Jugt no 2587/2007

Audience publique du 4 octobre 2007

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **douzième chambre**, a rendu le jugement qui suit:

Dans la cause du Ministère Public contre

Etr. **X.),** épouse (...)**,**
née le (...) à (...) (Angola),
demeurant à L-(...), (...) ;

- p r é v e n u e -

F A I T S :

Par citation du 25 juillet 2007 Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis la prévenue de comparaître à l'audience publique du 19 septembre 2007 devant le tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

Infractions aux articles 574 5°, 574 6°, 576 du Code de commerce combiné à l' article 489 du Code pénal ; infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ;

A l'appel de la cause à cette audience Madame la vice-présidente constata l'identité de la prévenue et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal.

Le témoin Maître Marguerite RIES, curateur de la société **B.)** S.A. fut entendue en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu par la loi.

Les témoins **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** furent entendus en leurs déclarations orales après avoir prêté, chacun séparément, le serment prévu par la loi.

La prévenue **X.)** fut entendue en ses explications et moyens de défense. Maître Claude DERBAL, avocat, demeurant à Luxembourg développa plus amplement les moyens de défense de la prévenue **X.)** , bénéficiant de l'assistance judiciaire accordée par décision du délégué de Monsieur le Bâtonnier en date du 9 août 2007.

Le représentant du Ministère Public, Monsieur Jean-François BOULOT, premier substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendu en son réquisitoire.

Le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour, date à laquelle le prononcé avait été fixé,

L E J U G E M E N T Q U I S U I T :

Vu la citation à prévenu du 25 juillet 2007 régulièrement notifiée à la prévenue **X.)** .

Le Ministère Public reproche à **X.)** d'avoir :

*« en sa qualité dirigeante et d'administrateur de fait de la société **B.)** SA, ayant eu son dernier siège social à (...), (...), société actuellement en état de faillite par jugement du tribunal de commerce en date du 2 juillet 2004, partant comme auteur co-auteur ou complice, ayant exécuté l'infraction,*

1. ***dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg en octobre 2004, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,***

de s'être rendue coupable de banqueroute simple pour :

en infraction aux articles 574 5° sinon 576 du Code de Commerce ensemble avec l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendue à la convocation du curateur Maître Marguerite RIES du 13 octobre 2004 sinon de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés dans son courrier du 13 octobre 2004.

2. ***Dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, au siège social de la société B.) SA à (...). (...) puis (...), sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,***

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du code pénal,

*de ne pas avoir tenu pour la société **B.)** SA les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de Commerce (actuellement article 11 du Code de Commerce suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés), ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de Commerce (actuellement article 15 du Code de Commerce, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés),ce depuis le jour de la création de la société le 29 novembre 1999 au jour du jugement déclaratif de faillite, le 2 juillet 2004*

3. ***Dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, au siège social de la société B.) SA à (...), (...) puis (...)et au Registre de Commerce et des sociétés de Luxembourg le***

1er février 2003 et le 1er févier 2004, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

en infraction à l'article 163 3° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir soumis les comptes annuels (bilan et compte de pertes et profits) de la société ***B.)*** *SA à l'assemblée générale dans les douze mois de la clôture de l'exercice, ce pour les exercices 2001 et 2002, et de ne pas avoir fait publier ces documents.*

Par jugement du 2 juillet 2004 le tribunal d'arrondissement a déclaré la société anonyme **B.)** SA en état de faillite sur assignation du Centre Commun de la Sécurité Sociale, a fixé provisoirement l'époque de la cessation des paiements au 2 janvier 2004 et a désigné aux fonctions de curateur Maître Marguerite RIES.

En date du 7 juillet 2004 Maître Marguerite RIES adresse un courrier à **TEMOIN 1.)** la priant de prendre rendez-vous avec elle.

Le rapport d'activité du curateur Maître Marguerite RIES a été déposé en date du 28 septembre 2004.

Maître Jean-Georges GREMLING, mandataire de **TEMOIN 1.)** explique dans un courrier du 23 juillet 2004 adressé à Maître Marguerite RIES, que sa mandante n'aurait aucune fonction dirigeante dans la société **B.)** SA. Tout au contraire **TEMOIN 1.)** aurait été licenciée par lettre du 23 février 2001. Malgré l'engagement de **X.)** et lettre de rappel, **TEMOIN 1.)** n'aurait pas reçu ses salaires du mois de mars et avril 2001.

En date du 8 octobre 2004, le Ministère Public adresse un courrier à Maître RIES l'informant de différents faits :
Selon copie de la publication, les administrateurs de la société sont depuis octobre 2001 **C.)** , **D.)** et **TEMOIN 2.)** . Aucun document concernant la démission éventuelle de **TEMOIN 1.)** n'a pu être trouvé. Au vu des déclarations de Maître GREMLING, **X.)** serait la gérante de fait de la société, ce qui semblerait se confirmer puisque les administrateurs **C.)** et **D.)** ne seraient autres que les parents de **X.)** .

Le 13 octobre 2004, Maître Marguerite RIES prie **TEMOIN 2.)** et **X.)** , épouse (...), par lettre recommandée avec accusé de réception, de prendre rendez-vous en son étude et de lui faire parvenir la comptabilité et tous les documents en sa possession.

TEMOIN 2.) informe Maître Marguerite RIES par lettre du 24 octobre 2004, ne jamais avoir été en possession de documents concernant la société **B.)** . **X.)** l'aurait licenciée en juillet 2003.

Le 21 mars 2006 le Minstère Public adresse un transmis à la Direction Régionale de la Police Grand-Ducale avec prière de dresser procès-verbal à l'encontre de **X.)** , **C.)** et **D.)** , **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** .

Il a été procédé aux auditions de **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** en date des 15 mars 2007 et 21 mai 2007.

Quant à la prescription

Le mandataire de **X.)** , née (...), a soulevé la prescription pour les faits antérieurs au 21 mars 2003 en ce qui concerne les infractions sub 2 et sub 3.

La prescription de l'action publique étant d'ordre publique, le tribunal doit examiner d'office si l'action publique n'est pas éteinte par la prescription.

La prescription de l'action publique n'est pas interrompue par tout acte quelconque tendant à la recherche ou à la poursuite d'une infraction, même s'il est accompli par une autorité qualifiée pour y procéder. Pour produire un effet interruptif, l'acte doit, en outre, avoir le caractère d'un acte de la procédure pénale régulier en la forme (Cour 8 mars 1982, P. 25, 226 ; R. Thiry, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, T II no 105 à 107, p. 32).

Est généralement admis comme acte interruptif de la prescription tout acte de poursuite ou d'instruction, les actes de poursuites étant définis comme étant des actes qui mettent en mouvement l'action publique ou qui la maintiennent en mouvement ou lui donne une certaine extension. Les actes d'instruction interruptifs sont posés par le juge d'instruction, par la juridiction de jugement et par la police judiciaire pour découvrir la vérité. En ce qui concerne la police judiciaire, les actes de l'enquête officieuse qui ne sont pas seulement de simples renseignement, mais de procès-verbaux véritables qui constatent le corps du délit et les recherches entreprises pour découvrir l'auteur de l'infraction et rassembler des preuves. (R. Thiry, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, T I no 105 à 106). L'acte d'instruction est tout acte émanant d'une autorité qualifiée à cet effet et ayant pour objet de recueillir les preuves ou de mettre la cause en état d'être jugée. L'acte d'instruction n'est partant pas limité aux seuls actes d'instruction posés par le juge d'instruction dans le cadre de l'instruction judiciaire (H.-D Bosly et D. Vandermeersch, Droit de la procédure pénale)

Pour interrompre le cours de la prescription il ne suffit pas que l'autorité qualifiée manifeste son intention de poursuivre le prévenu, encore faut-il que les actes de poursuites ou d'instruction constituent des actes de procédure pénale.

Les actes destinés à un usage administratif d'ordre interne ne constituent pas des actes prévus et réglés par les règles de la procédure répressive et ne sauraient partant pas être retenus comme actes interruptif de la prescription, ni à titre d'actes d'instruction, ni à titre d'actes de poursuite. L'ordre de signalement dans le système « Schengen » est un acte de pure administration interne propre au Ministère Public qui se borne à donner une instruction précise à l'administration qu'il concerne. Il ne s'agit pas d'un acte prévu et réglé par les règles de la procédure répressive, qui ne règle en aucune manière la procédure de signalement (Trib. Lux. du 27 novembre 2003 no 2773/04 confirmé par arrêt du 19 octobre 2004 no 326/04V ; Trib. Lux. 18 octobre 2001, Rev. Dr. Pén.crim. 2001, p. 281).

Interrompent la prescription entre autres :
-l'acte de procédure nécessaire à la poursuite marquant clairement la volonté de son auteur de mener à bien l'action pénale,
-les citations du Ministère Public et de la partie civile qui ne sont pas entachés de nullité. (Gazette du Palais : Doctrine : 1987 nr 1 p.427 :Essai de liste des actes interruptifs et des actes non interruptifs de prescription de l'action publique),

-la décision de renvoi (remise de cause) prise de façon contradictoire à la condition qu'elle ait été constatée dans les notes d'audience(Cass. crim. 5/11/31 et 24/1/73)

Quant à l'infraction reprochée à la prévenue sub 1, à savoir le devoir de coopération avec le curateur, ainsi que l'infraction sub 2), à savoir de ne pas avoir tenu une comptabilité digne de ce nom, elles ne sont pas prescrites. Ces deux infractions ne sont consommées qu'à partir du prononcé de la faillite et la nomination du curateur. La faillite fut prononcée qu'en date du 2 juillet 2004, le curateur n'écrit à la prévenue qu'en date du 13 octobre 2004. Le Ministère Public a par l'acte interruptif du 21 mars 2006, valablement interrompu la prescription, en exprimant clairement la volonté de déclencher l'action publique. Il a en effet par ce transmis prié la Direction régionale de la Police Grand-Ducale de dresser procès-verbal à l'encontre de **X.)** .

Si plusieurs infractions sont commises comme en l'espèce, par le même auteur et dans la même intention criminelle, la théorie du délit collectif, suivant laquelle, en cas de répétition de l'infraction sous l'empire d'une seule et même intention délictueuse, commande que la prescription ne commence à courir qu'à compter du dernier acte réitéré. Cette théorie est également appliquée par la jurisprudence luxembourgeoise (P. 27. Somm. p. 91 no 10 et 11).

L'infraction collective "est constituée par la réunion de plusieurs infractions qui procèdent d'une intention délictueuse unique, mais dont chacune est punissable en soi. Elle suppose des actes successifs qui constituent eux-mêmes autant de faits punissables mais qui, en raison du but poursuivi par l'agent tendent qu'à la réalisation d'une seule et même situation délictueuse… La prescription d'infraction collective ne commencera à courir à l'égard de l'ensemble des faits qu'à partir de la consommation du dernier fait" (Jean CONSTANT, Traité pratique de droit pénal, no 148 et suiv. et 157, éd. 1967; dans le même sens : MERLE et VITU, Traité de droit criminel, T I, no 417 A. et D. SPIELMANN, Droit pénal général luxembourgeois, p. 464 et suiv.).

Le Ministère Public reproche à **X.)** en infraction à l'article 163 3° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, ne pas avoir soumis les comptes annuels (bilan et compte de pertes et profits) de la société **B.)** SA à l'assemblée générale dans les douze mois de la clôture de l'exercice, ce pour les exercices 2001 et 2002, et de ne pas avoir fait publier ces documents. Ces infractions à l'article 163 3°sont consommées le 1er février 2003, respectivement le 1er février 2004. Le fait de ne pas publier les bilans pour les exercices 2001 et 2002 et de ne pas tenir une comptabilité dérivent d'une intention unique et le non-respect de ces prescriptions doit de ce fait être considéré comme infraction continuée.

Les mêmes réflexions s'imposent pour l'infraction sub 2). Le Ministère Public reproche à **X.)** de ne pas avoir à titre principal tenu les livres et inventaires prévues par les article 8 et 10 du Code de commerce, respectivement à titre subsidiaire de les avoir tenu de manière incomplète ou irrégulière.

Le non respect des prescriptions en cette matière et ce depuis la création de la société constitue en fait le préliminaire de l'infraction sub 3). En effet si la prévenue ne tient pas une comptabilité, respectivement d'une manière irrégulière et incomplète, il va de soi qu'elle ne peut et ne veut pas dresser les comptes annuels dans les délais.

La dernière des infractions à l'article 163 point 3 de la loi du 10 août 1915 a été commise, suivant réquisitoire, en 2002 et fut consommée le 1er février 2004, date jusqu'à laquelle le bilan aurait dû être déposée. En ce qui concerne le défaut de comptabilité, la prescription commence à courir à partir du jugement déclaratif de faillite, à savoir le 2 juillet 2004. C'est à partir de cette date que le délai de prescription commencera à courir pour l'intégralité des infractions sub 2) et 3). Ce délai a toutefois valablement été interrompu par le transmis du Ministère Public du 21 mars 2006, de sorte que ces infractions ne sont pas prescrites.

Quant aux témoignages

En deuxième lieu, le mandataire de la prévenue fait valoir que les témoignages de **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** ne pourraient pas être pris en considération, au motif que ces deux personnes auraient été entendues également dans le cadre de la même affaire en tant qu'inculpées.

Le 21 mars 2006 le Ministère Public adresse un transmis à la Direction Régionale de la Police Grand-Ducale avec prière de dresser procès-verbal à l'encontre de **X.)** , **C.)** et **D.)** , **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** .

Il a été procédé aux auditions de **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** en date des 15 mars 2007 et 21 mai 2007.

L'audition de **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** eut lieu suite à ce réquisitoire.

Par la suite le Ministère Public a décidé de ne pas poursuivre ces deux personnes dans la présente instance.

Il convient de noter qu'en vertu des articles 156, 156-1 et 156-2 du code d'instruction criminelle, chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes frappés d'une incapacité de témoigner en justice parmi lesquelles figurent les parties en cause, dès lors que personne ne peut être appelé à déposer dans sa propre cause, seules les déclarations des tiers étant admissibles. (Cour 30 novembre 2005, 10e Ch.)

Il est vrai qu'en matière pénale, bien que la loi ne le dise pas expressément, il est de principe que celui qui est lui-même partie au procès ne peut y servir de témoin. (Cour 17 octobre 1903, 8, 292, Gaston Vogel, Lexique de procédure pénale de droit luxembourgeois, p. 368.)

La notion de partie en cause doit cependant être interprétée restrictivement comme ne visant que les personnes directement engagées dans l'instance judiciaire. Il ressort en effet des travaux préparatoires de la loi du 17 juin 1987 que la suppression des dispositions concernant les personnes dont le témoignage ne pouvait être reçu pour cause de parenté ou risque de partialité avait pour but d'élargir - à l'instar de la réforme intervenue en matière civile - le plus possible les moyens susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité. (Rapp. De la com. Ur. Doc. Par. N°2980 (2), p. 16)

Aucune limite n'est imposée ni au Ministère Public, ni à la partie civile, ni au prévenu dans le choix des témoins : toute personne dont la déposition paraît utile, à quelque titre que ce soit, peut être appelé comme témoin, pourvu qu'elle ne soit dans aucun des cas d'incapacité ou de dispense établis par la loi (Le Poittevin, code d'instruction criminelle : article 153, no 161)

En matière répressive, l'intérêt que peut avoir le témoin au débat ne constitue pas une cause de reproche légale, puisque ces causes sont limitativement énumérées par l'article 156 du Code d'instruction criminelle et que celle basée sur l'existence d'un intérêt dans le chef d'un témoin n'y figure pas et en pareille occurrence le tribunal n'aurait que la seule obligation de tenir compte de l'audition du témoin dans la mesure de la confiance que son témoignage peut lui inspirer (Cour 7 janvier 1911, P. 8, 268 ; Cour 12 février 1916, P. 9, 561 ; Cour Luxembourg, 12 décembre 1972, no 241/72; R. Thiry, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, p. 282)

A la différence du droit anglo-saxon, les coprévenus ne peuvent être entendus comme témoins, que ce soit les uns par rapport aux autres ou pour eux-mêmes, mais cela à la condition qu'ils soient soumis à un même débat. Il en est autrement lorsque, compris initialement dans une même poursuite, ils ne comparaissent pas devant les mêmes juges : tel est le cas lorsqu'il y a eu disjonction des poursuites ou lorsqu'un coprévenu a bénéficié d'un non-lieu ou d'une relaxe (Même règle pour la cour d'assises : Cass. Crim. 31 janvier 1996 : Bull. crim. No 56)

Ces conditions sont remplies en l'espèce.

TEMOIN 1.) et **TEMOIN 2.)** n'ont été poursuivies dans cette affaire. Certes il fut procédé aux auditions de **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** en date des 15 mars 2007 et 21 mai 2007 conformément aux réquisitoires du Ministère Public. Il n'appartient cependant pas à la police de décider en quelle qualité il y a lieu d'entendre les personnes. L'opportunité des poursuites, l'appréciation de poursuivre ou de ne pas poursuivre une personne, appartient seul au Ministère Public, qui décida de ne pas inculper ni **TEMOIN 1.)** , ni **TEMOIN 2.)** de sorte que leurs témoignages peuvent être pris en considération en vertu de ce qui précède.

C'est partant à bon droit que le Tribunal a procédé à l'interrogatoire sous la foi du serment de **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** .

Le moyen d'irrecevabilité des témoignages est donc à déclarer non fondé.

<u>Quant aux infractions de banqueroute</u>

Les infractions de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple présupposent encore la réunion de plusieurs conditions communes. Ainsi la juridiction répressive doit constater l'état de faillite et vérifier la qualité de commerçant du prévenu. Ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels, par les juridictions répressives (Garraud, Traité du Droit pénal français, 3ième éd. T. VI, n°2667).

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

En application du principe de l'autonomie du droit pénal en la matière à l'égard du droit commercial, la juridiction répressive doit vérifier si les conditions de la faillite sont données sans être tenue par les constatations du tribunal de commerce.

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

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

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public et des déclarations du curateur de la faillite à l'audience du tribunal correctionnel, la société **B.)** est incontestablement en état de faillite.

Il résulte en effet du rapport de début d'activité du curateur du 28 septembre 2004 qu'il n'y avait pas d'actif recueilli, tandis que le passif s'élevait à 80.678,48 euros. La créance exécutoire du Centre commun de la sécurité sociale s'élève à elle seule suivant le dernier décompte à 46.248,51 euros. A l'audience publique du 19 septembre 2007, Maître Marguerite RIES précisa qu'il y avait encore une dette de quelques 27.000.-euros vis-à-vis du bailleur des locaux, dette non reprise sur le rapport d'activité.

La créance de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines (TVA) s'élève à 33.703,67 euros. Or la société **B.)** n'a pas pu ou voulu payer les sommes dues.

La cessation de paiement est d'ailleurs définie comme étant l'impossibilité ou le refus du débiteur de remplir ses engagements (R.P.D.B. verbo « Faillite et Banqueroute », no 71)

Pour qu'il y ait cessation de paiement constitutif de faillite, il n'est pas requis que la défaillance du débiteur soit générale, il suffit qu'il ne parvienne pas à se maintenir à flot (Cour d'appel Bruxelles, 23 janvier 1981, pas. 1981, II, p.36). L'ébranlement du crédit constitutif de la faillite doit être considéré comme constant, lorsque le débiteur a recouru à des moyens frauduleux pour en retarder la révélation (Bruxelles, 23 janvier 1981, Pas. 1981, I, p.36). Doit être considéré comme un moyen frauduleux de dissimuler l'état de cessation de paiement, le fait ne pas payer les arriérés des créanciers publics.

De même le crédit de la société **B.)** est ébranlé puisqu'aucun établissement de crédit n'acceptait plus d'accorder un crédit à la société et le principal créancier, le Centre commun de la sécurité sociale, n'a plus accordé des délais de paiements à la société.

La société anonyme **B.)** se trouve donc en état de faillite.

Il faut ensuite que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

Les dirigeants de personnes morales peuvent en raison de leur activité, être condamnés du chef de banqueroute, bien qu'ils ne soient pas eux-mêmes commerçants (cf. G. SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, sub art 489-490, n°10 et références citées). Il appartient au juge répressif de rechercher la personne physique, organe ou préposé, sur laquelle pèse la responsabilité pénale d'une infraction commise par une société commerciale (Cass. belge, 1 octobre 1974, Pas. 1974, I, p. 34).

Ainsi l'administrateur d'une société anonyme en état de faillite est légalement déclaré banqueroutier dès lors qu'il a commis des faits constitutifs de la banqueroute, en qualité d'organe de la société et relativement à la gestion de celle-ci (Cass. belge 13 mars 1973, Pas. 1973, I, p. 661).

Le mandataire de la prévenue explique que les parents de **X.)** auraient été approchés par un certain **A.)** , qui les aurait nommés administrateurs délégués avec promesses de rémunération. **TEMOIN 2.)** et **TEMOIN 1.)** auraient occupé les fonctions de dirigeantes de droit. Sa mandante au contraire n'aurait jamais été dirigeante de fait. Ce serait Maître GREMLING qui avait soutenu que **X.)** aurait été gérante de fait de la société et aurait versé à l'appui de ses dires la lettre de licenciement de **TEMOIN 1.)** et une reconnaissance de dettes. Cette reconnaissance de dette n'aurait cependant rien à voir avec les salaires des mois de mars et avril 2001 non payées, mais concernerait un solarium acheté chez les parents de **TEMOIN 1.)** .

Il ressort cependant de la lettre du 31 octobre 2001 de **TEMOIN 1.)** à **X.)** que le montant de 60.000 Luf pour les salaires des mois de mars/avril n'aurait toujours pas été payé. La date du premier mars 2001 figurant sur la reconnaissance de dette signée par **X.)** pour les mois de mars et avril 2001, n'est pas prématurée. **TEMOIN 1.)** a été licenciée en date du 23 février 2001 avec un préavis légal de deux mois, commençant à courir le premier mars 2001 pour se terminer le 30 avril 2001. Par reconnaissance de dettes du 1ier mars 2001, **X.)** s'est engagée à payer à **TEMOIN 1.)** les deux mois de préavis légal.

Quant aux statuts de la société anonyme **B.)** , il y a lieu de relever que les deux seuls comparants à l'acte devant le notaire Maître DOERNER en date du 29 novembre 1999, furent les parents de **X.)** , à savoir **C.)** et **D.)**, qui représentèrent l'intégralité du capital souscrit. **TEMOIN 1.)** a certes été nommée administrateur délégué de la société ensemble avec les comparants, mais elle déclare à l'audience ne jamais avoir été présente à une assemblée générale. Elle ne figure pas parmi les comparants ni les signataires des statuts. Aux fonctions de commissaire aux comptes fut appelé la FIDUCIAIRE (...) SA. Cet acte fut signé par les comparants **C.)** et **D.)**.

TEMOIN 2.) et **TEMOIN 1.)** déclarent sous la foi du serment à l'audience publique du 19 septembre 2007 que la prévenue qui occupait les fonctions de gérante de fait dans la société, aurait passé les commandes de matériel auprès des fournisseurs, payé les factures, donné les ordres au personnel salarié et aux apprenties et licencié les deux femmes. La prévenue aurait engagé **TEMOIN 2.)** et **TEMOIN 1.)** et elle aurait signé les deux contrats de travail.

X.) , née (...), avoue avoir signé le contrat de travail de **TEMOIN 2.)** en tant qu'employeur. Elle explique cependant à l'audience publique du 19 septembre 2007 l'avoir fait en attendant « le retour » de **A.)** . Le tribunal constate que le contrat de travail de **TEMOIN 1.)** porte une

signature ressemblant fortement à celle de la prévenue **X.)** , épouse (...). **TEMOIN 1.)** est de même formelle pour dire que c'est **X.)** qui a signé son contrat de travail. Le tribunal est partant convaincu que la prévenue a signé les contrats de travail de **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** .

Il ressort d'un procès-verbal de la réunion du Conseil d'Administration du 2 octobre 2001 que **A.)** , président du Conseil d'administration, a convoqué cette réunion afin d'engager **TEMOIN 2.)** comme nouvelle gérante technique de la société. **TEMOIN 2.)** de son côté conteste formellement avoir été présente lors d'une assemblée générale quelconque. Ce procès-verbal n'ayant jamais été signé par **TEMOIN 2.)** , et **A.)** ayant disparu, le tribunal n'a pas de raisons valables pour ne pas croire la version des faits de **TEMOIN 2.)** et de **TEMOIN 1.)** . Même si **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** figuraient officiellement comme administrateur-délégués dans les actes sociaux, elles n'agissaient pas en conséquences. **X.)** était le véritable maître de l'affaire et **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** des femmes de paille.

Il ressort du procès-verbal de l'Assemblée Générale extraordinaire des actionnaires en date du 23 septembre 2003, que le siège social de la société fut transféré au (...), L-(...) avec effet au 1ier octobre 2003.

Lors de cette assemblée, le président fut **C.),** la secrétaire **D.)** et le scrutateur **X.)** , épouse (...). Cette dernière a de même signé en tant que **X.)** .

C.) a encore déposé en date du 10 octobre 2006 devant la police (PV n°2006/19759/1687/RP du 10.10.2006) que lui et son épouse figuraient ***« comme administrateurs de la société de leur fille X.) , parce que c'était exigé ainsi par la loi en vigueur »***.

X.) avait elle-même en date du 13 septembre 2006 déclaré devant les agents de police qu'elle n'était que ***« gérante de la société ».***

Il ressort de tous ces indices et des éléments du dossier, de même que des témoignages recueillis à l'audience que **X.)** occupait les fonctions de dirigeante de fait et s'occupait de la direction et de gestion courante de la société.

Cette condition est partant remplie.

Enfin l'époque de la cessation des paiements doit être déterminée. En effet la date retenue par le jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par ce tribunal de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. I, p.796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, no 601/87 doc. Credoc), mais il n'est pas interdit au juge répressif d'adopter cette date, s'il l'estime exacte, sans toutefois se contenter de s'y référer » (G. SCHUIND, op. cit., p.438 -N).

La faillite a été prononcée sur assignation à la requête du centre Commun de la Sécurité Sociale. Des difficultés sont apparues bien avant que la faillite ne soit prononcée. La curatrice explique à l'audience publique du 19 septembre 2007, qu'il n'y avait absolument rien au siège sis à rue (...).

Il y a lieu de fixer la cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit dès lors, à l'instar du tribunal de commerce, au 2 janvier 2004.

La partie poursuivante reproche encore à la prévenue de ne pas avoir répondu aux convocations du curateur.

Il appert du dossier répressif que la curatrice entendait entrer en contact avec la prévenue. Le 13 octobre 2004, Maître Marguerite RIES pria **X.)** , par lettre recommandée avec accusé de réception, de prendre rendez-vous en son étude et de lui faire parvenir la comptabilité et tous les documents en sa possession.

X.) n'a toutefois pas répondu à la convocation jusqu'au 25 juillet 2007, date de la citation à prévenu du Ministère Public.

Le fait pour **X.)** de ne pas contacter la curatrice afin de convenir d'un rendez-vous est constitutif de l'infraction.

X.) avait en date du 13 septembre 2006 déclaré devant les agents de police qu'elle ne se serait pas rendue à la convocation du curateur parce qu'elle n'aurait pas reçu de convocation. A l'audience publique du 19 septembre 2007, la prévenue avoue avoir reçu la convocation, mais qu'elle se serait trouvée en pleine procédure de divorce et qu'elle aurait eu d'autres problèmes à solutionner.

La curatrice a envoyé ses courriers à l'adresse du domicile de **X.)** à savoir L-(...), (...) adresse où la prévenue pouvait effectivement être jointe, vu que la lettre ne fut pas réclamée et que la citation à prévenue fut adressée à la même adresse.

Cette infraction doit partant également être retenue.

Le Ministère Public reproche encore à **X.)** de s'être rendue coupable du délit de banqueroute simple, principalement en omettant de tenir une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue de ses activités telle que prévue par les articles 8 et 10 du Code de commerce, subsidiairement en infraction à l'article 574 6° du Code de Commerce combiné à l'article 489 du Code Pénal, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière.

Il résulte des éléments du dossier répressif, ainsi que du témoignage de la curatrice recueilli à l'audience, que la société n'avait pas tenu un livre journal présentant jour par jour les opérations financières de la société et notamment pour y inscrire toutes les opérations journalières, ni même une comptabilité digne de ce nom. Selon la curatrice, elle n'a pas pu découvrir un compte ou une liste faisant état des créances à recevoir.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 al 6 du Code de commerce, la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans la tenue de ses livres suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple (R.P.D.B. op. cit. n° 2620 et Cour d'appel lux. 23 avril 1990 arrêt no 68/90 VI), de sorte que l'infraction est caractérisée.

Il n'y a pas un début de comptabilité qui a pu être fournie à Maître RIES.

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultatif prévu par l'article 574 al.6 du Code de commerce.

La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges appartient aux juridictions de jugement (cf. R.P. D.P. op. cit. no 2591 et 2592).

Par l'exigence d'une tenue régulière et sérieuse de livres de commerce retraçant les opérations du commerçant, le législateur entend forcer le respect de dispositions des articles 8 et suivants du Code de commerce. En l'absence de tout livre de commerce le curateur et le Ministère Public se trouvent dans l'impossibilité de vérifier notamment les flux financiers et de contrôler s'il y a eu malversation ou si au contraire la gestion du gérant était correcte et que faillite est survenue pour des raisons de conjoncture ou en général pour des raisons indépendantes de sa volonté.

Le tribunal est cependant d'avis que la prévenue a volontairement omis de tenir un livre journal et une comptabilité digne de ce nom dans le but précis de ne pas laisser de traces des mouvements réels des fonds et notamment de camoufler ses revenus.

Il y a dès lors lieu de retenir la prévenue dans les liens de cette prévention lui reprochée à titre principal.

En n'ayant pas soumis les comptes annuels à l'assemblée générale dans les douze mois de la clôture de l'exercice, ce pour les exercices 2001 et 2002 et en n'ayant pas fait publier ces documents dans les délais, la prévenue a encore contrevenu aux dispositions de l'article 163 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales .

La prévenue **X.)** est dès lors **convaincue** par les débats à l'audience ainsi que les éléments du dossier répressif et les dépositions des témoins Maître Marguerite RIES, **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** :

*« en sa qualité dirigeante et d'administrateur de fait de la société **B.)** SA, ayant eu son dernier siège social à (...), société actuellement en état de faillite par jugement du tribunal de commerce en date du 2 juillet 2004, partant comme auteur, ayant exécuté l'infraction,*

1. dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg en octobre 2004,

de s'être rendue coupable de banqueroute simple pour :

en infraction aux articles 574 5° sinon 576 du Code de Commerce ensemble avec l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendue à la convocation du curateur Maître Marguerite RIES du 13 octobre 2004 et de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés dans son courrier du 13 octobre 2004.

2. dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, au siège social de la société B.) SA à (...), (....) puis (...),

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du code pénal,

*de ne pas avoir tenu pour la société **B.)** SA les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de Commerce (actuellement article 11 du Code de Commerce suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés), ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de Commerce (actuellement article 15 du Code de Commerce, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés), ce depuis le jour de la création de la société le 29 novembre 1999 au jour du jugement déclaratif de faillite, le 2 juillet 2004.*

3. dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, au siège social de la société B.) SA à Luxembourg, (...) puis (...) et au Registre de Commerce et des sociétés de Luxembourg le 1er février 2003 et le 1er févier 2004

*en infraction à l'article 163 3° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir soumis les comptes annuels (bilan et compte de pertes et profits) de la société **B.)** SA à l'assemblée générale dans les douze mois de la clôture de l'exercice, ce pour les exercices 2001 et 2002, et de ne pas avoir fait publier ces documents.*

L'infraction de banqueroute simple est punie d'une peine d'emprisonnement de un mois à deux ans selon l'article 489 du Code pénal.

Les infractions retenues sub 1) et 2) constituent deux cas de banqueroute simple facultative prévus par les articles 574 alinéas 4 et 6 du Code de commerce.

Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé et établi, doit être sanctionné en tenant compte, par exemple, de la gravité de la faute commise, du préjudice causé ou de la position du failli (cf. G. Schuind, op.cit.p. 438 S no 13 et références citées). La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges, appartient aux juridictions de jugement (cf. R.P.D.P.op.cit. no 2591 et 2592).

En tenant compte de la conjugaison des deux fautes, le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

Entre deux faits de banqueroute simple il n'y a ni concours matériel, ni concours idéal ; il n'y a qu'une seule infraction perpétrée par plusieurs faits de négligence et compromettant un seul et même intérêt, l'intérêt des créanciers du failli (R.P.D.B. op. cit. n° 2560 et références y citées).

Au vu de tout ce qui précède les préventions de banqueroute retenues sub 1) et 2) constituent des infractions collectives qui se trouvent en concours idéal avec l'infraction sub 3).

La gravité des faits commis justifie la condamnation de la prévenue à une peine d'emprisonnement adéquate.

Il convient encore d'ordonner conformément à l'article 583 du Code de commerce la publication du jugement à intervenir. Cette publication obligatoire de la condamnation prévue

par l'article 583 du Code de commerce n'est pas une peine, mais constitue une mesure de sûreté et d'information prescrite dans l'intérêt des tiers.

P A R C E S M O T I F S :

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

d i t le moyen tiré de la prescription non fondé ;

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **HUIT (8) mois**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 84,81 euros;

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

a v e r t i t X.) qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine privative de liberté ou à une peine plus grave pour crimes ou délits de droit commun, la peine de prison prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et

que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al. 2 du code pénal.

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

Par application des articles 14, 15, 65, 66 et 489 du Code pénal; 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196, 626, 627, 628 et 628-1 du Code d'Instruction Criminelle; 574, 576 du Code de Commerce ; 163 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ; 1, 2 et 17 de la loi du 19.11.1975; IX de la loi du 13.06.1994; 1, 6 et 7 de la loi du 01.08.2001 qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Brigitte KONZ, vice-présidente, Simone PELLES, premier juge, et Caroline ROLLER, juge, et prononcé par Madame la vice-présidente en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de Simone FLAMMANG, substitut du Procureur d'Etat, et de Andrée MOULIN, greffier, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.