Jugt no 3035 / 2008

JUGEMENT SUR OPPOSITION

Audience Publique du 23 octobre 2008

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

Dans la cause du Ministère Public contre:

Ex.p. **P.1.),** né le **(…)** à **(…)** (F),
Étr. demeurant à F-**(…)** ;
Public.

- p r é v e n u, o p p o s a n t -

en présence de :

Maître Aline ROSENBAUM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curatrice de la faillite de la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.A.R.L., ayant eu son siège social à **(…)**

partie civile constituée contre le prévenu **P.1.)** préqualifié.

F A I T S :

Le prévenu **P.1.)** a été condamné par le jugement numéro 1796/2007 du 7 juin 2007 rendu par défaut par le tribunal correctionnel à Luxembourg dont la motivation et le dispositif sont conçus comme suit:

Vu l'ordonnance de renvoi rendue par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du **24 mai 2006** et la citation à prévenus du **2 octobre 2006 (not. 10518/2000CD)** régulièrement notifiées.

Le prévenu **P.1.)**, quoique régulièrement cité, ne comparut pas à l'audience. Il convient donc de statuer par défaut à son égard.

Quant au moyen tiré de la violation de l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme pour non-respect du délai raisonnable :

Le défenseur du prévenu **P.2.)** a fait valoir que le délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme n'aurait pas été respecté en l'espèce, alors que les faits reprochés à **P.2.)** remontent à plus de dix ans.

Aux termes de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ''toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial.''

Cependant, ni l'article 6-1 de ladite Convention ou une loi nationale ne précisent les effets que le juge du fond devrait déduire d'un dépassement qu'il constaterait du délai raisonnable.

P.2.) demande en premier lieu que la poursuite dirigée contre lui soit déclarée irrecevable.

Il incombe à la juridiction du jugement d'apprécier, à la lumière des données de chaque affaire, si la cause est entendue dans un délai raisonnable, et, dans la négative, de déterminer les conséquences qui pourraient en résulter.

Selon une jurisprudence belge constante, les conséquences qui résulteraient du dépassement raisonnable doivent être examinées d'une part, sous l'angle de la preuve et d'autre part, sous l'angle de la sanction pénale qu'il y a lieu de rattacher à ces faits (Cass. Belge, 24.01.1990, Pas. 1990, I, p.607 ; Cass.belge, 27.05.1990, RDP 1992, p.998 ; TA Lux., n°409/95 du 22.02.95).

Le point de départ du délai se situe à la date où une personne se trouve accusée, cette date pouvant être suivant le cas celle de l'ouverture des enquêtes préliminaires, de l'inculpation ou de l'arrestation (cf. Cour d'Appel, 12 juillet 1994, arrêt n°273/94).

En l'espèce, les faits reprochés au prévenu se sont passés entre 1995 et 1996. Après le dépôt du rapport de la curatrice en date du 30 juin 1998 et après une enquête préliminaire, le juge d'instruction a été saisi en date du 14 juin 2000. Une commission rogatoire internationale a dû être effectuée. Le dossier a été clôturé par le juge d'instruction en date du 25 novembre 2005. Le 24 mai 2006, la chambre du conseil a ordonné le renvoi de la présente affaire devant une chambre correctionnelle. L'affaire avait paru une première fois à l'audience du 18 décmbre 2006 et a subi deux remises pour paraître utilement à l'audience du 3 mai 2007.

Le caractère raisonnable de la procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et non in abstracto (cf. S.GUINCHARD, J.BUISSON, Procédure pénale, n°377, p.263, Litec). Trois critères se sont dégagés de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour apprécier le délai raisonnable d'un procès, à savoir la complexité de l'affaire, le comportement du délinquant et, enfin, le comportement des autorités nationales.

La présente espèce est sans aucun doute d'une certaine complexité ayant nécessité une enquête laborieuse au cours de laquelle des commissions rogatoires internationales ont dû être exécutées.

En l'espèce, l'enquête a nécessité presque sept années, ce qui constitue une durée anormale, même si les faits sont d'une certaine complexité et même si des devoirs à l'étranger ont dû être accomplis.

Compte tenu des développements qui précèdent, le tribunal estime qu'un laps de temps important s'est écoulé depuis le début de l'instruction jusqu'à l'audience publique, à savoir plus de dix années. Il y a dès lors lieu de retenir que le délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme, n'a pas été respecté.

Ce délai déraisonnable a eu pour conséquence que le prévenu a été pendant tout ce délai dans l'incertitude quant au sort réservé à son affaire, respectivement à l'issue incertaine du procès.

Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré du dépassement du délai raisonnable est fondé. Avant de se prononcer sur les conséquences liées à cette constatation, il y a lieu d'analyser les préventions qui sont reprochées au prévenu.

AU PENAL :

Le Ministère Public reproche au prévenu **P.1.)** d'avoir, en sa qualité d'administrateur, sinon de dirigeant de fait de la société **SOC.1.)** s.a., anciennement **SOC.1'.)** sàrl, déclarée en faillite par jugement du tribunal de commerce en date du 13 juin 1997, commis l'infraction de banqueroute frauduleuse par détournement ou dissimulation d'actif, sinon d'abus de biens sociaux et d'avoir commis, dans la même qualité, l'infraction de banqueroute simple par les faits de ne pas avoir fait l'aveu la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements et de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés) et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers.

Il est encore reproché au prévenu **P.1.)** d'avoir émis un chèque sans provision.

Le Ministère Public reproche au prévenu **P.2.)** d'avoir, en sa qualité d'administrateur-délégué, sinon de dirigeant de fait de la société **SOC.1.)** s.a., anciennement **SOC.1'.)** sàrl, déclarée en faillite par jugement du tribunal de commerce en date du 13 juin 1997, d'avoir commis, l'infraction de banqueroute simple par les faits de ne pas avoir fait l'aveu la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements et de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés) et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers.

Il est encore reproché au prévenu **P.2.)** d'avoir émis un chèque sans provision.

GENERALITES

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 paiements, c'est-à-dire de faillite ; ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels par les juridictions répressives (Garraud, Traité du Droit pénal français, t.6, n°2667).

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

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, les gérants de la société **SOC.1'.)** sàrl étaient **P.2.)** ainsi que la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** dont **P.1.)** était le gérant. Le 8 octobre 1996, la société à responsabilité limitée **SOC.1'.)** a changé les forme et dénomination sociales pour devenir la société anonyme **SOC.1.)**. **P.2.)** et **P.1.)** ainsi que **A.)** ont été nommés administrateurs de la société, fonction de laquelle ils n'ont démissionné que le 28 avril 1997, soit peu avant le jugement déclaratif de faillite et partant en cours de la période suspecte.

En ces qualités, les deux prévenus devront être considérés comme auteurs des faits qui leur sont actuellement reprochés par le Ministère Public.

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 **SOC.1.)** 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 et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public ainsi que du rapport de la curatrice de la faillite, il faut constater que la société **SOC.1.)** s.a. est effectivement en état de faillite.

Ainsi, en faisant assigner en faillite la société **SOC.1.)** s.a., un de ses créanciers, la société à responsabilité limitée **SOC.3.)** n'accordait plus aucun délai de paiement à la société. En effet, la société **SOC.1.)** avait été condamnée à payer à la société **SOC.3.)** sàrl la somme de 567.185.- francs.

Lorsque la curatrice s'est rendu au siège social de la société en date du 16 juin 1997, un procès-verbal de carence a dû être dressé, alors qu'il n'y avait plus d'actif mobilier appartenant à la société faillie.

Il résulte du rapport d'activité de la curatrice Maître Aline ROSENBAUM du 30 juin 1998 que les créances des organismes publics s'élevaient à 936.678.- francs. Les créances des fournisseurs acceptées lors de la vérification des créances s'élevaient à 4.011.870,50.-francs tandis que le montant des créances provisoirement contestées s'élevaient à 8.279.866.- francs + 66.231,13.- francs français.

D'autre part, les salariés avaient été licenciés au moment de la transformation de la société **SOC.1'.)** sàrl en **SOC.1.)** s.a.. La société n'avait plus de réelle activité à partir de l'automne 1996. A cette époque, le matériel d'exploitation a été cédé à la société **SOC.4.)**. La société **SOC.1.)** s.a. était ainsi devenue incapable de générer un chiffre d'affaire et à plus forte raison un bénéfice, qui lui aurait permis de réduire le passif.

Au vu du passif élevé de la société **SOC.1.)** s.a., il faut constater qu'il y a eu ébranlement du crédit commercial.

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).

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 13 juin 1997, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 13 décembre 1996. Au vu des éléments du dossier répressif, il y a lieu de maintenir la date de cessation de paiements au 13 décembre 1996.

A. QUANT AU PREVENU P.1.)

I. Banqueroute frauduleuse par détournement ou dissimilation d'actif, subsidiairement abus de biens sociaux

Il est reproché à **P.1.)** d'avoir vendu trois véhicules automoteurs ainsi que de l'outillage ayant appartenu à la société en faillite. Devant la police il a déclaré que la vente aurait eu lieu en janvier 1997 et qu'il aurait obtenu pour l'ensemble du matériel un prix de vente de 1 million de francs. Entendu par le juge d'instruction en date du 15 novembre

2005, **P.1.)** a déclaré qu'il aurait été d'avis que l'argent aurait été affecté au paiement des arriérés de salaires.

D'après les factures, la vente des véhicules aurait eu lieu le 7 octobre 1996. Or, l'enquête a permis d'établir que les factures ont été antidatées. Il ressort également du dossier répressif que les trois voitures étaient encore immatriculées au nom de la société **SOC.1'.)** jusqu'au 13, respectivement 14 février 1997.

Il résulte du rapport n°2000/80337/1277-2001/4/500 de la police judiciaire, section économique et financière, qu'il n'existe aucune trace des trois paiements qui auraient été faits par la société **SOC.4.)** en contrepartie lors de l'acquisition des voitures et du matériel.

Aux termes de l'article 577 du code de commerce, sera déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui a détourné ou dissimulé une partie de son actif.

Tout acte de disposition volontaire accompli sur le patrimoine du débiteur après la cessation des paiements, en fraude des droits des créanciers, constitue le délit de banqueroute par détournement d'actif (Cass fr. 11 mai 1995, JCP 1995, IV, no 2053).

Deux éléments constitutifs composent la banqueroute frauduleuse, à savoir :

- un élément matériel – acte de détournement ou de dissimulation d'une partie de l'actif

- un élément moral – une intention dolosive caractérisée

Il s'agit du détournement d'une partie de l'actif sans substitution d'une contre-valeur, tandis que dans le cadre de l'abus de confiance, l'auteur intervertit la possession d'une chose qui lui a été confiée à titre précaire (cass. Belge, 28 avril 1981, Pas belge 1981, I, 1984).

En principe les détournements commis avant l'époque de la cessation de paiement seront qualifiés d'abus de biens sociaux et ceux réalisés après la cessation des paiements, de banqueroute, sauf si les détournements en cause ont conduit à la cessation des paiements. Si les faits peuvent recevoir la qualification d'abus de biens sociaux et de banqueroute, c'est la qualification de banqueroute qui devra être retenue en vertu du principe de la spécialité (pour une synthèse de la jurisprudence: Eva JOLY, op. cit., page 44 à 47).

L'élément matériel requis pour l'application de l'article 577 du Code de commerce est dès lors établi. Quant à l'élément moral de l'infraction de banqueroute frauduleuse, le dol spécial, il s'agit de l'intention frauduleuse. Celle-ci consiste dans le fait de soustraire volontairement une partie de l'actif de la société au gage des créanciers.

Il y a lieu de relever que le détournement et la dissimulation font, en fait, présumer l'intention frauduleuse (J. SPREUTELS, La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse, n° 32, p. 439 K). De même, l'intention frauduleuse peut être déduite légalement de la circonstance que le désordre dans la comptabilité et dans les comptes annuels d'un commerce était si considérable qu'il ne peut avoir été causé que volontairement pour donner lieu à des faits constituant la prévention de banqueroute frauduleuse (Cass., 28.4.1981, I, p. 984).

En matière de banqueroute frauduleuse, il incombe ainsi au prévenu, s'il nie le détournement de prouver qu'il a affecté ces fonds à la réalisation de l'objet social de la société (cass. bel. 13 mars 1973, Pas 1973, I, 661).

Le prévenu **P.1.)** n'a pas été en mesure de donner des informations précises au sujet de l'affectation du prix de vente. Il a affirmé auprès du juge d'instruction que d'après lui, des arriérés de salaires auraient été réglés, mais il ressort des éléments de l'enquête que tel n'a pas été le cas.

La mauvaise foi du prévenu est ainsi établie alors qu'il ne pouvait pas ignorer que le fait de vendre ces véhicules consistait à dépouiller la société de son actif.

Au vu de ce qui précède, il est établi que le prévenu a détourné le prix de vente des trois voitures et les outillages ayant appartenu à la société **SOC.1'.)**.

Il résulte de ce qui précède que l'infraction libellée à titre principal est à retenir à l'encontre de **P.1.)**.

II. Banqueroute simple

1. Quant au fait de banqueroute simple par la non tenue des livres prescrits par le code de commerce

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 du gérant de la société.

La curatrice indique dans son rapport d'activité du 30 juin 1998 ainsi que lors de l'audience publique du 3 mai 2007 qu'elle a seulement pu récupérer un document constituant un projet de comptes généraux pour l'année 1995. Aucun bilan n'a été déposé. Il n'y a pas eu de comptabilité au sens du code de commerce.

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 574 al. 6 du Code de commerce.

Il s'ensuit que la prévention telle que libellée par le Ministère Public est établie et doit être retenu à charge de **P.1.)**.

2. Quant au fait de banqueroute simple par l'absence d'aveu de l'état de cessation de paiements endéans le délai légal

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

L'omission de l'aveu de cessation des paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour 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.

Il ressort de l'ensemble des éléments du dossier répressif que **P.1.)** a négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu dès le moment où les difficultés financières de la société étaient devenues insurmontables.

Il y a partant lieu de retenir que **P.1.)** a violé l'article 574.4 du Code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal.

III. Chèque sans provision

Au vu des éléments du dossier répressif, il faut constater que cette prévention est également établie à charge de **P.1.)**. Il a en effet émis le 29 novembre 1996 un chèque d'un compte ouvert à la **BQUE.1.)** au nom de la société **SOC.1.)** S.A. sur le montant de 42.341,31.- francs français en n'ignorant pas que ce compte ne disposait pas d'une provision préalable, suffisante et disponible.

Au vu de ce qui précède, le prévenu **P.1.)** est **convaincu** des infractions suivantes, à savoir :

en sa qualité d'administrateur et de dirigeant de fait de la société anonyme SOC.1.) s.a., anciennement SOC.1'.) s.à r.l., déclarée en état de faillite en date du 13 juin 1997, ayant eu son siège social à (…), sinon à (…), sinon en sa qualité de gérant, sinon de dirigeant de fait de la société SOC.1'.) s.à r.l.,

partant comme auteur ayant commis lui-même les infractions,

<u>I. Banqueroute frauduleuse par détournement d'actif</u>

vers la fin de l'année 1996, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

d'avoir posé un acte de banqueroute frauduleuse en vertu de l'article 577,2° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal,

à savoir, d'avoir détourné une partie de l'actif, à savoir les véhicules automoteurs suivants :
VW, immatriculé (…) (L),
Renault, immatriculé (…) (L),
Renault, immatriculé (…) (L),

ainsi que l'outillage appartenant à la société en faillite,

<u>II. Banqueroute simple</u>

à Luxembourg et ailleurs dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

1. à partir du 13 décembre 1996, à Luxembourg, Palais de Justice, au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, d'avoir posé un acte

de banqueroute simple en vertu de l'article 574,4° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, à savoir de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois prescrit par l'article 440 du Code de commerce,

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements au plus tard le 13 décembre 1996,

2. à partir du 6 janvier 1995, à Luxembourg et ailleurs dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, d'avoir posé un acte de banqueroute simple en vertu de l'article 574,6° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 du Code de commerce, d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers n'offrant pas la véritable situation active et passive de la société,

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 précité et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers et n'offrant pas la véritable situation active et passive de la société ;

III. Chèque sans provision

le 29 novembre 1996, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 61 de la loi du 14 mars 1968 sur le chèque,

d'avoir sciemment émis un chèque sans provision préalable, suffisante et disponible,

en l'espèce, d'avoir émis le chèque numéro (…) du compte numéro (…) ouvert à la BQUE.1.) au nom de la société SOC.1.) s.a. sur le montant de 42.341,31 francs français, sans que sur ce compte ne figurait une provision préalable, suffisante et disponible.

Quant à la peine à prononcer

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.

L'infraction de banqueroute frauduleuse est punie de la peine de réclusion de cinq à dix ans selon l'article 489 du Code pénal.

Par suite de la décriminalisation opérée par ordonnance de renvoi, cette infraction sera punie d'un emprisonnement de trois mois au moins.

L'infraction à l'article 61 de la loi modifiée du 14 mars 1968 sur le chèque est sanctionnée d'une peine d'emprisonnement de un mois à deux ans et d'une amende de 251 euros à 15.000 euros.

Les infractions retenues sub II1) et II 2) constituent deux cas de banqueroute simple facultative prévus par l'article 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 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 des deux fautes, le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

L'infraction retenue sub) I constitue un cas de banqueroute frauduleux prévu par l'article 577 du Code de commerce.

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

Ainsi les préventions de banqueroute retenues sub I) et sub II1) et II2) ne constituent qu'une seule infraction, laquelle se trouve en concours réel avec la prévention sub III de sorte qu'il y a lieu d'appliquer l'article 60 du Code pénal.

Eu égard à la gravité des faits commis par **P.1.)**, il y a lieu de le condamner à une peine d'emprisonnement de 18 mois.

B. QUANT AU PREVENU P.2.)

I. Banqueroute simple

Quant au fait de banqueroute simple par la non tenue des livres prescrits par le code de commerce

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 du gérant de la société.

Comme il a été exposé ci-avant, la curatrice indique dans son rapport d'activité du 30 juin 1998 ainsi que lors de l'audience publique du 3 mai 2007 qu'elle a seulement pu récupérer un document constituant un projet de comptes généraux pour l'année 1995. Aucun bilan n'a été déposé. Il n'y a pas eu de comptabilité au sens du code de commerce.

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 574 al. 6 du Code de commerce.

Il s'ensuit que la prévention telle que libellée par le Ministère Public est établie et doit être retenue à charge de **P.2.)**.

Quant au fait de banqueroute simple par l'absence d'aveu de l'état de cessation de paiements endéans le délai légal

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

L'omission de l'aveu de cessation des paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour 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.

Il ressort de l'ensemble des éléments du dossier répressif ainsi que des déclarations du prévenu **P.2.)** qu'il ne s'est pas occupé de ce qui se passait dans la société, mais que **P.1.)** s'est chargé de tout. Dès lors, **P.2.)** a négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu dès le moment où les difficultés financières de la société étaient devenues insurmontables.

Il y a partant lieu de retenir que **P.2.)** a violé l'article 574.4 du Code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal.

II. Chèque sans provision

Au vu des éléments du dossier répressif, il faut constater que cette prévention est également établie à charge de **P.2.)**. Il a en effet émis le 29 novembre 1996 un chèque d'un compte ouvert à la **BQUE.1.)** au nom de la société **SOC.1.)** S.A. sur le montant de 42.341,31.- francs français en n'ignorant pas que ce compte ne disposait pas d'une provision préalable, suffisante et disponible.

Au vu de ce qui précède, le prévenu **P.2.)** est **convaincu** des infractions suivantes, à savoir :

en sa qualité d'administrateur-délégué de la société anonyme SOC.1.) s.a., anciennement SOC.1'.) s.à r.l., déclarée en état de faillite en date du 13 juin 1997, ayant eu son siège social à (...), sinon à (...), et en sa qualité de gérant, et de dirigeant de fait de la société SOC.1'.) s.à r.l.,

partant comme auteur ayant commis lui-même l'infraction,

I. Banqueroute simple

à Luxembourg, et ailleurs dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

1. à partir du 13 décembre 1996, à Luxembourg, Palais de Justice, au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, d'avoir posé un acte de banqueroute simple en vertu de l'article 574,4° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, à savoir de ne pas avoir fait l'aveu de

la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois prescrit par l'article 440 du Code de commerce,

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements au plus tard le 13 décembre 1996,

2. à partir du 6 janvier 1995, à Luxembourg et ailleurs dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, d'avoir posé un acte de banqueroute simple en vertu de l'article 574,6° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 du Code de commerce et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers n'offrant pas la véritable situation active et passive de la société,

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 précité et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers et n'offrant pas la véritable situation active et passive de la société ;

<u>II. Chèque sans provision</u>

le 29 novembre 1996, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 61 de la loi du 14 mars 1968 sur le chèque,

d'avoir sciemment émis un chèque sans provision préalable, suffisante et disponible,

en l'espèce, d'avoir émis le chèque numéro (...) du compte numéro (...) ouvert à la BQUE.1.) au nom de la société SOC.1.) s.a. sur le montant de 42.341,31 francs français, sans que sur ce compte ne figurait une provision préalable, suffisante et disponible.

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.

L'infraction à l'article 61 de la loi modifiée du 14 mars 1968 sur le chèque est sanctionnée d'une peine d'emprisonnement de un mois à deux ans et d'une amende de 251 euros à 15.000 euros.

Les infractions retenues sub II1) et II2) constituent deux cas de banqueroute simple facultative prévus par l'article 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 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 des deux fautes, le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

Ainsi les préventions de banqueroute retenues sub I) et sub II1) et II2) ne constituent qu'une seule infraction, laquelle se trouve en concours réel avec la prévention sub III de sorte qu'il y a lieu d'appliquer l'article 60 du Code pénal.

La représentante du Ministère Public ne s'oppose pas à la suspension du prononcé à l'égard du prévenu **P.2.)**.

Le tribunal constate en effet que les conditions d'application de l'article 621 du code d'instruction criminelle sont remplies. Ainsi, le fait retenu à charge de **P.2.)** ne paraît pas de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel supérieur à deux ans et le prévenu n'a pas encore encouru de condamnation irrévocable sans sursis à une peine d'emprisonnement correctionnel ou à une peine plus grave. De plus, il a marqué son accord avec une éventuelle suspension du prononcé à l'audience du 3 mai 2007.

Au vu du dépassement du délai raisonnable et au vu du rôle moins important de **P.2.)** dans la société **SOC.1.)** S.A., ainsi que compte tenu du fait que le prévenu déclare regretter son geste, il y a lieu de lui accorder la faveur de la suspension du prononcé.

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 ».

AU CIVIL :

*A l'audience publique du **3 mai 2007,** Maître Aline ROSENBAUM, avocat, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curatrice de la faillite de la société **SOC.1.)** s.a., anciennement **SOC.1'.)** s.à r.l. s'est constituée partie civile contre les prévenus **P.1.)** et **P.2.)**, préqualifiés, défendeurs au civil.*

Elle demande les montants suivants :

- 127.719,70 euros (créances déclarées et acceptées)
- p.m. (créances déclarées restant à vérifier, pour un montant total de 209.671,74 euros)
- p.m. (honoraire de la curatrice)

total : 127.719,70 euros + p.m.

Il y a lieu de donner acte à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile.

Le tribunal est en principe compétent pour en connaître, eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'égard des prévenus **P.1.)** et **P.2.)**.

Les dommages-intérêts que le tribunal peut accorder le cas échéant à la masse ne seront pas destinés à réparer le préjudice subi par les créanciers du fait de la cessation des paiements de leur débiteur, c'est-à-dire la différence entre le montant des créanciers et le dividende. La cessation de paiements n'est pas comme telle le dommage résultant de l'état de banqueroute. Les dommages-intérêts devront réparer le préjudice particulier découlant d'un ou de plusieurs faits constitutifs de banqueroute (cf. A.Honorat note sous Cass.fr., 04.10.1974, D.1975, p.328).

Pour que la constitution de partie civile soit recevable, il faut un préjudice particulier distinct du montant de la créance, résultant directement de l'infraction (cf.M-C SORINDO in « Delit de banqueroute », no 200).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, alors que la curatrice, représentant la masse des créanciers, réclame le montant intégral des créances. Or, il n'est pas établi que ce préjudice résulte des infractions retenues à charge des prévenus.

Il résulte de ce qui précède que la demande civile est irrecevable quant au fond.

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

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **septième chambre**, siégeant en **matière correctionnelle**, statuant ***par défaut*** à l'égard du prévenu **P.1.)** et statuant ***contradictoirement*** à l'égard du prévenu **P.2.)**, le prévenu et défendeur au civil **P.2.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense et la représentante du Ministère Public entendue en ses réquisitions,

AU PENAL :

c o n d a m n e le prévenu **P.1.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **18 (DIX-HUIT) MOIS ,** ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 22,81 euros;

d é c l a r e le prévenu **P.2.)** convaincu des infractions retenues à sa charge ;

o r d o n n e la **suspension du prononcé de la condamnation** pour la durée de **5 (CINQ) ANS** ;

a v e r t i t le prévenu **P.2.)** qu'en cas de nouvelle infraction commise pendant le temps d'épreuve et ayant entraîné une condamnation irrévocable à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal de plus de six mois sans sursis, les peines de la première infraction seront prononcées et exécutées sans confusion possible avec celles prononcées du chef de la nouvelle infraction et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al 2 du code pénal ;

a v e r t i t le prévenu **P.2.)** que la révocation de la suspension est facultative si la nouvelle infraction commise pendant le temps d'épreuve a entraîné une condamnation irrévocable à un emprisonnement correctionnel principal sans sursis d'un mois au moins et ne dépassant pas six mois ;

c o n d a m n e le prévenu **P.2.)** aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 22,81 euros ;

c o n d a m n e les prévenus **P.1.)** et **P.2.) solidairement** aux frais de justice 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.

AU CIVIL :

d o n n e acte à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile;

se d é c l a r e compétent pour en connaître;

d é c l a r e la demande **irrecevable**;

l a i s s e les frais de cette demande civile à charge de la demanderesse au civil.

Le tout en application des articles 60, 66, 489 du code pénal; articles 8, 9, 10, 11, 574, 577 et 583 du code de commerce, article 6 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme; article 61 de la loi modifiée du 14.03.1968; articles 2, 3, 179, 182, 184, 186, 189, 190, 190-1, 194, 195, 621, 622 et 626-1 du code d'instruction criminelle dont mention a été faite.

Par lettre entrée au Ministère Public le 5 juillet 2008, **P.1.)** a fait relever opposition contre le prédit jugement numéro 1796/2007 du 7 juin 2007.

Par citation du 4 juillet 2008 Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu **P.1.)** de comparaître à l'audience publique du 2 octobre 2008 devant le Tribunal correctionnel de ce siège, pour y entendre statuer sur l'opposition interjetée par lui.

A l'audience du 2 octobre 2008**,** Madame la vice-présidente constata l'identité du prévenu **P.1.)** et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le Tribunal.

Le témoin **T.1.)** fut entendu en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu par la loi.

Le prévenu **P.1.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Aline ROSENBAUM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curatrice de la faillite de la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.A.R.L., se constitua partie civile, contre le prévenu **P.1.)**.

Elle donna lecture des conclusions écrites qu'elle déposa sur le bureau du Tribunal et qui furent signées par Madame la vice-présidente et le greffier et jointes au présent jugement.

Maître Aline ROSENBAUM développa ensuite ses moyens à l'appui de sa demande civile.

Maître Christian ENGEL, avocat, demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens de défense du prévenu **P.1.)**.

La représentante du Ministère Public, Pascale KAELL, substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendue 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, le

J U G E M E N T QUI S U I T:

Vu le jugement n° 1796/2007 du 7 juin 2007 du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, chambre correctionnelle, rendu par défaut à l'égard de **P.1.)**.

Ledit jugement n'a pas été notifié au prévenu.

Toutefois, **P.1.)** a formé opposition contre ce jugement en date du 4 juillet 2007.

L'opposition, qui est régulière quant à la forme et quant au délai, est recevable.

Par application des dispositions de l'article 187, alinéa 1 du Code d'instruction criminelle, les condamnations intervenues à l'encontre de **P.1.)** sont à considérer comme **non avenues.** Il y a partant lieu de statuer à nouveau sur les faits qui sont soumis à l'appréciation du Tribunal.

Vu l'information menée par le juge d'instruction.

Vu l'ordonnance de renvoi rendue par la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du 24 mai 2006 renvoyant **P.1.)** devant une chambre correctionnelle du chef de banqueroute frauduleuse, par l'admission de circonstances atténunantes, sinon d'abus de biens sociaux, de banqueroute simple et d'émission de chèque sans provision.

Vu la citation à prévenu du 4 juillet 2008 régulièrement notifiée à **P.1.)** (not. 10518/2000CD).

AU PENAL :

Le Ministère Public reproche au prévenu **P.1.)** d'avoir, en sa qualité d'administrateur, sinon de dirigeant de fait de la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L., déclarée en état de faillite par jugement du Tribunal de commerce en date du 13 juin 1997, commis le 7 octobre 1996, sinon vers la fin de l'année 1996, l'infraction de banqueroute frauduleuse par détournement ou dissimulation d'actif, sinon d'abus de biens sociaux et d'avoir commis, en cette même qualité, l'infraction de banqueroute simple par les faits de ne pas avoir, à partir du 13 décembre 1996, fait l'aveu la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements et de ne pas avoir fait, à partir du 6 janvier 1995, l'inventaire prescrit par l'article 9 (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et des Sociétés) et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers.

Il est encore reproché à **P.1.)** d'avoir, en date du le 29 novembre 1996, émis un chèque sans provision.

1. Quant aux conditions de l'infraction de banqueroute

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 paiements, c'est-à-dire de faillite ; ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels par les juridictions répressives (Garraud, Traité du Droit pénal français, t.6, n°2667).

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

1.a. Qualité de commerçant

En principe, seuls les commerçants peuvent être déclarés en état de faillite.

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).

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).

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.

Suivant extrait du Mémorial C-n°444 du 10 septembre 1996, les gérants de la société **SOC.1'.)** S.à R.L. étaient **P.2.)** ainsi que la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** dont **P.1.)** était le gérant. Suivant extrait du Mémorial C-n°22 du 22 janvier 1997, la société **SOC.1'.)** S.à R.L. a changé les forme et dénomination sociale pour devenir la société **SOC.1.)** S.A. en date du 8 octobre 1996. **P.2.)** et **P.1.)** ainsi que **A.)** ont été nommés administrateurs de la société, fonctions desquelles ils n'ont démissionné que le 28 avril 1997, soit peu avant le jugement déclaratif de faillite et partant au cours de la période suspecte.

A l'audience du 2 octobre 2008, **P.1.)** a lui-même indiqué avoir activement participé à la gestion de **SOC.1.)** S.A.. Il avait notamment le pouvoir de signature conjointe ensemble avec **P.2.)** pour tous les engagements financiers de la société supérieurs à 50.000 LUF et il s'est également occupé des négociations en vue de la vente du matériel de la société fin de l'année 1996.

T.1.), enquêteur auprès de la Police Judiciaire, a encore précisé que selon les éléments récoltés lors de l'enquête et notamment au vu des déclarations de **P.2.)**, **P.1.)** prenait toutes les

décisions administratives et financières au sein de la société **SOC.1.)** S.A.. Le prévenu n'a d'ailleurs pas contesté cet état de fait à l'audience du 2 octobre 2008.

Par conséquent, **P.1.)** doit être considéré comme auteur des faits qui sont mis à sa charge aux termes de la citation du 4 juillet 2008.

1.b. L'état de faillite

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 **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L., se trouve effectivement en état de faillite.

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

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

La cessation de paiement est 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).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public ainsi que du rapport de la curatrice de la faillite, il faut constater que la société **SOC.1.)** S.A. est effectivement en état de faillite.

La curatrice de la faillite, Maître Aline ROSENBAUM, a indiqué dans son rapport du 30 juin 1998 que les premiers signes de la dégradation de la situation financière de la société **SOC.1'.)** S.à R.L., transformée le 8 octobre 1996 en **SOC.1.)** S.A., étaient visibles dès mi-juillet 1996. A cette époque, plusieurs assignations en paiement ont été lancées (première assignation : 18 juillet 1996) et des ordonnances de paiement ont été rendues à l'encontre de la société. Par ailleurs, un compte bancaire ouvert auprès de la **BQUE.1.)** présentait un solde négatif en continu depuis mi-juillet 1996.

Dans ce contexte, il y a lieu de préciser que la société **SOC.1.)** S.A. a été assignée en faillite par un de ses créanciers, la société **SOC.3.)** S.à R.L., qui n'entendait plus accorder de délai de

paiement. En effet, la société **SOC.1.)** avait été condamnée à payer à la société **SOC.3.)** S.à R.L. la somme de 567.185 LUF.

Par ailleurs, lorsque la curatrice s'est rendue au siège social de la société en date du 16 juin 1997, un procès-verbal de carence a dû être dressé, alors qu'il n'y avait plus d'actif mobilier appartenant à la société faillie.

Il résulte encore du rapport d'activité de la curatrice Maître Aline ROSENBAUM qu'à cette époque les céances des organismes publics s'élevaient à 936.678 LUF. Les créances des fournisseurs acceptées lors de la vérification des créances s'élevaient à 4.011.870,50 LUF tandis que le montant des créances provisoirement contestées s'élevaient à 8.279.866 LUF et 66.231,13 FF.

D'autre part, les salariés avaient été licenciés au moment de la transformation de la société **SOC.1'.)** S.à R.L. en **SOC.1.)** S.A., à savoir le 8 octobre 1996. La société n'avait plus de réelle activité à partir d'automne 1996.

Il ressort encore du rapport de Maître Aline ROSENBAUM que le matériel d'exploitation ayant appartenu à la société **SOC.1.)** S.A. a été cédé en date du 7 octobre 1996 à la société **SOC.4.)** S.A., dont trois véhicules vendus pour un montant de 977.500 LUF, sans toutefois que la contrepartie, à savoir le prix de vente, ne puisse être retrouvée dans la comptabilité de la société.

A partir du mois de décembre, la société **SOC.1.)** S.A. était ainsi devenue incapable de générer un chiffre d'affaire et à plus forte raison un bénéfice, qui lui aurait permis de réduire le passif.

Au vu du passif élevé de la société **SOC.1.)** S.A., il faut constater qu'il y a eu ébranlement du crédit commercial.

1.c. La date de cessation des paiements

L'époque de la cessation des paiements doit être déterminée.

En effet, la date retenue par le jugement du Tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par cette juridiction de la cessation des paiements sont sans effet sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. 1975, I, p. 796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 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).

Dans le jugement de faillite du 13 juin 1997, le Tribunal de commerce a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 13 décembre 1996. Au vu des éléments du dossier répressif, il y a lieu de maintenir la date de cessation de paiements au 13 décembre 1996. En effet, même si la société connaissait des difficultés financières dès mi-juillet 1996, des rentrées d'argent étaient encore enregistrées jusqu'en décembre 1996 grâce à des ouvertures de crédit.

Il ne résulte dès lors pas à l'exception de tout doute du dossier soumis à l'appréciation du Tribunal que la société **SOC.1.)** S.A. s'est déjà trouvée en état de cessation des paiements avant cette date.

2. Banqueroute frauduleuse par détournement ou dissimilation d'actif, subsidiairement abus de biens sociaux

Le Ministère Public reproche à **P.1.)** sub A. I. 1. du renvoi soumis à la chambre du conseil, d'avoir principalement commis une banqueroute frauduleuse, subsidiairement, un abus de biens sociaux par le fait d'avoir vendu trois véhicules automoteurs ainsi que de l'outillage ayant appartenu à la société en faillite.

En effet, il ressortirait des éléments recueillis par la curatrice et par les enquêteurs, et plus particulièrement de trois factures versées au dossier répressif, que **P.1.)** a vendu à la société **SOC.4.)** S.A. trois véhicules appartenant à la société **SOC.1.)** S.A. pour le montant total de 977.500 LUF en date du 7 octobre 1996. Le reste de l'outillage de la société en faillite aurait été bradé pour le montant de 22.500 LUF.

Lors de son audition devant les agents verbalisants en date du 10 décembre 2003 (annexe 1 au rapport n° 2000/80337/2004-002/4/003 du Service de Police Judiciaire) **P.1.)** a déclaré que la vente des véhicules et de l'outillage aurait eu lieu en janvier 1997 et qu'il aurait obtenu pour l'ensemble du matériel un prix de vente de 1 million de LUF de la société **SOC.4.)** S.A.. L'outillage n'aurait pas fait l'objet de factures séparées. **SOC.4.)** S.A. aurait payé le prix de vente seulement en janvier 1997. Or, les factures mentionnent comme date de la vente le 7 octobre 1996, ce qui permet d'établir qu'elles ont été antidatées. Il ressort également du dossier répressif que les trois véhicules étaient encore immatriculés au nom de la société **SOC.1'.)** S.A. jusqu'au 13, respectivement 14 février 1997.

Concernant la destination des fonds résultant de la vente, **P.1.)** a déclaré tant devant le juge d'instruction en date du 15 novembre 2005 qu'à l'audience du 2 octobre 2008, que l'argent aurait été affecté au paiement des arriérés de salaires. Les employés auraient été payés en liquide et des reçus, qui devraient se trouver dans la comptabilité, prouveraient ses dires. En outre, aucun des salariés n'aurait déclaré de créance salariale au cours de la procédure de faillite.

Or, il résulte du rapport n°2000/80337/1277-2001/4/500 de la Police Judiciaire, Section Economique et Financière, qu'il n'existe aucun document faisant preuve des trois paiements qui auraient été faits par la société **SOC.4.)** S.A. en contrepartie de l'acquistion des voitures et du matériel de la société **SOC.1.)** S.A..

Quant aux arriérés de salaires prétendument payés aux salariés, là encore il échet de souligner qu'aucun reçu ni aucun autre document n'atteste des dires du prévenu.

Aux termes de l'article 577 du Code de commerce, sera déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui a détourné ou dissimulé une partie de son actif.

Tout acte de disposition volontaire accompli sur le patrimoine du débiteur après la cessation des paiements, en fraude des droits des créanciers, constitue le délit de banqueroute par détournement d'actif (Cass fr. 11 mai 1995, JCP 1995, IV, no 2053).

Deux éléments constitutifs composent la banqueroute frauduleuse, à savoir :

- un élément matériel – acte de détournement ou de dissimulation d'une partie de l'actif

- un élément moral – une intention dolosive caractérisée

Il s'agit du détournement d'une partie de l'actif sans substitution d'une contre-valeur, tandis que dans le cadre de l'abus de confiance, l'auteur intervertit la possession d'une chose qui lui a été confiée à titre précaire (cass. Belge, 28 avril 1981, Pas belge 1981, I, 1984).

En principe les détournements commis avant l'époque de la cessation de paiement seront qualifiés d'abus de biens sociaux et ceux réalisés après la cessation des paiements, de banqueroute, sauf si les détournements en cause ont conduit à la cessation des paiements. Si les faits peuvent recevoir la qualification d'abus de biens sociaux et de banqueroute, c'est la qualification de banqueroute qui devra être retenue en vertu du principe de la spécialité (pour une synthèse de la jurisprudence: Eva JOLY, op. cit., page 44 à 47).

Dans le cas d'espèce, il y a lieu de retenir que le détournement d'un montant de 1 million de LUF s'est produit en janvier 1997, soit après le 13 décembre 1996, date de la cessation des paiements. L'élément matériel requis pour l'application de l'article 577 du Code de commerce est dès lors établi.

Quant à l'élément moral de l'infraction de banqueroute frauduleuse, le dol spécial, il s'agit de l'intention frauduleuse. Celle-ci consiste dans le fait de soustraire volontairement une partie de l'actif de la société au gage des créanciers.

Il y a lieu de relever que le détournement et la dissimulation font, en fait, présumer l'intention frauduleuse (J. SPREUTELS, La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse, n° 32, p. 439 K). De même, l'intention frauduleuse peut être déduite légalement de la circonstance que le désordre dans la comptabilité et dans les comptes annuels d'un commerce était si considérable qu'il ne peut avoir été causé que volontairement pour donner lieu à des faits constituant la prévention de banqueroute frauduleuse (Cass., 28.4.1981, I, p. 984).

En matière de banqueroute frauduleuse, il incombe ainsi au prévenu, s'il nie le détournement de prouver qu'il a affecté ces fonds à la réalisation de l'objet social de la société (cass. bel. 13 mars 1973, Pas 1973, I, 661).

Le prévenu **P.1.)** n'a pas été en mesure de donner des informations précises au sujet de l'affectation du prix de vente. Il a affirmé auprès du juge d'instruction que d'après lui, des arriérés de salaires auraient été réglés avec ces fonds, mais il ressort des éléments de l'enquête que tel n'a pas été le cas.

La mauvaise foi du prévenu est ainsi établie alors qu'il ne pouvait pas ignorer qu'en vendant ces véhicules il dépouillait la société de son actif.

Au vu de ce qui précède, il est établi que le prévenu a détourné le prix de vente des trois voitures et les outillages ayant appartenu à la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L..

Il résulte de ce qui précède que l'infraction libellée à titre principal est à retenir à l'encontre de **P.1.)**.

3. Banqueroute simple

3.1. L'absence d'aveu de l'état de cessation de paiements endéans le délai légal

Il est encore reproché à **P.1.)** de s'être rendu coupable de banqueroute simple par infraction à l'article 574 (4) du Code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

L'article 440 du Code de commerce dispose que tout commerçant et toute société commerciale qui cesse ses paiements doit dans le mois en faire l'aveu au greffe du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de son domicile ou de son siège social.

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

L'omission de l'aveu de cessation des paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour 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.

Il ressort de l'ensemble des éléments du dossier répressif que **P.1.)** a négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu dès le moment où les difficultés financières de la société étaient devenues insurmontables. Le Tribunal constate qu'il aurait incombé à **P.1.)** de faire l'aveu de la cessation des paiements au plus tard un mois après le 13 décembre 1996.

A l'audience du 2 octobre 2008, **P.1.)** n'a pas contesté l'infraction mise à sa charge sub. II. B.1..

Il y a partant lieu de retenir que **P.1.)** a violé l'article 574.4 du Code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal.

3.2. Défaut de tenir les livres de commerce et l'inventaire

Il est reproché à **P.1.)** sub B) II. 2. en ordre principal de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L. les livres de commerce exigés par l'article 8 (actuellement article 11) du Code de commerce et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 (actuellement article 15) du Code de commerce. En ordre subsidiaire, il est reproché à **P.1.)** d'avoir tenu ces livres et inventaires de manière incomplète ou irrégulière et de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive de la société **SOC.1.)** S.A..

P.1.) conteste cette prévention. Il soutient qu'il avait confié la comptabilité de la société à une fiduciaire du nom de **FID.1.)** S.A..

La tenue d'une comptabilité, soit dans un livre-journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, relève de la responsabilité du ou des dirigeants de la société.

La curatrice indique dans son rapport d'activité du 30 juin 1998 qu'elle a seulement pu récupérer un document constituant un projet de comptes généraux pour l'année 1995 et des classeurs contenant des factures, des lettres non ouvertes ainsi que d'autres documents qui n'avaient pas été classés. Au vu du désordre régnant dans les documents administratifs, il était impossible de tenir une comptabilité correcte. Il ressort encore du rapport de la curatrice ainsi que de l'enquête menée par la Police Judiciaire, qu'aucun bilan n'a été déposé depuis la constitution de la société **SOC.1'.)** S.à R.L., soit depuis 1995.

Quant à la fiduciaire **FID.1.)** S.A., son responsable, **A.)**, a déclaré aux enquêteurs lors de son audition en date du 18 novembre 1999, qu'en 1996 **P.2.)** et **P.1.)** se sont présentés auprès de lui pour que la fiduciaire s'occupe de la comptabilité de la société **SOC.1'.)** S.à R.L., transformée plus tard en **SOC.1.)** S.A.. **A.)** a été nommé administrateur de la société mais n'avait concrètement aucun pouvoir décisionnel. Il a encore précisé que les difficultés financières de la société étaient connues dès le mois de décembre 1996 et que seuls **P.2.)** et **P.1.)** étaient en possession des documents comptables de sorte qu'aucune coomptabilité n'a pas être établie par **FID.1.)** S.A..

En conséquence, il n'y a pas eu de comptabilité au sens du Code de commerce.

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 574 al. 6 du Code de commerce.

Il s'ensuit que la prévention telle que libellée par le Ministère Public à titre principal est établie et doit être retenue à charge de **P.1.)**.

4. Emission d'un chéque sans provision

Il est encore reproché à **P.1.)** d'avoir émis le 29 novembre 1996 un chèque sans provision préalable et suffisante pour un montant de 42.341,31 FF tiré sur un compte auprès de la **BQUE.1.)** au nom de la société **SOC.1.)** S.A..

Aux termes de l'article 61 du texte coordonné du 26 février 1987 de la loi modifiée sur les chèques, l'infraction existe dès qu'il y a émission d'un chèque, absence de provision et que le tireur a su, ou du moins a dû savoir au moment d'émettre l'effet, ne pas pouvoir disposer chez le tiré d'une provision déjà constituée et suffisante pour en assurer le paiement.

L'infraction requiert donc la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral.

L'élément matériel porte deux exigences, à savoir :

- l'émission d'un « chèque », c'est-à-dire la mise en circulation d'un titre qualifié « chèque » et

- l'absence de provision préalable à l'émission du chèque, suffisante (c'est-à-dire égale au montant du chèque) et disponible (c'est-à-dire certaine, liquide et exigible) (Juris-Classeur PENAL verbo « Chèque » fasc 1, no 71 à 182).

L'élément intentionnel réside dans la connaissance qu'avait ou que devait avoir le tireur de l'absence et de l'insuffisance de provision. La seule connaissance que le tireur a ou doit avoir, lors de l'émission du chèque, du défaut, de l'insuffisance ou de l'indisponibilité de la provision suffit pour que l'infraction soit donnée. Toute imprudence ou négligence dans le chef du tireur est répréhensible. Il appartient à toute personne qui émet un chèque de vérifier le solde de son compte et de rester en toute bonne foi en deçà de ses possibilités financières (Cour d'appel du 29 octobre 1993, arrêt no 252/93 V).

Il est établi que le chèque signé par **P.1.)** a été présenté à encaissement, mais qu'il est resté impayé faute de provision de sorte que l'élément matériel est caractérisé.

Quant à l'élément intentionnel, il échet de remarquer que la curatrice de la société en faillite, Maître Aline ROSENBAUM, a indiqué dans son rapport du 30 octobre 1998 ainsi que lors de son audition devant les enquêteurs en date du 1er décembre 1999, qu'en date du 29 novembre 1996 un chéque a été émis à l'ordre des établissements **ETS.1.)** pour un montant de 42.341,31 FF alors que le compte ouvert au nom de la société **SOC.1.)** S.A. auprès de la **BQUE.1.)** ne présentait pas un solde suffisant pour couvrir ledit montant.

A l'audience du 2 octobre 2008, **P.1.)** a expliqué qu'il pensait d'une part que la société attendait des rentrées d'argent et d'autre part que le chèque ne servait qu'à un simple cautionnement de sorte qu'il ne serait pas nécessairement encaissé.

Ces affirmations ne sont toutefois pas crédibles dès lors qu'il ressort du rapport de la curatrice du 30 octobre 1998 que le compte ouvert auprès de la **BQUE.1.)** au nom de la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L., présentait un solde négatif en continu depuis le mois de juillet 1996 et que la société connaissait déjà d'importantes difficultés financières en novembre 1996 dû à de nombreuses dettes contractées auprès de divers débiteurs.

En outre, il appartenait à **P.1.)** de vérifier que le compte présentait une provision préalable et disponible avant d'émettre le chéque, de sorte que l'élément intentionnel exigé pour retenir l'infraction d'émission de chèque sans provision est également donné.

Au vu de ce qui précède, le prévenu **P.1.)** est convaincu des infractions suivantes, à savoir :

« en sa qualité d'administrateur et de dirigeant de fait de la société anonyme SOC.1.) S.A., anciennement SOC.1'.) s.à r.l., déclarée en état de faillite en date du 13 juin 1997, ayant eu son siège social à (...), sinon à (...), et en sa qualité de gérant et de dirigeant de fait de la société SOC.1'.) s.à r.l.,

partant comme auteur ayant commis lui-même les infractions,

<u>I. Banqueroute frauduleuse par détournement d'actif</u>

vers la fin de l'année 1996, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

d'avoir posé un acte de banqueroute frauduleuse en vertu de l'article 577,2° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal,

à savoir, d'avoir détourné une partie de l'actif, à savoir les véhicules automoteurs suivants :
VW, immatriculé (...) (L),
Renault, immatriculé (...) (L),
Renault, immatriculé (...) (L),

ainsi que l'outillage appartenant à la société en faillite,

II. Banqueroute simple

à Luxembourg,

1. à partir du 13 décembre 1996, à Luxembourg, Palais de Justice, au greffe du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, d'avoir posé un acte de banqueroute simple en vertu de l'article 574,4° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, à savoir de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois prescrit par l'article 440 du Code de commerce,

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements au plus tard le 13 décembre 1996,

2. à partir du 6 janvier 1995, à Luxembourg, d'avoir posé un acte de banqueroute simple en vertu de l'article 574,6° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 du Code de commerce, d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers n'offrant pas la véritable situation active et passive de la société,

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 précité et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers et n'offrant pas la véritable situation active et passive de la société ;

III. Chèque sans provision

le 29 novembre 1996, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 61 de la loi du 14 mars 1968 sur le chèque,

d'avoir sciemment émis un chèque sans provision préalable, suffisante et disponible,

en l'espèce, d'avoir émis le chèque numéro (...) du compte numéro (...) ouvert à la BQUE.1.) au nom de la société SOC.1.) S.A. sur le montant de 42.341,31 francs français, sans que sur ce compte ne figurait une provision préalable, suffisante et disponible. »

5. PEINE

5.1. Quant au moyen tité de l'article 6-1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme

Le mandataire du prévenu a soulèvé à l'audience du 2 octobre 2008 le moyen du non-respect de l'article 6-1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (ci-après CEDH) pour non respect du délai raisonnable, alors que les faits reprochés à **P.1.)** remontent à plus de dix ans.

Aux termes de l'article 6-1 de la CEDH « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un Tribunal indépendant et impartial établi par la loi (…)» et l'article 14 (3)c. du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (ci-après. PIDCP) qui dispose que « toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes (…)à être jugée sans retard excessif ».

Cependant, ni l'article 6.1. de ladite Convention ni une loi nationale ne précisent les effets que le juge du fond doit déduire d'un dépassement du délai raisonnable qu'il constaterait.

Il incombe à la juridiction de jugement d'apprécier, à la lumière des données de chaque affaire, si la cause est entendue dans un délai raisonnable, et, dans la négative, de déterminer les conséquences qui pourraient en résulter.

Or le caractère raisonnable de la procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et non in abstracto. Trois critères se sont dégagés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, pour apprécier le délai raisonnable d'un procès; aucun n'étant toutefois prédominant :1) la complexité de l'affaire en fait et en droit, en nombre de parties, en difficultés de preuves, etc, 2) du comportement du prévenu (sans aller à exiger qu'il facilite la preuve des accusations portées contre lui) et enfin 3) le comportement des autorités nationales compétentes (S. GUINCHARD etJ. BUISSON, Procédure pénale, n°376, p. 263).

Le point de départ du délai se situe à la date où une personne se trouve accusée, cette date pouvant être suivant le cas celle de l'ouverture des enquêtes préliminaires, de l'inculpation ou de l'arrestation (cf. Cour d'Appel, 12 juillet 1994, arrêt n°273/94).

La question de savoir si le « délai raisonnable » a été dépassé dépend dans de nombreux cas, d'un examen attentif des circonstances et des causes de tout retard et non pas simplement de la prise en considération de la durée du laps de temps en question (F. QUILLERE-MAZOUP, La Défense du Droit à un Procès Equitable, p. 233 – 239, éd Bruyland 1999).

Le point de départ du délai se situe à la date où une personne se trouve accusée, cette date pouvant être suivant le cas celle de l'ouverture des enquêtes préliminaires, de l'inculpation ou de l'arrestation (cf. Cour d'Appel, 12 juillet 1994, arrêt n°273/94).

En l'espèce, les faits reprochés à **P.1.)** se sont produits entre 1995 et 1996. Après le dépôt du rapport de la curatrice en date du 30 juin 1998 et après une enquête préliminaire, le juge d'instruction a été saisi en date du 14 juin 2000. Une commission rogatoire internationale a dû être effectuée et le dossier a été clôturé par le juge d'instruction en date du 25 novembre 2005.

Le 24 mai 2006, la chambre du conseil a ordonné le renvoi de la présente affaire devant une chambre correctionnelle. L'affaire avait paru une première fois à l'audience du 18 décmbre

2006 et a subi deux remises. Le premier jugement a été rendu par défaut à l'encontre de **P.1.)** en date du 7 juin 2007 et l'affaire a été reproduite à l'audience du 2 octobre 2008, suite à l'opposition formée par le prévenu.

L'enquête a nécessité presque sept années au vu d'une certaine complexité et des commissions rogatoires internationales qui ont dû être exécutées. Néanmoins, il y a lieu de considérer cette durée comme anormale.

Compte tenu des développements qui précèdent, le Tribunal retient qu'un laps de temps trop important s'est écoulé depuis le début de l'instruction jusqu'à l'audience publique, à savoir plus de dix années. Il y a dès lors lieu de retenir que le délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme, n'a pas été respecté.

Ce délai déraisonnable a eu pour conséquence que le prévenu a été pendant tout ce délai dans l'incertitude quant au sort réservé à son affaire, respectivement à l'issue incertaine du procès.

Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré du dépassement du délai raisonnable est fondé et qu'il y a lieu d'en tenir compte dans le quantum de la peine à prononcer à l'encontre de **P.1.)**.

5.2. Concours d'infractions

Les infractions retenues sub I.1. et sub II.2. constituent deux cas de banqueroute simple facultative prévus par l'article 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 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 des deux fautes, le Tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

L'infraction retenue sub I. constitue un cas de banqueroute frauduleux prévu par l'article 577 du Code de commerce.

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

Ainsi les préventions de banqueroute retenues sub I., sub II.1. et sub II.2. ne constituent qu'une seule infraction, laquelle se trouve en concours réel avec la prévention sub III. de sorte qu'il y a lieu d'appliquer l'article 60 du Code pénal et de ne prononcer que la peine la plus forte qui pourra être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

L'infraction de banqueroute frauduleuse est punie de la peine de réclusion de cinq à dix ans selon l'article 489 du Code pénal.

Par suite de la décriminalisation opérée par ordonnance de renvoi, cette infraction sera punie d'un emprisonnement de trois mois au moins conformément à l'article 74 du Code pénal.

Une peine d'amende pourra également être prononcée en application de l'article 77 du Code pénal.

Eu égard à la gravité des faits commis, du trouble à l'ordre public et au rôle de dirigeant de fait endossé par **P.1.)**, mais également au regard de la violation de l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme, il y a lieu de le condamner à une peine d'emprisonnement de 12 mois et à une amende de 1.000 euros.

Le prévenu n'a pas encore subi jusqu'à ce jour de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et il n'est pas indigne de la clémence du Tribunal. Il y a partant lieu de lui accorder la faveur du sursis quant à la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

5.3. Peines accessoires

Conformément à l'article 583 du Code de commerce qui prévoit que les jugements rendus en vertu des articles 573 à 578 du même code 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 « Luxemburger Wort » et « Tageblatt ».

Aux termes de l'article 579 du Code de commerce, dans les cas prévus par les articles 575, 577 et 578, la Cour ou le Tribunal saisi statueront, lors même qu'il y a acquittement 1) d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits; 2) sur les dommages-intérêts qui seraient demandés et que le jugement ou l'arrêt arbitrera (…).

Il appert de ce qui précède que le prévenu **P.1.)** devra être condamné, entre autres, d'avoir soustrait au préjudice de la masse des créanciers les produits de la vente des trois véhicules prédécrits et de l'outillage de la société en faillite. Le Tribunal évalue le produit de ces ventes à 25.000 euros au total.

Le Tribunal correctionnel ordonne partant la réintégration à la masse des créanciers de la faillite de la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L., de la somme de 25.000 euros correspondant à la valeur des biens frauduleusement soustraits à la masse de la faillite par le prévenu **P.1.)** avec les intérêts légaux à partir du 13 juin 1997, jour de la faillite, jusqu'à solde.

AU CIVIL :

A l'audience publique du 2 octobre 2008 Maître Aline ROSENBAUM, avocat, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curatrice de la faillite de la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L., s'est constituée partie civile contre le prévenu **P.1.)**, préqualifié, défendeur au civil.

La demande civile est conçue comme suit :

«
1) à titre principal :

*condamner le prévenu **P.1.)**, à payer à la requérante les montant suivants :*

- *127.719,70.- euros : créances déclarées et acceptées*
- *+ p.m. (créances déclarées à accepter, pur un montant total de 209.671,74.- euros)*
- *+ p.m. (honoraires de la curatrice)*

Total : 337.391,44.- euros + p.m.

Ce montant avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la faillite, jusqu'à solde,
Sous réserve expresse d'augmentation à concurrence du montant des honoraires de la curatrice.

2) à titre subsidiaire :

*constater que la requérante a subi un préjudice en relation causale directe avec les infractions commises, à tout le moins de 1.000.000.- luf., soit 24.779,35.- euros, correspondant au prix de vente de l'actif de la société en janvier 1997, détourné par les prévenus, respectivement par le prévenu **P.1.)** ;*

*condamner le prévenu **P.1.)** à payer à la partie requérante la somme de 24.779,35.- euros,*

condamner le prévenu à tous les frais et dépens de l'instance.

Il y a lieu de donner acte à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile. »

Le Tribunal est en principe compétent pour en connaître, eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'égard de **P.1.)**.

Concernant la demande en réparation libellée à titre principal par la curatrice, il y a lieu de rappeler que les dommages-intérêts que le Tribunal accordera le cas échéant à la masse ne seront pas destinés à réparer le préjudice subi par les créanciers du fait de la cessation des paiements de leur débiteur. La cessation des paiements n'est pas comme telle le dommage résultant de l'état de banqueroute. Les dommages-intérêts devront réparer le préjudice particulier découlant d'un ou de plusieurs faits constitutifs de banqueroute (cf. A.Honorat, note sous Cass.fr., 4.10.1974, D. 1975, p.328).

Pour que la constitution de partie civile soit recevable, il faut un préjudice particulier distinct du montant de la créance, résultant directement de l'infraction (cf. M-C SORINDO in « Délit de banqueroute », n°200).

Dans le cas d'espèce, la demande civile serait tout au plus recevable pour le montant de 25.000 euros étant donné que cette somme est en relation causale directe avec l'infraction de banqueroute frauduleuse retenue sub. I. à l'encontre de **P.1.)**.

Néanmoins, il y a lieu de rappeler que la partie civile n'aura qualité pour exercer l'action civile que si elle justifie d'un intérêt, c'est-à-dire si elle établit que le dommage dont elle se

plaint est la suite immédiate et directe d'un fait constituant une infraction (Cour 10 janvier 1985, P. 26, 247).

En raison de la réintégration à la masse des créanciers du montant de 25.000 euros correspondant à la valeur des véhicules et de l'outillage frauduleusement soustraits ordonnée ci-dessus et la condamnation de **P.1.)** au paiement de cette somme avec les intérêts, la société demanderesse au civil **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L., en faillite, ne subit actuellement plus de préjudice de sorte que sa demande est irrecevable .

La demande est encore à déclarer irrecevable pour le surplus du montant réclamé, alors que la curatrice, représentant la masse des créanciers, ès-qualité, réclame des sommes qui ne résultent pas directement des infractions retenues sub I. à III. à charge du prévenu.

Il y a partant lieu de déclarer les demandes civiles principale et subsidiaire irrecevables quant au fond.

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,** le prévenu et défendeur au civil **P.1.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, le mandataire de la demanderesse au civil entendu en ses conclusions et la représentante du Ministère Public entendue en ses réquisitions,

d é c l a r e l'opposition relevée par **P.1.)** contre le jugement rendu par défaut n° 1796/2007 du 7 juin 2007 du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, chambre correctionnelle, recevable,

d é c l a r e les condamnations prononcées à son encontre par le jugement n° 1796/2007 du 7 juin 2007, non avenues,

statuant à nouveau

AU PENAL

d i t f o n d é le moyen tiré de l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme,

c o n d a m n e P.1.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **douze (12) mois** et une amende de **mille (1.000) euros**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 39,88 (22,81 + 17,07) 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 le prévenu **P.1.)** 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

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,

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à vingt (20) jours,

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 « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout aux frais du contrevenant,

o r d o n n e la réintégration à la masse de la faillite de la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L., de la somme de 25.000 euros correspondant à la valeur des biens frauduleusement soustraits à la masse de la faillite,

c o n d a m n e P.1.) à payer à la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L., en faillite, la somme de 25.000 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la faillite soit le 13 juin 1997,

AU CIVIL

d o n n e a c t e à la demanderesse au civil Maître Aline ROSENBAUM, en sa qualité de curatrice de la faillite **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.à R.L, de sa constitution de partie civile,

s e d é c l a r e compétent pour en connaître,

d é c l a r e la demande tant principale que subsidiaire irrecevable;

l a i s s e les frais de cette demande civile à charge de la demanderesse au civil.

Par application des articles 14, 15, 16, 27, 28, 29, 30, 60, 66, 74, 77 et 489 du Code pénal; des articles 2, 3, 155, 179, 182, 184, 187, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'Instruction Criminelle; des articles 8, 9, 10, 11, 15, 574, 577, 579 et 583 du Code de Commerce ; de l'article 6 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme; de l'article 61 de la loi modifiée du 14 mars 1968 dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Nathalie JUNG, vice-présidente, Christina LAPLUME et Isabelle JUNG, juges, et prononcé par Madame la vice-présidente en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de Nadine SCHEUREN, substitut du Procureur d'Etat, et de Andrée MOULIN, greffier, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public ont signé le présent jugement.