**Jugt no 3351/2007**

**AUDIENCE PUBLIQUE DU 20 DECEMBRE 2007**

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

Dans la cause du Ministère Public contre

***déf.*** **1. X.)** ,
***étr.*** né le (…) à (…) / Belgique,
***publ.*** demeurant à B-(…), (…);

***étr.*** **2. Y.)**,
***publ.*** né le (…) à (…) / Belgique,
demeurant à B-(…), (…);

**- p r é v e n u s -**

**----------**

**F A I T S :**

Par citations du ***17 octobre 2007*** Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis les prévenus de comparaître à l'audience publique du ***15 novembre 2007*** devant le tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

***banqueroute simple.***

A l'audience du ***15 novembre 2007***, Madame le premier juge-président constata l'identité de la prévenue ***Y.)*** et leur donna connaissance de l'acte qui a saisi le Tribunal.

***X.)*** bien que régulièrement cité, n'a pas comparu à l'audience du 15 novembre 2007, de sorte qu'il y a lieu de statuer par défaut à son encontre.

Le témoin Maître Victor REGNARD furt entendu en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu par la loi.

La prévenue ***Y.)*** fut entendu en ses explications et moyens de défense, lesquels furent plus amplement développés, par Maître Alexandre CHATEAUX, avocat, demeurant à Luxembourg.

La représentante du Ministère Public, Madame Dominique PETERS, 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 les citations du 17 octobre 2007, régulièrement notifiées aux prévenus.

Le prévenu ***X.)*** , quoique régulièrement cité, ne comparut pas à l'audience, il échet donc de statuer par défaut à son égard.

Le Ministère Public reproche aux prévenus **X.)** et **Y.)** d'avoir, en leurs qualités de gérants de la société à responsabilité **Z.)** sàrl, déclarée en faillite par jugement du tribunal de commerce en date du 28 novembre 2005, commis les infractions de banqueroute simple par le fait de ne pas avoir tenu les livres de commerce exigés par l'article 8 du code de commerce (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés) et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du code de commerce (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés), sinon de l'avoir fait de manière irrégulière et incomplète, de ne pas avoir fait l'aveu la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de sa production et finalement, de ne pas s'être rendu en personne, sans empêchement légitime, auprès du curateur de la faillite et de ne pas lui avoir fourni les renseignements demandés.

1) Quant aux conditions de la banqueroute simple

Les infractions de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple supposent l'une et l'autre que l'auteur des faits incriminés est commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il est en état de cessation de paiement, c'est-à-dire de faillite ; ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels par les juridictions répressives (Garraud, Traité du Droit pénal français, t.6, n°2667 ).

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

Il faut 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).

En effet, une société ne pouvant commettre des infractions, ce sont les personnes physiques par lesquelles elle agit qui sont, dans la réalité, les auteurs des infractions et qui doivent être poursuivies. Pour condamner l'organe de la société faillie, le juge n'a pas à

constater, dans son chef, la qualité de commerçant failli (Cass. belge, 20.02.1956, Pas. b. 1956, I, p.633 ; Trib. Arr.lux., 02.12.1987, n°2022/87).

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.

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).

Suivant extrait du Mémorial, **Y.)** était gérant technique et **X.)** était gérant administratif de la société **Z.)** sàrl depuis le 12 mars 2003, ceci jusqu'au jour de la déclaration en faillite de la société en date du 28 novembre 2005. Suivant les statuts de la société **Z.)** sàrl, la société est engagée en toutes circonstances par la signature conjointe des deux gérants.

En cette qualité, les deux prévenus devront être considérés comme auteurs des faits qui leur valent les poursuites de banqueroute.

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 **Z.)** sàrl se trouve effectivement en état de faillite.

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

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

Au vu des éléments du dossier répressif ainsi qu'au vu du rapport du curateur de la faillite, il faut constater que la société **Z.)** sàrl est effectivement en état de faillite.

Ainsi, en faisant assigner en faillite la société **Z.)** sàrl, le Centre Commun de la Sécurité Sociale n'accordait plus aucun délai de paiement à la société, aucun bien saisissable n'ayant pu être trouvé par l'huissier de justice chargé de l'exécution de la contrainte en date du 15 avril 2005, de sorte qu'il y a ébranlement du crédit commercial. En date du 23 août 2005, un procès-verbal de carence a en effet été dressé par l'huissier de justice Patrick HOSS.

Il résulte du rapport d'activité du curateur Victor REGANRD du 2 janvier 2006 que la créance de la TVA s'élève à 12.477,29 euros, la créance des impôts directs s'élève à 220,55 euros et

la créance du Centre Commun de la Sécurité Sociale s'élève à 631,48 euros. Le passif total s'élève à 18.540 euros tandis que l'actif est inexistant.

La cessation de paiement est d'ailleurs justement définie comme étant l'impossibilité ou le refus du débiteur de remplir ses engagements (R.P.D.B. verbo « Faillite et Banqueroute », n° 71).

Pour qu'il y ait cessation de paiement constitutive de la 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).

Le crédit de la société **Z.)** sàrl est ébranlé, alors que le créancier qui l'a assignée en faillite, à savoir le Centre Commun de la Sécurité Sociale, ne lui a plus accordé de délais de paiements.

Il ressort encore de la déclaration comme témoin du curateur Me REGNARD à l'audience du 15 novembre 2007 que lorsqu'il s'est rendu au siège de la société, il n'a plus rien trouvé, de sorte qu'il a été obligé de dresser un inventaire de carence.

La société à responsabilité limitée **Z.)** sàrl se trouve donc effectivement en état de faillite.

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

Dans le jugement de faillite du 28 novembre 2005, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 28 avril 2005. Au vu des éléments du dossier répressif, il y a lieu de fixer cette date de cessation de paiements au 15 avril 2005, alors que l'huissier de justice n'a pas pu exécuter la contrainte à cette date.

2) <u>Quant aux faits de banqueroutes simples libellés par le Ministère Public</u>

- *Quant au non-respect de l'obligation de tenir des livres de commerce et de tenir l'inventaire:*

La tenue d'une comptabilité soit dans un livre-journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, relève de la responsabilité du dirigeant en l'occurrence des gérants de la société.

Le curateur indique dans son rapport d'activité qu'il n'a pas pu obtenir la comptabilité de la société.

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 n° 68/90 VI), de sorte que l'infraction est caractérisée.

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultatif prévu par l'article 57 al. 6 du Code de commerce.

Par l'exigence d'une tenue régulière et sérieuse de livres de commerce retraçant les opérations du commerçant, le législateur entend forcer le respect des dispositions des articles 11 et suivants du Code de commerce. Cette exigence n'ayant pas été respectée par les prévenus ***Y.)  et X.)*** et ils sont dès lors à retenir dans les liens de cette prévention.

En effet, en ce qui concerne ***Y.)*** , il faut constater, pour les mêmes raisons que celles développées ci-avant, qu'elle encourt également sa responsabilité, en tant que gérant technique, si elle néglige de tenir une comptabilité en bonne et due forme.

- *Quant à l'omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai légal :*

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

L'omission de l'aveu de cessation des paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour d'appel lux. 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibérée ou le résultat d'une simple négligence (en ce sens Cour 12 juillet 1994, n° 270/94).

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

En l'espèce, le tribunal est d'avis que le prévenu ***X.)*** a volontairement négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu pour pouvoir échapper aux dettes contractées antérieurement, augmentant ainsi quotidiennement le préjudice accru aux tiers et notamment les créances des créanciers publics.

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

Quant à la prévenue ***Y.)*** , elle affirme avoir fait confiance à ***X.)*** de la gestion de la société.

Or, il faut constater qu'en tant que détentrice de la moitié des parts sociales, ***Y.)*** aurait dû agir face au déclin de la société **Z.)** sàrl, au lieu de garder une attitude passive et de faire aveuglément confiance à ***X.)*** .

Le tribunal est dès lors d'avis que ***Y.)*** ne s'est pas conformée aux prescriptions en matière d'aveu. Il faut retenir qu'en l'espèce, l'omission de faire l'aveu constitue une négligence plutôt qu'une abstention volontaire.

La violation de l'article 440 du Code de commerce est partant établie en l'espèce dans le chef des deux prévenus.

- *Quant au fait de ne pas avoir donné suite aux convocations du curateur:*

Il résulte au rapport du curateur du 2 janvier 2006, ainsi que de ses déclarations à l'audience qu'il a convoqué ***Y.)*** et ***X.)*** par lettres recommandées. en date du 3 juillet 2006, la lettre adressée à ***Y.)*** lui a été retournée avec la mention « *non réclamé* ». Les courriers à ***X.)*** sont restés sans suite.

La non présentation aux convocations du curateur est donc établie en l'espèce à charge des prévenus ***Y.)*** et ***X.)*** et constitue un cas de banqueroute simple facultatif prévu à l'article 574 alinéa 5 du Code de Commerce, établi à charge des prévenus.

- *Quant au fait de ne pas avoir donné les renseignements demandés au curateur:*

Il résulte de ce qui précède que ce fait est établi, alors qu'il constitue le corollaire du fait de ne pas avoir donné suite aux convocations du curateur.

Le fait de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements qui lui ont été demandés, établi en l'espèce à charge des prévenus, constitue un cas de banqueroute simple facultatif prévu aux articles 574 al. 5 et 576 du Code de Commerce, établi à charge des prévenus ***Y.)*** et ***X.)*** .

Les prévenus ***X.)*** et ***Y.)*** sont convaincus par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif et notamment par les dépositions sous la foi du serment du témoin Maître Victor REGNARD, ainsi que par les aveux circonstanciés de ***Y.)*** :

***« comme auteurs, ayant eux-mêmes exécuté l'infraction en leur qualité de gérant de la société Z.) S.à r.l. ayant eu son dernier siège social à L-(…), (…), déclarée en état de faillite par jugement du 28.11.2005, date du jugement déclaratif de faillite de la société à responsabilité limitée Z.) S.à r.l., dans l'arrondissement judiaire de Luxembourg et notamment à L-(…), (…),***

***de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour:***

***en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de na pas avoir tenu pour la société Z.) S.à r.l. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de commerce (actuellement article 11 du Code de commerce suivant loi du 19 décembre 2002 concernant les registre de commerce et des sociétés), de na 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 les registre de commerce et des sociétés);***

***II) depuis un temps non prescrit et au plus tard le mois suivant la date de la cessation des paiemenet fixée pas jugement déclaratif de faillite de la société à responsabilité limitée Z.) S.à r.l. du 28.10.2005, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, sis à L-1475 Luxembourg, résidence St. Esprit 7, rue St. Esprit,***

***de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour:***

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

***III) à partir ddu 03.11.2005, date de la première convocation du curateur de la société Z.) S.à r.l., Me Victor REGNARD, à L-2016 Luxembourg, 20, avenue Monterey,***

***de s'être rendu coupables de banqueroute simple pour:***

***1) en infraction à l'article 574 5° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendu aux convocations qui leur ont été faites par le curateur, en l'espèce,***

***de ne pas s'être rendus aux convocations qui leur ont été faites par Me REGNARD;***

***2) en infraction à l'article 576 du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés, en l'espèce,***

***de ne pas avoir fourni au curateur Me REGNARD les renseignements demandés.»***

Les infractions établies à l'encontre des prévenus constituent trois cas de banqueroute simple facultative. Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé est 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 (G. Schuind, op. cit. p. 438 S n° 13 et références citées). La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges appartient aux juridictions de jugement (cf. R.P.D.P. op. cit. n° 2591 et 2592).

En tenant compte de la conjugaison de ces fautes et du désintérêt certain dont les prévenus font preuve, le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

Entre trois faits de banqueroute simple, il n'y a ni concours matériel, ni concours idéal ; il n'y a qu'une infraction perpétrée, dans la première hypothèse, par deux faits de négligence, et dans la seconde hypothèse, par deux faits de fraude, 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).

Il résulte dès lors de ce qui précède que l'infraction de banqueroute simple est à retenir à charge des prévenus ***Y.)*** et ***X.)*** .

**Quant aux peines**

Les infractions de banqueroute simple obligatoires et facultatives sont punies d'une peine d'emprisonnement **d'un mois à deux ans**. Les cours et tribunaux peuvent encore interdire en tout ou partie aux condamnés l'exercice des droits prévus à l'article 11 du Code pénal.

**Y.)**

En tenant compte de la conjugaison des fautes et de la négligence certaine dont la prévenue a fait preuve, le tribunal estime que les faits doivent encourir une peine de prison.

Il convient dès lors de condamner la prévenue ***Y.)*** à une peine d'emprisonnement.

***Y.)*** n'a pas encore subi jusqu'à ce jour de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et elle ne semble pas indigne de l'indulgence du tribunal; il échet en conséquence de lui accorder la faveur du sursis intégral quant à la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

**X.)**

En tenant compte de la conjugaison des fautes et du désintérêt certain dont le prévenu a fait preuve en ne comparant pas à l'audience, le tribunal estime que les faits doivent encourir une peine de prison.

Il convient dès lors de condamner le prévenu ***X.)*** à une peine d'emprisonnement et une peine d'amende correctionnelle.

Conformément à l'article 583 du Code de commerce qui prévoit que les jugements rendus en vertu des articles 573 à 578 du Code de commerce doivent être publiés, il y a lieu d'ordonner que le présent ***jugement*** soit ***affiché*** en la salle d'audience du tribunal de Commerce de et à Luxembourg et qu'il y reste exposé pendant la durée de 3 mois et qu'il soit ***inséré*** par extrait dans les journaux d'Wort et Tageblatt.

**P a r c e s m o t i f s :**

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, douzième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant par ***défaut*** à l'égard du prévenu ***X.)*** et ***contradictoirement*** à l'égard de la prévenue ***Y.)*** entendue avec son mandataire en leurs explications et moyens de défense et la représentante du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

***Y.)***

**c o n d a m n e** la prévenue ***Y.)*** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de ***SIX (6) MOIS*** ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 18,97 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** la prévenue qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, elle aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la peine d'emprisonnement 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.

***X.)***

**c o n d a m n e** le prévenu ***X.)*** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de ***SIX (6) MOIS*** ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 18,97 euros.

**c o n d a m n e** les prévenus ***Y.)*** et ***X.)*** solidairement aux frais de leur poursuite pénale pour les infractions commises ensemble;

**o r d o n n e** que le présent ***jugement*** soit ***affiché*** en la salle d'audience du tribunal de Commerce de et à Luxembourg et qu'il y reste exposé pendant la durée de 3 mois et qu'il soit ***inséré*** par extrait dans les journaux d'Wort et Tageblatt, le tout aux frais des contrevenants.

Par application des articles 14, 15, 16, 17, 50, 66 et 489 du Code pénal; 155, 179, 182, 184, 186, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196, 626, 628 et 628-1 du Code d'Instruction Criminelle; 8, 9, 10, 11, 15, 440, 574, 576, 577, 579 et 583 du Code de commerce qui furent désignés à l'audience par Madame le premier juge-président.

Ainsi fait et jugé par Simone PELLES, premier juge-président, Caroline ROLLER et Isabelle JUNG, juges, et prononcé par Madame le premier juge-président en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de Laurent SECK, substitut du Procureur d'Etat, et de Thierry THILL, greffier, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public et de Caroline ROLLER, juge, dans l'impossibilité de signer le jugement, ont signé le présent jugement.