ces cas rarement attendre.

2.1.2. Banqueroute frauduleuse

Comme son nom l'indique, la banqueroute frauduleuse se différencie de la banqueroute simple en ce que l'intention frauduleuse du dirigeant est requise. La banqueroute frauduleuse nécessite deux éléments constitutifs : (i) un élément matériel, qui en pratique,

21. En ce sens : Cour d'appel, 13 juillet 2010, R.G. n° 334/10 V. ; Cour d'appel (X^e ch.), 1^{er} février 2012, R.G. n° 76/12 X ; Cour d'appel (X^e ch.), 17 octobre 12,

R.G. n° 456/12 X ; Trib. arr., 31 octobre 2012, n° 3310/2012 ; Cour d'appel (X^e ch.), 2 juin 2010, R.G. n° 247/10 X.

sera très souvent caractérisé par le détournement ou la dissimulation d'une partie de l'actif et (ii) un élément moral qui se caractérise par une intention dolosive caractérisée.

D'autres éléments matériels sont également listés à l'article 577 du Code de commerce. Ainsi, le dirigeant d'une société faillie (i) qui aura soustrait en tout ou en partie les livres ou documents comptables, ou qui en aura frauduleusement enlevé, effacé ou altéré le contenu, (ii) qui aura détourné ou dissimulé une partie de son actif ou (iii) qui, dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, se sera frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne doit pas, sera déclaré banqueroutier frauduleux.

Il est à noter que certaines similitudes avec l'abus de confiance et plus précisément avec l'abus de biens sociaux peuvent entraîner une certaine confusion. La banqueroute frauduleuse se différencie de l'abus de confiance en ce que le banqueroutier ne va pas apporter de contre-valeur à l'actif détourné ou dissimulé. À l'inverse, l'auteur d'un abus de confiance, qui peut être tout détenteur précaire (mandataire, dépositaire, emprunteur, locataire), détourne ou dissipe les objets, les fonds ou les valeurs qui lui avaient été confiés à titre précaire.

La banqueroute frauduleuse se différencie encore de l'abus de biens sociaux par un aspect temporel. En effet, les faits ayant conduit à l'infraction de banqueroute frauduleuse doivent avoir eu lieu après la cessation des paiements, alors que l'abus de biens sociaux aura nécessairement été commis avant. Toutefois, si les détournements en cause ont conduit à la cessation des paiements, alors, en vertu du principe de spécialité, seule l'infraction de banqueroute sera retenue.

En vertu du droit positif actuel, l'autre différence essentielle entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse se situe au niveau des peines applicables. Nous reviendrons sur ce point après avoir analysé les applications concrètes de cette infraction.

A. Détournement de tout ou partie de l'actif

Comme indiqué, le détournement de l'actif doit avoir lieu après la date de la cessation des paiements.

Bien que la lettre de l'article 577 du Code de commerce n'exige pas explicitement l'intention frauduleuse comme élément moral, la jurisprudence admet que le détournement et la dissimulation de tout ou partie de l'actif font justement présumer l'intention frauduleuse. Pour se défaire de la sanction, le prévenu devra alors démontrer l'affectation de l'actif à la réalisation de l'objet social, tel qu'énoncé dans un jugement du Tribunal d'arrondissement en date du

11 juillet 2007. En l'espèce, le dirigeant avait dissimulé un stock important de vêtements de son magasin, avant de délibérément procéder à l'aveu de la faillite juste après. Le dirigeant et son épouse arguaient que ce dernier était dans un état dépressif et qu'il avait agi « *par angoisse et par panique de voir son commerce s'écrouler après trente ans* ». Les juges du fond n'ont pas retenu ces éléments pour décharger le dirigeant. L'élément moral de la banqueroute frauduleuse, à savoir l'intention frauduleuse, était constitué par le fait qu'il ne pouvait ignorer que ses agissements visaient à réduire l'actif de la société, puisqu'il avait lui-même procédé à l'aveu de faillite. Cette position est également étayée par le fait qu'il avait sciemment nié l'existence du stock détourné devant le curateur de la faillite. La soustraction volontaire des objets fait présumer l'intention frauduleuse et ne nécessite pas d'être corroborée par l'intention d'agir au préjudice de la masse des créanciers. Autrement dit, aucune intention de nuire n'est requise.

Il ressort de nos recherches que le cas le plus fréquent de détournement ou de dissimulation concerne les véhicules de flotte sociétaire²². Les dirigeants prétendent alors, au moyen de montages plus ou moins élaborés, que ces véhicules appartiennent au dirigeant ou à un membre de sa famille depuis toujours ou par suite d'une vente. La faute réside dans le fait qu'en utilisant le véhicule de la société après la cessation des paiements, ce dernier voit sa valeur diminuer suite à l'accumulation de kilomètres au compteur et à l'usure générale. L'infraction est d'autant plus grave lorsque les véhicules détournés constituent le seul actif de la société, tel que relaté dans l'arrêt de la Cour d'appel du 13 juillet 2010, numéro 334/10 V. Dans ce cas, les créanciers se trouvent ainsi privés de toute possibilité de remboursement. À titre d'exemple, on peut également citer un jugement du Tribunal d'arrondissement en date du 22 mars 2007. En l'espèce, le dirigeant avait dissimulé une Mercedes et une Audi qui étaient toujours immatriculées au nom de la société. Le dirigeant avait soutenu avoir cédé la Mercedes en 2001 à un particulier inconnu en France et l'Audi en 2005 à une société luxembourgeoise dont il était le gérant. Selon le dirigeant, le prix ayant été payé au comptant, les transactions ne pourraient être tracées. Les voitures étant cependant toujours immatriculées au nom de la société en 2006, et le prétendu prix de vente des véhicules n'ayant pas été effectué en faveur de la société faillie, les éléments de la banqueroute frauduleuse furent réunis.

Le dirigeant peut également se trouver dans l'impossibilité de restituer le véhicule de la société car ce dernier est bloqué par le garagiste qui use de son droit de rétention en raison de factures impayées. Il faut alors différencier selon que le véhicule ait été déposé

22. En ce sens : Trib. arr., 22 mars 2007, 1025.2007 ; Cour d'appel (X^e ch.), 1^{er} juillet 2009, R.G. n° 345/09 X ; Cour d'appel, 19 janvier 2010, n° 25/10 V. ; Cour d'appel, 17 mai 2011, R.G. n° 260/11 V.

avant ou après le jugement déclaratif de faillite. Dans une décision de la Cour d'appel du 19 janvier 2010, numéro 25/10 V., le dirigeant n'avait pas été incriminé car le véhicule avait été déposé avant le jugement déclaratif de faillite. En l'espèce, deux voitures étaient immatriculées au nom de la société, dont l'une était retenue par le garagiste pour défaut de paiement d'une facture. À l'inverse, dans la décision de la Cour d'appel du 17 octobre 2012, précitée, les juges ont retenu la responsabilité du dirigeant au motif que le véhicule avait été déposé après que la société fut déclarée en faillite. Le dirigeant aurait en effet dû, à partir de cette date, remettre tout l'actif disponible au curateur de la faillite.

La Cour d'appel rappelle en revanche dans sa décision du 16 avril 2013, précitée, que le moindre doute doit profiter aux prévenus. En l'espèce, la curatrice avait de sérieux soupçons quant à l'identité du véritable propriétaire du véhicule litigieux, étant persuadée que la voiture appartenait à la société et que le dirigeant essayait de dissimuler maladroitement le bien. Une société tierce avait néanmoins déposé des contrats desquels il résultait que le véhicule avait été donné en location à la société faillie par la société tierce qui était le véritable propriétaire du véhicule. Étant donné qu'un doute légitime sur la propriété du véhicule existait, ce doute devait nécessairement profiter au dirigeant dont la responsabilité n'avait alors pas été retenue au titre de la banqueroute frauduleuse par les juges de première instance. À titre de rappel, en l'espèce, la Cour d'appel n'avait pas approuvé la qualification de dirigeant de fait pour le dirigeant concerné, raison pour laquelle il ne pouvait pas être inculpé pour des faits de banqueroute de façon générale.

De nombreux exemples jurisprudentiels montrent par ailleurs que la totalité de l'actif de la société peut être concernée par l'infraction de banqueroute frauduleuse.

Lorsque l'actif de la société est évoqué, il est commun de penser tout d'abord à l'argent de la société. Dans une décision de la Cour d'appel du 23 mai 2012, numéro 292/12 X, la responsabilité du prévenu avait été retenue au motif que le fils de ce dernier avait retiré 40 000 EUR du compte de la société après le jugement déclaratif de faillite. Cette somme représentait l'essentiel de l'actif de la société. Le prévenu avait fourni une procuration à son fils afin qu'il procède au retrait litigieux, prétextant qu'il s'agissait en fait d'argent qui lui revenait de droit en vertu d'un prêt à son profit qui n'avait que transité par le compte de la société. Cependant il ressortait clairement des faits que ce chèque était établi à l'ordre de la société et non pas à celui du dirigeant. Les juges ont alors retenu la responsabilité du dirigeant pour banqueroute frauduleuse ainsi que celle du fils, non pas en tant que dirigeant de fait, mais en tant que co-auteur car le dirigeant n'aurait pas pu procéder

aux retraits sans l'aide de son fils, en raison de son incapacité de déplacement à cette période.

Dans une décision de la X^e chambre de la Cour d'appel du 18 novembre 2009, numéro 510/09 X, il était reproché au dirigeant d'avoir dissimulé au curateur l'existence d'un compte bancaire auprès d'une banque belge. Le curateur avait pris connaissance dudit compte en recevant des extraits de comptes montrant que le dirigeant venait de déposer un capital de plus de 200 000 EUR, alors que la faillite n'était pas encore clôturée. Le Tribunal de première instance de Bruxelles avait alors émis un réquisitoire de saisie-arrêt conservatoire sur les fonds déposés. Par ladite décision de la Cour d'appel de Luxembourg, les magistrats ont ordonné la mainlevée de la saisie et la restitution des fonds au curateur de la faillite tout en n'oubliant pas de déclarer le dirigeant banqueroutier frauduleux.

Dans l'affaire jugée par la Cour d'appel le 23 novembre 2011, numéro 559/11 X, le litige portait sur le stock de la société, à savoir des articles d'horlogerie et de bijouterie d'une valeur totale de 8 840,02 EUR, ainsi que plusieurs prélèvements d'un montant total de 30 829,21 EUR. Le prévenu avait soutenu qu'il s'était fait livrer un grand nombre de montres afin de les vendre pour les fêtes de fin d'années et de renflouer les caisses. Vu que la demande n'était pas si grande, il avait été forcé de vendre les montres avec d'importantes remises. Resté en défaut de prouver que le fruit de la vente des articles avait servi à désintéresser les créanciers, le prévenu fut convaincu du détournement. Sans surprise, et comme nous l'avons évoqué, en matière de dissimulation et détournement d'actif, il incombe en effet au prévenu de prouver l'affectation de l'actif à la réalisation de l'objet social.

B. Soustraire en tout ou en partie les livres ou documents comptables

La deuxième illustration de banqueroute frauduleuse que nous avons pu relever au travers de notre analyse de la jurisprudence concerne la soustraction et la dissimulation de documents comptables que nous observerons à travers un arrêt de la Cour d'appel du 29 juin 2010, numéro 282/10 V. En l'espèce, une partie des documents comptables n'avait pas été retrouvée par le curateur. Le dirigeant avait avancé que les données électroniques avaient sans doute été perdues lorsque l'huissier avait procédé à la vente de l'ordinateur de la société et que seule une partie de la comptabilité sur papier était encore disponible. Les juges du fond étaient toutefois restés en défaut de caractériser l'intention frauduleuse du prévenu, explicitement exigée par l'article 577 du Code de commerce, contrairement à la dissimulation ou au détournement d'une partie de l'actif car cela confinait au non-sens de dissimuler des documents comptables pouvant disculper le dirigeant, alors que ceux qui avaient été fournis l'accablaient.

2.1.3. Peines relatives à la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse

A. Peines maximales par infraction

L'article 489 du Code pénal indique que les banqueroutiers simples seront condamnés d'un emprisonnement allant d'un mois à deux ans et que les banqueroutiers frauduleux seront condamnés à la réclusion de cinq à dix ans.

Il convient de noter que la chambre du Conseil peut effectuer une décriminalisation de la banqueroute frauduleuse en application de l'article 74 du Code pénal, relatif à la dépénalisation des infractions. Ainsi, en pratique la peine maximale relative à la banqueroute frauduleuse se traduira par une peine d'emprisonnement de trois mois au moins.

Enfin, l'article 490 du Code pénal indique que, indépendamment de la qualification de banqueroutier simple ou frauduleux, seront condamnés à un emprisonnement d'un mois à deux ans et à une amende de 500 à 30 000 EUR (i) ceux qui, dans l'intérêt du failli, auront soustrait, dissimulé ou recelé tout ou partie de ses biens, meubles et immeubles ; (ii) ceux qui auront frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par l'interposition de personnes, des créances supposées ou exagérées ; (iii) le créancier qui aura stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations relatives à la faillite, ou qui aura fait un traité particulier duquel résulterait, en sa faveur, un avantage à la charge de l'actif du failli ; (iv) le curateur qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion.

S'ajoute à cela, en vertu de l'article 444-1 du Code de commerce, l'obligation pour le juge de prononcer une interdiction d'exercer une activité commerciale à l'encontre du dirigeant condamné pour banqueroute simple et/ou frauduleuse et qui a contribué à la faillite par une faute grave et caractérisée. L'interdiction peut aller de un à vingt ans.

Enfin, les tiers visés à l'article 575 du Code de commerce, notamment le curateur qui se sera rendu coupable de malversations dans sa gestion, encourrent également entre un mois et deux ans d'emprisonnement, ainsi qu'une amende pouvant aller de 500 EUR et 30 000 EUR.

B. Sort du complice

Les complices, c'est-à-dire ceux qui auront donné des instructions et/ou qui auront, en connaissance de cause, aidé le banqueroutier frauduleux en vue de préparer ou de faciliter la banqueroute, seront également incriminés. À ce titre, nous pouvons rappeler l'arrêt de la Cour d'appel du 23 mai 2012, précité, dans lequel le fils avait été inculpé pour complicité au motif que, sans son aide, la commission des faits de banqueroute frauduleuse n'aurait pas été possible.

C. Concurrence des faits, des infractions et des peines

En cas de concurrence entre plusieurs faits de banqueroute simple ou entre plusieurs faits de banqueroute frauduleuse, il n'y a *ni concours matériel, ni concours idéal*²³. Il n'y a qu'une seule infraction pétrée par plusieurs faits de négligence (pour la banqueroute simple) ou de fraude (pour la banqueroute frauduleuse) et compromettant un seul et même intérêt, celui des créanciers du failli.

L'infraction de banqueroute simple est en revanche en *concours réel* avec l'infraction de banqueroute frauduleuse.

Notons qu'en cas de concurrence entre des infractions de banqueroute simple, facultative ou non, et de banqueroute frauduleuse, en vertu de l'article 60 du Code pénal, seule la peine la plus forte, c'est-à-dire celle encourue pour la banqueroute frauduleuse, sera prononcée. Toutefois, cette peine pourra être élevée au double du maximum mais ne pourra pas dépasser la somme de toutes les peines encourues. Ceci implique que le dirigeant pourra être poursuivi pour les deux chefs.

Suivant la jurisprudence récente de la Cour d'appel, les infractions de banqueroute simple et d'abus de biens sociaux, de même que les infractions de banqueroute frauduleuse, ne sont plus considérées comme une seule infraction compromettant un seul et même intérêt (à savoir celui des créanciers) et entre lesquelles aucun concours réel ou idéal n'est possible. Les différentes infractions sont désormais punissables indépendamment et en concours réel entre elles. Ceci compte également pour les infractions d'abus de biens sociaux. En cas de concurrence entre les infractions d'abus de biens sociaux et de banqueroute, il y aura également lieu d'appliquer l'article 60 du Code pénal, afin de prononcer la sanction pour banqueroute frauduleuse pour tous les faits commis, y compris ceux relevant de l'abus des biens sociaux. La sanction pour banqueroute frauduleuse l'emporte

23. À titre de rappel, il existe deux formes de concours entre infractions : le concours réel et le concours idéal. Dans le cas du concours réel, l'auteur commet successivement plusieurs faits matériels, dont chacun constitue une infraction indépendante. La situation est appréciée avant que l'un de ces faits commis ait été jugé.

Dans le cas du concours idéal, l'auteur commet un fait matériel unique et commet plusieurs infractions à la fois.

ainsi sur l'abus de biens sociaux, en vertu du principe de la spécialité.

D. Sursis

Dans le cadre de l'exécution des peines, il convient de remarquer qu'en sus des peines prononcées qui semblent de façon générale très légères (eu égard aux faits commis), le sursis intégral à l'exécution de la peine d'emprisonnement sera souvent accordé au dirigeant qui n'a pas encore subi de peine d'emprisonnement, et ce malgré la gravité des faits.

Afin d'apprécier l'applicabilité du sursis, les juges prennent notamment en compte des éléments comme la gravité des faits, la pluralité d'infractions commises et, surtout, les antécédents judiciaires.

L'attitude du dirigeant, et notamment le fait de nier des faits pourtant patents et de chercher des excuses pour son comportement au lieu d'admettre qu'il a commis des infractions est également observé. Dans le jugement du Tribunal d'arrondissement du 22 mars 2007, précité, le dirigeant n'avait pas cessé de nier pendant plusieurs années que les voitures dissimulées appartenaient à la société afin que ces biens ne se retrouvent pas dans la masse. Une peine d'emprisonnement de neuf mois, ainsi qu'une amende de 4 000 EUR furent prononcées à son encontre. Étant donné que le dirigeant n'avait pas encore subi de peine excluant le sursis à l'exécution de la peine d'emprisonnement, le sursis intégral fut prononcé en sa faveur.

L'énergie criminelle développée par le prévenu est également retenue pour fixer une peine. Dans l'arrêt de la Cour d'appel du 17 mai 2011, précité, où le dirigeant fut également incriminé pour des faits de banqueroute frauduleuse et plusieurs faits d'escroquerie, le sursis lui a été accordé en tenant compte de son âge et de l'ensemble de ses antécédents judiciaires relativement bons malgré l'énergie criminelle qu'il avait développée pour commettre l'infraction.

Dans un jugement du Tribunal d'arrondissement du 8 juin 2011, numéro 1957/2011, le dirigeant avait laissé la situation de la société s'aggraver jusqu'au jour de l'assignation en faillite par un créancier, en ne procédant pas à l'aveu de faillite. Le passif total de la société s'élevait à 297 112,58 EUR au 7 juillet 2008 et la date de cessation des paiements avait été fixée au 11 août 2006. Eu égard aux fautes commises par le prévenu, et notamment le désintérêt certain dont il avait fait preuve dans le cadre de la gestion et tout au long de la période de faillite, les juges l'ont condamné à une peine d'emprisonnement de vingt-quatre mois. Le sursis lui fut refusé sur base de ses antécédents judiciaires.

Dans l'arrêt de la Cour d'appel du 13 juillet 2010, précité, les infractions retenues à la charge du dirigeant étaient considérées comme étant le fruit d'une volonté d'utiliser la société pour y déclarer les salariés travaillant en fait en France pour deux autres sociétés. Les salaires nets étaient en fait payés par les sociétés françaises, alors que les cotisations sociales auprès du CCSS luxembourgeois accumulaient des retards. Une peine d'emprisonnement de vingt-quatre mois fut prononcée à l'égard du dirigeant. En l'espèce, étant donné que ce dernier n'avait pas encore subi de peine excluant le sursis à l'exécution, le sursis intégral lui fut accordé.

Dans l'arrêt de la Cour d'appel du 1^{er} février 2012, précité, le dirigeant avait délaissé la gestion de la société et laissé s'accroître les dettes envers les créanciers publics. Les juges du fond prononcèrent une peine d'emprisonnement de huit mois et une amende à hauteur de 2 000 EUR à son égard. Néanmoins, le sursis intégral lui fut accordé. À titre d'information, la Cour d'appel annula la peine prononcée, pour illégalité car en vertu de l'article 489 du Code pénal, la banqueroute simple ne peut être punie que par une peine d'emprisonnement allant d'un mois à deux ans. En cumulant la peine d'emprisonnement prononcée avec une peine d'amende, celle-ci était illégale. La Cour prononça donc uniquement la peine d'amende.

Les juges d'appel, dans leur décision du 23 mai 2012, précitée, ont tenu compte du montant important du détournement fait au détriment des créanciers de la société, ainsi que de la longue durée pendant laquelle le prévenu s'était désintéressé de la gestion de sa société et avait laissé s'accumuler les dettes et les procès. Par conséquent, l'atteinte grave à l'ordre public économique, dénotant une énergie criminelle dans le chef du prévenu, fut retenue. La Cour releva que le dirigeant fit preuve d'une attitude revendicatrice, et qu'il n'avait pas respecté les éléments de base du droit des sociétés, considérant qu'il pouvait faire avec la société ce que bon lui semblait. Une peine d'emprisonnement de quinze mois et une amende de 2 500 EUR furent prononcées à son égard. En l'espèce, le dirigeant n'ayant pas d'antécédents judiciaires et ayant un casier judiciaire vierge, a pu profiter du sursis intégral grâce à la Cour d'appel, alors que les juges du fond ne lui avaient pas accordé de sursis.

Le Tribunal d'arrondissement a enfin estimé dans sa décision du 20 février 2014, précitée, que le fait de laisser une société face aux revendications de créanciers privés, sans moyens de subsistance, est d'une gravité non négligeable et requiert donc une condamnation à une peine d'emprisonnement de deux mois. Le sursis intégral fut également accordé.

Nous ajoutons qu'une mesure annexe consiste bien souvent en la réintégration dans la masse de l'actif détourné dans le cadre de la banqueroute.

2.1.4. Projet de loi 6539/05

Le projet de loi 6539/05 relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite prévoit la décriminalisation de la banqueroute frauduleuse. La distinction entre banqueroute frauduleuse et banqueroute simple n'existera donc plus et les dispositions relatives à la banqueroute frauduleuse disparaîtront. Subsisteront alors les mêmes cas d'ouverture que pour la banqueroute simple, ainsi que la même peine maximale qui fera de la banqueroute frauduleuse un délit. La responsabilité des dirigeants pour banqueroute pourra ainsi être plus facilement engagée. Il faut savoir que le nombre de poursuites judiciaires pour banqueroute frauduleuse est très limité. On en dénombre cinq en tout au cours des années 2009 et 2010 pour Luxembourg et Diekirch²⁴.

Il convient également d'ajouter qu'avec le vote du projet de loi 6539/05, l'exigence de prouver une faute grave et caractérisée disparaîtra, non seulement dans le cadre de la banqueroute, mais également afin de pouvoir prononcer l'interdiction d'exercer, en vertu de l'article 444-1 du Code de commerce. Cette « *faute grave et caractérisée* » sera remplacée par une « *faute de gestion* » plus facile à démontrer. Il y aura alors une double condition à remplir : (i) la commission d'une faute de gestion et (ii) le fait que la faute de gestion ait contribué à la faillite.

La précision à l'article 444-1 (1) dernière phrase du Code de commerce actuel, relative à la banqueroute (simple et frauduleuse selon l'état législatif actuel) devrait être maintenue dans le projet de loi. En d'autres termes, en cas de banqueroute du failli, le tribunal sera obligé de prononcer l'interdiction d'exercer.

2.2. Abus de biens sociaux

2.2.1. Éléments constitutifs

Conformément à l'article 171-1²⁵ de la Loi telle que modifiée, les dirigeants de société peuvent être condamnés pour abus de biens sociaux. En pratique, c'est bien souvent le curateur qui, dans le cadre de ses recherches, mettra en avant les manquements du dirigeant. C'est la raison pour laquelle, nous avons souhaité analyser ce délit dans le cadre de la présente contribution, bien qu'il ne soit pas explicitement lié à la faillite.

Pour ce faire, il faut que *le dirigeant* ait (i) fait un *usage des biens sociaux ou du crédit de la société*, (ii) d'une façon *contraire à l'intérêt social*, (iii) en recherchant un *intérêt personnel* tout en étant de *mauvaise foi*.

A. La qualité de dirigeant

Tout d'abord, il convient de préciser que la jurisprudence entend par « dirigeant », le dirigeant de droit, et de fait. Dans le jugement du Tribunal d'arrondissement du 3 avril 2003, numéro 930/2003, développé plus bas, une salariée, ayant le pouvoir de procéder à toutes les transactions financières par sa seule signature, était à considérer comme dirigeant au sens de l'article 171-1 de la Loi. Si une personne n'est pas dirigeante de droit ou de fait, elle peut néanmoins être convaincue en tant que co-auteur ou complice, si elle a contribué à la réalisation de l'abus de biens sociaux par le dirigeant.

B. Usage du crédit et/ou des biens sociaux

Il échet de préciser que la jurisprudence entend par « usage », un seul usage, même temporaire. Il n'y a pas besoin de détournement ou dissipation. Dès que la confusion de patrimoine est établie entre le dirigeant et la société, ne serait-ce que de façon instantanée, le délit est réalisé²⁶.

En pratique, par « crédit » et « biens de la société », il est entendu généralement les fonds de la société. En effet, les dirigeants commettant un abus de biens sociaux recourent bien souvent aux fonds de la société pour un usage personnel, mais également à d'autres biens de la société, ce que nous avons pu observer dans le cadre de la décision de la Cour d'appel rendue le 1^{er} juin 2010, numéro 245/10 V.

En l'espèce, le dirigeant d'une société avait disposé de différents biens de la société. Il avait notamment effectué plusieurs retraits au préjudice de la société 1 et de la société 2, le tout au profit de son compte personnel. Au préjudice de la société 2, il avait également payé des notes d'honoraires surfaites au profit de son épouse pour avoir décoré son bureau, payé deux loyers pour son habitat personnel, des frais de crèche et un salaire fictif, au profit d'un tiers qui travaillait en fait pour une autre société, dont le dirigeant était associé.

24. Legicorp, avis de la chambre de commerce sur le Projet de loi n° 6539/05.

25. « Seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 à 25.000 euros ou d'une de ces peines seulement, les dirigeants de sociétés, de droit ou de fait, qui de mauvaise foi,

– auront fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ;

– auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement. »

26. Cf. M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, « Partie spéciale : les infractions », Thémis, PUF.

Le dirigeant dans cette espèce avait encore mis à disposition gratuitement des locaux au sein du siège de la société, eux-mêmes loués par la société, et ce à des tiers qui n'étaient pas en relation directe avec la société et ses activités. Bien que seulement locataires desdits locaux, ces derniers lui apportaient la jouissance paisible d'un bien lui assurant ainsi son exploitation. Les juges ont ainsi estimé qu'il s'agissait d'un bien de la société. Or en mettant gratuitement l'usage de ces locaux à la disposition de tiers, sans aucune contrepartie, les dirigeants se sont rendus coupables d'abus de biens sociaux, car ce montage ne représentait aucun intérêt pour la société, d'autant plus que la mise à disposition engendrait également d'autres dépenses telles que le chauffage ou l'électricité restant à la charge de la société.

On peut également ajouter un exemple relatif au « *crédit* » et non pas aux « *biens* » de la société tiré de l'arrêt de la Cour d'appel rendu le 29 juin 2010, numéro 282/10 V. En l'espèce, il s'agissait de la commande d'un ordinateur auprès d'une entreprise avec laquelle la société était en relation d'affaires continues pour se procurer du matériel informatique. En commandant un ordinateur au nom de la société, le dirigeant avait fait usage du crédit de la société auprès de l'entreprise informatique.

On peut en revanche retenir les deux exemples suivants où l'abus de biens sociaux ne fut pas retenu. Dans l'arrêt de la Cour d'appel rendu le 1^{er} juin 2010, numéro 245/10 V, précité, le paiement du matériel roulant et du carburant ne représentait pas un abus de biens sociaux étant donné que le dirigeant avait souvent utilisé la voiture de fonction pour démarcher et contacter des clients. Il est à noter que le montant indiqué par le dirigeant était également proportionné à l'utilisation du véhicule à des fins professionnelles.

L'autre exemple se situe dans un arrêt de la Cour d'appel rendu le 23 novembre 2010, numéro 463/10 V. En l'espèce, il était reproché au dirigeant social, associé pour la moitié du capital social, d'avoir viré la totalité du capital social à une autre société, dont son coassocié était le bénéficiaire économique. Les juges de première instance avaient qualifié cet acte comme étant un abus des biens de la société, vu qu'il était préjudiciable pour la société d'être dépourvue de toutes ses ressources et vu que le dirigeant avait utilisé les fonds pour rembourser son coassocié des fonds qu'il lui avait prêtés pour la constitution et l'établissement de la société.

La Cour d'appel accepta cependant l'argument du dirigeant concernant le prêt à rembourser à l'autre société et que le capital avait ainsi uniquement transité par le compte de la société pour les besoins de sa constitution. Même si on pouvait discuter le caractère fictif de l'apport, cela n'avait aucune relevance dans

le cadre de l'abus de biens sociaux. Ceci fait d'ailleurs allusion à une règle du droit des sociétés, à savoir l'intangibilité du capital social. Une fois constitué, le capital social de la société ne bouge pas, sauf accord des associés. Les fonds demeurent cependant librement utilisables.

C. *Contrariété à l'intérêt social*

Il ressort des jurisprudences étudiées qu'est contraire à l'intérêt social l'acte qui expose la société, sans nécessité pour elle, à des risques anormaux et graves. Ainsi, tout acte qui fait courir un risque anormal au patrimoine social sera considéré comme étant contraire à l'intérêt social. À l'inverse, sans pour autant caractériser une perte, l'acte qui ne procure pas un quelconque bénéfice ou avantage à la société et qui n'est pas en lien avec l'objet social sera aussi considéré comme un acte contraire à l'objet social.

Prenons l'exemple issu de l'arrêt de la Cour d'appel rendu le 1^{er} juin 2010, précité, et notamment celui du paiement des loyers d'habitation personnelle. Il va de soi que de telles factures relevant de la vie privée du dirigeant n'entrent pas dans l'objet social de la société et n'engendrent aucun bénéfice ou avantage pour cette dernière. Il en est de même pour les prélèvements effectués par le dirigeant au détriment de la société dans cette affaire. L'intention de rembourser les sommes prélevées ne suffit pas pour excuser le dirigeant fautif, car la société est privée d'avoirs, ne serait-ce que temporairement, et ne perçoit pas d'intérêts sur ces sommes. De plus, elle s'expose au risque de ne pas être remboursée, raison pour laquelle un prêt au profit du dirigeant n'est pas dans son intérêt.

Une distinction élémentaire mais primordiale doit alors être effectuée pour protéger autant que faire se peut les dirigeants : il leur faut absolument séparer leur vie privée de celle de leur société.

On pourra utilement rappeler l'exemple du paiement du matériel roulant et du carburant par la société, issu de l'arrêt de la Cour d'appel du 1^{er} juin 2010, numéro 245/10V, où, bien que tous les éléments laissaient supposer que le dirigeant avait commis un abus de biens sociaux, ce dernier fut acquitté. En l'espèce, des factures avaient alors été réglées par la société pour des réparations de voitures et du carburant. Or, la société ne disposait pas de véhicule. Le dirigeant s'était défendu en arguant que ses déplacements étaient effectués dans le cadre professionnel, puisqu'ils avaient pour but de démarcher la clientèle, ce qui était conforme à l'objet social et dans l'intérêt de la société. Aussi, eu égard au type de véhicule conduit, à sa qualité de dirigeant de fait et à la durée d'activité de la société, les sommes déboursées ne paraissaient pas excessives. À la lumière de ces éléments, la Cour acquitta le prévenu.

La décision de la Cour d'appel rendue le 29 juin 2010, numéro 282/10 V, est également très intéressante en ce qu'elle permet de mieux saisir les comportements punis par la loi pour abus de biens sociaux et notamment les contours entre conviction et acquittement.

En l'espèce, le dirigeant avait effectué une multitude de prélèvements sur le compte de la société. Une partie de ces prélèvements (à hauteur de 210 930 EUR) n'était pas identifiée ni identifiable.

Le dirigeant soutenait qu'il employait des ouvriers travaillant aux Pays-Bas. Il arguait que les prélèvements non identifiés correspondaient aux salaires, frais de déplacement et frais de location relatifs au logement des ouvriers, qu'il versait en espèces. Or, l'enquête démontra qu'aucun élément ne prouvait que des salariés aient été employés aux Pays-Bas. Aucune quittance relative à ces prétendus salaires et dépenses ne fut fournie. Un témoin, prétendu salarié de la société, confirma l'hypothèse des dépenses en espèces aux Pays-Bas, un autre témoin soutint qu'à la même période, le dirigeant avait fait effectuer d'importants travaux de rénovation sur sa propriété privée et l'ancienne secrétaire en charge de la gestion des salaires confirmait que ces salaires n'étaient payés que de façon exceptionnelle en liquide et sinon par voie de virement. Par ailleurs, le curateur releva que seuls les salariés travaillant au Luxembourg avaient déposé une déclaration de créance afin de se faire payer leurs salaires. Étant donné qu'aucun indice clair n'existait sur la réalité des faits à retenir, la Cour se limita alors aux faits : le dirigeant avait prélevé les sommes qui étaient ainsi *en sa possession*. De surcroît, la répartition des prélèvements était très disparate, ce qui était en contradiction avec les soi-disant prélèvements mensuels réguliers pour payer les prétendus salariés. Étant donné qu'aucune affectation pour le compte de la société des fonds n'avait été faite, l'usage des fonds fut apprécié comme étant contraire à l'intérêt de la société.

D'autre part, une deuxième partie des fonds prélevés était identifiée avec la mention « apport personnel ». En l'espèce, le dirigeant avait crédité le compte de la société avec des fonds issus de sa propre poche, en raison de créances impayées par les clients de la société, et ce afin de pouvoir notamment payer les salaires. Il *s'était ensuite remboursé* sur les mêmes sommes en se servant des fonds de la société, une fois les caisses renflouées. Même si la Cour rappela que la société n'est *pas censée fonctionner comme un compte courant pour associés*, et que le dirigeant ne pouvait donc pas injecter et prélever librement de l'argent, il fut retenu que la *société n'avait pas subi de préjudice* et, de ce fait, que le dirigeant n'avait pas agi contrairement aux intérêts de la société, ni dans son intérêt personnel.

D'autres exemples issus de la jurisprudence précitée témoignent davantage de la limite entre conviction et acquittement, en faisant une application stricte des conditions cumulatives énumérées à l'article 171-1 de la Loi. Si l'une d'elles n'est pas remplie, le dirigeant est en principe acquitté. La contrariété à l'intérêt social est un élément crucial car il est le premier qui fait pencher la balance vers l'abus.

En l'espèce, le dirigeant avait utilisé les fonds de la société pour payer un spectacle de magie, concevoir des invitations d'anniversaire et des étiquettes pour bouteilles de champagne, le tout pour la fête d'*anniversaire de son épouse*. La Cour releva que même si des salariés de la société étaient présents à l'anniversaire, il n'y avait aucun bénéfice, ni aucun intérêt pour la société à ce que son anniversaire soit fêté. La contrariété à l'intérêt social était donc acquise.

Le dirigeant avait également fait appel à un « *détective-recruteur* » pour trouver des candidats pouvant être embauchés comme des désosseurs. Étant donné qu'il était difficile de trouver de potentiels candidats, le dirigeant soutint qu'il avait besoin de recourir à un professionnel sur place, au Portugal. La Cour releva que les affirmations du dirigeant n'étaient pas dénuées de tout fondement et que le simple fait que ce prestataire se dénomme « détective » n'était pas un élément suffisant pour montrer qu'il s'adonnait à une autre activité dans son intérêt personnel. Il n'était alors pas prouvé que les prestations fournies étaient contraires à l'objet social de la société, ni ainsi à son intérêt social. Par conséquent l'abus de biens sociaux ne fut pas retenu à cet égard.

Le même dirigeant avait par ailleurs payé *trois voyages* avec les fonds de la société. Dans les trois cas, l'élément crucial qui avait fait pencher vers la conviction pour abus de biens sociaux ou l'acquiescement du dirigeant social fut l'intérêt de la société et notamment la réalisation de l'objet social. Nous tenons à réitérer que les conditions légales de l'abus de biens sociaux sont cumulatives pour que l'infraction soit caractérisée.

Si le dirigeant avait payé des billets d'avion pour se rendre au Portugal afin de recruter du personnel, le fait que l'un des deux billets avait été acquis après la date de cessation des paiements fut analysé comme un acte de banqueroute frauduleuse. Le billet acquis avant la cessation des paiements tombait dans le cadre de l'abus de biens sociaux. Les juges ont retenu qu'un voyage d'affaires ne pouvait être exclu et que la somme de 387,56 EUR n'était pas excessive pour un billet d'avion. Par ailleurs, la dénomination de « Viva Vacances » du prestataire de voyage ne représentait pas un indice suffisant pour établir le caractère non professionnel du voyage. Le comportement du

dirigeant n'était donc pas à qualifier comme contraire à l'intérêt de la société.

En revanche, le voyage payé pour son épouse et sa fille n'était clairement pas dans l'intérêt de la société et sans lien avec l'objet social, peu importe que le montant ait été minime (380,27 EUR). De plus, le fait que la facture fut envoyée à la société prouvait que la commande avait dû être effectuée au nom de cette dernière.

Le même dirigeant avait payé également 2 261,68 EUR pour un voyage au Brésil pour lui et son épouse, soutenant qu'il souhaitait recruter du personnel sur place et que le voyage n'était que partiellement privé. Selon la Cour, Rio de Janeiro est une destination de vacances. De plus, aucun élément ne prouvait que le dirigeant avait été en contact avec des intermédiaires afin de recruter des personnes. En outre, il était peu crédible que des salariés brésiliens soient engagés en priorité sur des salariés européens, en raison du principe de préférence communautaire et que les démarches administratives pour embaucher n'avaient d'ailleurs jamais été lancées. En dernier lieu, il semblait également peu crédible aux juges que quatre mois après avoir lancé l'activité, le dirigeant eût déjà des difficultés pour recruter du personnel. Par conséquent, le voyage n'avait aucunement servi à la réalisation de l'objet social de la société et fut donc déclaré contraire à l'intérêt social.

On peut également relever parmi les faits de l'arrêt de la Cour d'appel rendu le 29 juin 2010, précité, que le dirigeant avait fait payer des honoraires d'avocat par la société. Dans trois cas sur quatre, le dirigeant fut convaincu pour abus de biens sociaux. Dans le premier cas (Ministère public c. X), le dirigeant avait enfreint la loi sur la circulation routière et ce, précise-t-il, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions sociales, vu qu'il devait beaucoup se déplacer. La Cour rappela que des infractions pénales, commises dans le cadre privé ou professionnel, constituent des *manquements personnels* à l'ordre public. Le dirigeant était donc personnellement responsable de l'infraction commise et par conséquent la société n'avait pas d'intérêt à payer pour la défense du dirigeant. Dans le deuxième cas (X c. faillite Soc. 6), l'objet exact du dossier n'avait pas pu être déterminé. Le dossier auprès de l'avocat avait été ouvert sous le nom du dirigeant et tous les autres dossiers sous son nom concernaient des affaires personnelles du dirigeant. La facture d'avocat n'intéressait donc pas la société, selon les juges. Elle était contraire à l'intérêt social et seulement dans l'intérêt du dirigeant. Dans le troisième cas (dossiers X c. Soc. 7 et X c. Soc. 8), le dirigeant avoua qu'il s'agissait de dépenses privées. La Cour retint alors qu'il était contraire à l'intérêt social

de la société de devoir assumer les dépenses privées de son dirigeant.

Le dernier point concernait des factures payées avec les fonds de la société pour le compte personnel du prévenu et notamment pour acheter de la nourriture, ainsi que des vêtements de loisirs. Le dirigeant n'avait pas pu établir que la nourriture était pour les salariés et les juges ont logiquement estimé que le reste des dépenses était également effectué pour des besoins personnels et ainsi contraire à l'intérêt de la société. L'argument du dirigeant qui soutenait que deux ou trois fois par an, il pouvait utiliser les fonds sociaux pour acheter des vêtements afin de représenter la société, ne fut pas retenu par les juges. Le dirigeant fut ainsi convaincu pour abus de biens sociaux.

Les faits nous apprennent enfin que le dirigeant avait acheté un ordinateur avec les fonds sociaux pour travailler chez lui. Les juges ont retenu que rien ne permettait d'exclure que le dirigeant avait utilisé l'ordinateur à des fins professionnelles et que le montant dépensé pour l'acquisition n'était pas excessif. Il ne fut pas alors établi que l'achat de l'ordinateur était contraire à l'intérêt social.

Dans l'arrêt du 1^{er} juin 2010, précité, le fait de supporter les charges sociales d'une personne n'a d'intérêt pour une société que si cette personne travaille pour son compte, afin de contribuer à la réalisation de son objet social. À l'audience, le prévenu admit avoir affilié le prétendu salarié car il aurait eu pour projet de développer l'activité en Roumanie. Le dirigeant n'avait cependant pas établi la réalité d'un tel projet. Ainsi, cette affiliation et notamment le salaire fictif furent reconnus contraires à l'intérêt social.

D. Éléments moraux

Hormis la qualité de dirigeant, l'usage des fonds ou du crédit de la société et la contrariété à l'intérêt social, il incombe également que deux éléments moraux soient remplis pour établir l'abus de biens sociaux, à savoir :

a) la recherche d'un *intérêt personnel*, qui tend vers un but directement personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle le dirigeant est directement ou indirectement intéressé ;
et

b) l'usage conscient de *mauvaise foi*. Les dispositions de la Loi exigent que le dirigeant ait conscience du caractère contraire à l'intérêt social de ses agissements et qu'il exprime ainsi la volonté d'enfreindre la loi. La jurisprudence requiert « *une intention délictueuse, respectivement un dol spécial* », tel qu'énoncé dans l'arrêt de la Cour d'appel du 2 juin 2010, numéro 247/10 X. L'acte doit porter atteinte au patrimoine social ou exposer la

société, sans nécessité aucune, à des risques anormaux et graves, tel qu'énoncé dans un jugement du Tribunal d'arrondissement, en date du 3 avril 2003, numéro 930/2003.

Dans cette affaire, une salariée, ayant pouvoir de réaliser toute opération financière pour la société, avait effectué plusieurs prélèvements de sommes importantes (une vingtaine de millions de francs luxembourgeois), sur une durée totale d'un peu plus de deux ans pour les donner à une amie ayant des difficultés financières. Vu sa position, la salariée fut considérée comme dirigeante au sens de l'article 171-1 de la Loi. Après aveux, l'abus de biens sociaux fut établi car les prélèvements soumettaient la société à un risque grave et anormal, sans nécessité pour elle, et notamment au risque d'insolvabilité. Même si la dirigeante avait agi dans un but philanthropique, les juges ont qualifié la *reconnaissance* qu'elle voulait obtenir de son amie comme l'intérêt personnel qu'elle recherchait. Enfin, en tant que gérante technique, elle ne pouvait ignorer qu'elle n'était pas autorisée à prélever cet argent. Il existait d'ailleurs des enregistrements téléphoniques qui démontraient que la dirigeante agissait en connaissance de cause. La mauvaise foi fut donc établie, et partant, les conditions de l'abus de biens sociaux.

Certaines des affaires précitées, peuvent rendre l'élément moral plus concret.

La décision de la Cour d'appel rendue le 29 juin 2010, numéro 282/10 V, nous enseigne que la panoplie d'exemples fournis démontre que parfois la réunion des éléments moraux va de soi car elle est issue du bon sens alors que, dans d'autres cas, les éléments moraux sont déduits de la contrariété à l'intérêt social. En revanche, dans le cas où l'absence d'intérêt personnel est clairement établie, malgré la réunion des trois premiers éléments et notamment la contrariété à l'intérêt social, le dirigeant pourra être acquitté.

Il semble de prime abord évident que l'utilisation des fonds sociaux pour l'anniversaire de l'épouse du dirigeant, voire pour le paiement d'un voyage privé ne participait pas de l'intérêt social de la société, mais était faite dans l'intérêt personnel du dirigeant. Le dirigeant est considéré comme ayant fait des économies dans son patrimoine privé et il le faisait sciemment, car il ne pouvait ignorer qu'utiliser les fonds sociaux à ces fins, ne pouvait que nuire à la société.

Dans le cas où plusieurs prélèvements non identifiés furent faits par le dirigeant, les magistrats n'avaient pas eu connaissance de l'utilisation faite de l'argent. Le simple fait que l'argent fut retiré et à la libre disposition du dirigeant, sans qu'aucune affectation de l'argent ne fût prouvée, avait suffi à retenir la recherche de l'intérêt personnel. En sachant qu'il

agissait contre l'intérêt social, le dirigeant avait démontré sa volonté d'enfreindre la loi. Le fait de garder l'argent au détriment de la société présuait alors de son intérêt personnel et de sa mauvaise foi.

En revanche, concernant le point relatif au paiement des honoraires d'avocat, la Cour a retenu qu'il ne relevait pas de l'objet social de la société d'avancer des frais d'avocats de la société à un salarié, vu qu'elle encourait notamment le risque de ne pas se faire rembourser. Ce risque inutile et non justifié était considéré comme étant contraire à l'objet social. En revanche, *aucun élément du dossier ne démontrait que le dirigeant avait cherché à se procurer un avantage personnel*, et de ce fait la Cour décida d'acquitter ce dernier.

2.2.2. Tentatives d'exclusion

Nous précisons que les tentatives d'exonération en matière d'abus de biens sociaux ont été écartées par la jurisprudence dans les décisions évoquées ci-dessus, de sorte que les dirigeants actuels ou futurs se doivent d'être particulièrement vigilants sur ces points.

Tout d'abord, en ce qui concerne le prélèvement de fonds sociaux, la Cour fut très claire dans sa décision du 1^{er} juin 2010. L'intention de rembourser les sommes prélevées n'est pas suffisante car le fait de s'octroyer un prêt remboursable est contraire à l'intérêt de la société, la société se voyant temporairement privée de ces avoirs. De plus, en accordant un prêt à son administrateur, la société viole son objet social et court inutilement le risque que cette somme ne lui soit pas remboursée.

En ce qui concerne la mise à disposition gratuite de locaux, le fait que le contrat de bail de la société interdise la sous-location aurait dû inciter le prévenu à recueillir l'accord du propriétaire avant de les sous-louer mais cette exigence ne constitue pas une explication valable pour sous-louer les locaux sans exiger le paiement d'un loyer ou d'indemnités d'occupation.

2.2.3. Compétence territoriale

Concernant la compétence territoriale en matière d'abus de biens sociaux, il s'est posé la question de savoir si un abus de biens sociaux commis (du moins pour la majorité des actes matériels) à l'étranger au préjudice d'une société luxembourgeoise, pouvait être poursuivi au Luxembourg.

La question a été soulevée et traitée dans un arrêt de la Cour d'appel du 2 juin 2010, numéro 247/10 X.

En l'espèce, il s'agissait d'une société d'import-export et de commerce de tous produits et marchandises qui était propriétaire de trois véhicules, dont deux auraient été vendus à l'étranger selon les allégations du dirigeant. Cependant, le prix de vente n'avait jamais

été affecté au compte en banque de la société. Vu les éléments d'extranéité, la question de la compétence des tribunaux luxembourgeois fut soulevée. Selon les juges de première instance, la compétence de ces derniers n'a pas été retenue pour les faits pouvant être qualifiés de banqueroute frauduleuse ou d'abus de biens sociaux. Seule la banqueroute simple a été retenue par les juges de première instance pour la mauvaise tenue des livres de comptabilité et le défaut de publication des bilans.

Les juges de première instance ont raisonné par analogie avec les coups et blessures volontaires. Dans cette matière, les juges luxembourgeois sont compétents pour juger un étranger inculpé de coups et blessures volontaires, bien que les fautes aient été commises à l'étranger, lorsque les blessures ont été causées au Grand-Duché. Les juges de première instance avaient cependant interprété ce principe de façon à ce que le préjudice subi soit un élément constitutif de l'infraction. En revanche, les juges du Tribunal d'arrondissement ont soutenu qu'étant donné que simplement un risque anormal et grave pour la société était suffisant pour faire jouer l'article 171-1 de la Loi, l'infraction ne requerrait pas le préjudice comme élément constitutif de l'infraction d'abus de biens sociaux, vu qu'il ne s'agirait que d'une conséquence possible et non d'un élément à établir. Ainsi les juges se sont déclarés incompétents pour statuer sur l'abus de biens sociaux et la banqueroute frauduleuse.

La Cour d'appel s'opposa en revanche à ce raisonnement et releva les éléments suivants pour, d'une part, déclarer les tribunaux luxembourgeois compétents en la matière et, d'autre part, prononcer l'abus de biens sociaux à l'égard du dirigeant.

En l'espèce, la Cour rappelle qu'en vertu de l'article 7-2 du Code d'instruction criminelle, « est réputée commise sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli au Grand-Duché de Luxembourg ». L'élément à retenir comme critère de localisation est *l'élément matériel* qui est pris en considération tant au regard de la *conduite délictueuse* que du *résultat produit par l'acte*. Ainsi, le délit d'abus de biens sociaux est localisé, outre au lieu du détournement, au siège social où le détournement s'est traduit dans la comptabilité de la société. En l'espèce, malgré la revente des véhicules à l'étranger, les effets se sont ressentis au siège de la société au Luxembourg, par défaut de comptabilisation du prix de vente des véhicules.

Les juges luxembourgeois sont donc compétents car les effets du détournement ont été subis sur le territoire luxembourgeois. Ainsi, la Cour s'est prononcée sur le fond et a retenu le délit d'abus de biens sociaux au lieu de la banqueroute frauduleuse. Par conséquent, tel qu'expliqué auparavant, les faits de

banqueroute simple sont absorbés par l'abus de biens sociaux pour le prononcé de la peine. En l'espèce, le dirigeant ayant vendu des biens de la société n'avait pas prouvé que le prix de vente avait été porté au crédit de la société, ce qui était contraire à l'intérêt social. Il était présumé avoir gardé les fonds à des fins strictement personnelles et ce sciemment, réunissant ainsi les éléments de l'abus de biens sociaux.

3. Conclusion

À la lumière des récents apports jurisprudentiels, nous ne pouvons que constater le risque renforcé pour les dirigeants sociaux de voir leur responsabilité personnelle être engagée, risque accru que nous avons déjà relevé au cours de notre première contribution.

Rappelons que non seulement les dirigeants de droit mais encore les dirigeants de fait, incluant toute personne ayant une fonction de responsabilité relative à la gestion, peuvent être déclarés responsables à titre personnel et subir l'une des peines précitées. Afin d'éviter cela, chaque dirigeant devra respecter les obligations légales, comme par exemple l'aveu de faillite ou la tenue de livres de comptes. S'ils ne respectent pas ces obligations, les juges ne se laisseront pas facilement convaincre car, comme nous l'avons vu, les tentatives d'exonération sont très rarement retenues. La faute est commise par la simple omission, peu importe les raisons. Les dirigeants devront faire l'aveu de faillite et tenir des livres de compte à jour. Ceci relève de leur responsabilité et non de celle d'un tiers.

Il est également fondamental que les dirigeants fassent la différence entre leur patrimoine privé et le patrimoine social et qu'ils soient très scrupuleux dans l'utilisation des fonds de la société. Rappelons-nous que pour qualifier l'abus de biens sociaux, il suffit d'un usage instantané des biens de la société. Peu importe les intentions des dirigeants, les juges tiendront essentiellement compte des faits matériels et objectifs.

La confusion des biens peut également entraîner l'extension de faillite. Même si l'application des critères de l'extension n'est pas claire actuellement et si cette sanction risque de ne pas être prononcée, il faut retenir que les mêmes éléments de faits, suffisants pour qualifier l'extension de faillite, pourront entraîner la condamnation sur d'autres fondements et notamment pénaux.

De surcroît, le législateur affirme clairement ses intentions d'engager plus facilement la responsabilité des dirigeants sociaux, à travers le projet de loi 6539/05 qui, après son adoption, dépénalisera la banqueroute frauduleuse et supprimera l'obligation de prouver

La responsabilité des dirigeants de société

une « faute grave et caractérisée » pour prononcer la banqueroute, l'action en comblement de passif et l'interdiction d'exercer.

In fine, nous retiendrons que l'intérêt de la société doit primer. Dans le cas inverse, on a de fortes chances de

se trouver dans l'un des cas de figure susmentionnés et en l'occurrence dans le cas d'une faillite sociale. À cet égard, il faut garder à l'esprit que souvent les « bonnes » décisions telles que les « mauvaises » relèvent souvent du bon sens.