Jugt no 2272/2010 **Not. : 19802/2009/CD**

Audience publique du 22 juin 2010

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

Dans la cause du Ministère Public contre

Etr. **X.)**,
publi. né le (…) à (…) (F),
demeurant à F-(…), (…);

- p r é v e n u -

F A I T S :

Par citation du 10 décembre 2009 Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu de comparaître à l'audience publique du 9 février 2010 devant le Tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

infractions aux articles 574.4, 574.6 et 576 du Code de commerce et 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

A cette audience, l'affaire fut refixée contradictoirement au 27 mai 2010.

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

Le témoin Maître Françoise SCHROEDER, curateur, fut entendu en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu par la loi.

Le prévenu **X.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense, qui furent plus amplement développés par Maître David GIABBANI, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Gaston VOGEL, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

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,

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

Vu la citation du 10 décembre 2009 régulièrement notifiée à **X.)**.

Le Ministère Public reproche à **X.)**, en sa qualité de dirigeant et responsable de la société **SOC1.)** S.A., d'avoir commis les infractions de banqueroute simple facultative par le fait de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés, de ne pas avoir tenu les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce, subsidiairement de les avoir tenus de manière incomplète ou irrégulière, de ne pas avoir tenu l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de commerce, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à compter de sa production, et de ne pas avoir procédé annuellement au dépôt au Registre du Commerce et des Sociétés ainsi qu'à la publication des comptes annuels.

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

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490) de sorte qu'il convient tout d'abord de constater si la société **SOC1.)** S.A. se trouve effectivement en état de faillite.

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

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

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

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public, des déclarations du curateur de la faillite et du prévenu à l'audience du Tribunal correctionnel, la société **SOC1.)** S.A. est indubitablement en état de faillite.

En effet, en date du 29 janvier 2007, la société **SOC1.)** S.A.. a été déclarée en faillite sur assignation de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines qui réclamait des arriérés relatifs à la taxe sur la valeur ajoutée à hauteur de 30.682,62 euros (valeur à la date du 8 janvier 2007).

La cessation des paiements avait été fixée provisoirement par le Tribunal de commerce au 29 juillet 2006.

Il résulte du rapport d'activité de la curatrice, Maître Françoise SCHROEDER, déposé le 4 mai 2009, qu'aucun actif n'a pu être récupéré par elle, tandis que le passif de la société s'élevait à 30.682,62 euros. Quant aux créanciers de la société, la curatrice a indiqué qu'il s'agit uniquement de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

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

En l'occurrence, le crédit de la société **SOC1.)** S.A. est ébranlé puisque la société n'avait plus d'actif et que le principal créancier n'a plus accordé des délais de paiements à la société. La société **SOC1.)** S.A. se trouve donc en état de faillite.

Il faut ensuite que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

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

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

En l'espèce, **X.)** occupait depuis le 27 janvier 2004, jour suivant la constitution de la société, les fonctions d'administrateur-délégué et la société était valablement engagée par sa seule signature pour les actes relevant de la gestion journalière.

La qualité de commerçant du prévenu est dès lors établie.

Enfin l'époque de la cessation des paiements doit être déterminée. En effet la date retenue par le jugement du Tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par ce tribunal de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. I, p.796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, 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 cas d'espèce, il ressort des déclarations de la curatrice et des documents annexés au dossier répressif, que le siège de la société **SOC1.)** S.A. a été dénoncé le 7 octobre 2005 par la société **SOC2.)** S.A., domiciliataire de la société en question, de sorte qu'on peut légitimement admettre que la société a cessé toute activité à cette date.

Au vu de cet élément, il échet de fixer la date de cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit au 7 octobre 2005.

Quant aux infractions

En premier lieu, le Ministère Public reproche à **X.)** de ne pas avoir donné suite aux convocations de la curatrice, Maître Françoise SCHROEDER et de ne pas l'avoir contactée conformément à ce qu'il s'était engagé de faire lors de son audition devant les policiers français en date du 2 juillet 2009.

A l'audience du 27 mai 2010, le prévenu n'a pas contesté l'infraction mise à sa charge sub. 1) et a admis avoir laissé la société **SOC1.)** S.A. à l'abandon, suite à des problèmes de santé. Il a encore indiqué avoir cru que tous les créanciers avaient été payés.

La curatrice a déclaré à l'audience du 26 mais 2010, qu'**X.)** n'a jamais réagi aux convocations écrites lui envoyées et qu'il ne s'est jamais manifesté de quelque manière que ce soit, de sorte que l'infraction libellée sub. 1) dans la citation du 10 décembre 2009 doit être retenue à l'encontre d'**X.)**. Il échet de retenir comme date de l'infraction celle du 28 mai 2009, date de la réception par le prévenu de la convocation envoyée par la curatrice.

Il est également reproché au prévenu de ne pas avoir tenu, subsidiairement d'avoir tenu de manière incomplète ou irrégulière, les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce et l'inventaire prévu par l'article 10 du même code et ce, depuis le 26 janvier 2004, date de la constitution de la société **SOC1.)** S.A., jusqu'au 29 janvier 2007, date du jugement déclaratif de faillite.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 alinéa 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).

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

La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges, appartient aux juridictions de jugement (cf R.P. D.P. op. cit. n°2591 et 2592).

Par l'exigence d'une tenue régulière et sérieuse de livres de commerce retraçant les opérations du commerçant, le législateur entend forcer le respect de dispositions des articles 11 et suivants du Code de commerce.

Suivant le rapport d'activité de la curatrice et ses déclarations en audience publique du 27 mai 2010, **X.)** ne s'est jamais préoccupé de la tenue des livres et de l'inventaire pour le compte de la société **SOC1.)** S.A.. Aucun document en ce sens n'a pu être trouvé par la curatrice lors de ses recherches, notamment auprès de la société **SOC2.)** S.A..

X.) a affirmé à l'audience du 27 mai 2007, que la société **SOC2.)** S.A. avait été chargée d'établir toute la comptabilité et de procéder aux publications, obligations auxquelles elle aurait manifestement faillies. Il indique que ladite société a menti à la curatrice en prétendant ne pas posséder de documents relatifs à la société **SOC1.)** S.A.. Pour prouver ses dires, il verse ses fiches de salaire établies par **SOC2.)** S.A.. Il ne conteste toutefois pas l'infraction mise à sa charge sub. II. 1), en ce sens qu'il a été négligeant dans la vérification de la mission confiée à la société **SOC2.)** S.A..

Le Tribunal constate que la société **SOC2.)** S.A. s'est effectivement occupée d'établir les fiches de salaire d'**X.)**, de sorte qu'il faut admettre qu'elle a omis de donner des informations importantes sur la société **SOC1.)** S.A. à la curatrice. Toutefois, cet élément ne peut entraîner l'acquittement d'**X.)** dans le sens où il lui appartenait, en sa qualité d'administrateur-délégué, de s'assurer que les livres de comptes et l'inventaire soient correctement tenus. Cet argument peut néanmoins être pris en compte dans la fixation ultérieure de la peine.

Au vu de ces développements, il échet de retenir l'infraction libellée sub. 2) à titre principal contre **X.)**, puisqu'à part les fiches de salaire du prévenu, aucune comptabilité n'a pu être découverte.

Le Parquet reproche encore à **X.)** de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société **SOC1.)** S.A..

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

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 (G. SCHUIND, op. cit. p. 438 S n°13 et références citées).

La loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif.

X.) affirme ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des payements étant donné qu'il était certain que tous les créanciers de la société avaient été payés.

L'omission de l'aveu de cessation de 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).

Il résulte des éléments repris ci-avant que le prévenu a négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu, augmentant ainsi quotidiennement le préjudice accru à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

Il y a dès lors lieu de condamner **X.)** également du chef de l'infraction libellée sub. 3) dans la citation du 10 décembre 2009.

La partie poursuivante reproche finalement à **X.)** de ne pas avoir procédé annuellement au dépôt des comptes annuels de la société **SOC1.)** S.A. au Registre du Commerce et des Sociétés ainsi qu'à la publication de ceux-ci pour les exercices se terminant au 31 décembre 2004 et au 31 décembre 2005.

La société **SOC1.)** S.A. ayant été créée le 26 janvier 2004, les bilans et comptes de profits et pertes de la société pour les années 2004 et 2005 auraient dus être publiés au plus tard 13 mois suivant la clôture de chaque exercice social.

X.) ne conteste pas l'infraction mise à sa charge aux termes de la citation du 10 décembre 2009, mais renvoie à ses explications concernant les obligations qui incombaient à la société **SOC2.)** S.A.. Conformément aux développements précédents, il lui appartenait toutefois, en sa qualité d'administrateur-délégué, de s'assurer que les publications des bilans étaient faites dans les délais.

Il est constant en cause qu'au jour de la faillite, à savoir le 29 janvier 2007, aucun bilan de la société n'a été publié, de sorte que l'infraction libellée sub. 4) est à retenir pour les exercices 2004 et 2005.

X.) est dès lors convaincu par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif, les dépositions du témoin Maître Françoise SCHROEDER, ensemble les aveux du prévenu:

« comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité d'administrateur-délégué de la société anonyme SOC1.) S.A., ayant eu son dernier siège social à L-(…)**,** (…) ***et déclarée en état de faillite par jugement no. 76/2007 du 29 janvier 2007 du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale.***

1) ***Depuis le 28 mai 2009 (date de la réception par le prévenu du courrier de convocation envoyé par la curatrice le 11 mai 2009);***

s'être rendu coupable de banqueroute simple pour:

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

en l'espèce, pour ne pas avoir donné suite à la convocation qui lui a été adressée en date du 11 mai 2009 par Maître Françoise SCHROEDER, curatrice de la société SOC1.) S.A., réceptionné par lui le 28 mai 2009.

2) ***Depuis le 26 janvier 2004 (date de la constitution de la société SOC1.) S.A.), jusqu'au 29 janvier 2007 (date du jugement déclaratif de faillite), dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg;***

s'être rendu coupable de banqueroute simple pour:

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, ne pas avoir tenu pour la société SOC1.) S.A. les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce, et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de commerce.

3) ***Depuis le 7 novembre 2005 (date de la dénonciation du siège social de SOC1.) S.A. par la société SOC2.) S.A.), jusqu'au 29 janvier 2007 (date du jugement déclaratif de faillite), dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au greffe du Tribunal d'arrondissement.***

s'être rendu coupable de banqueroute simple pour:

en infraction à l'article 574 4° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

4) ***depuis le 1er février 2006, jusqu'au 29 janvier 2007 (date du jugement déclaratif de faillite), dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,***

en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, ne pas avoir procédé annuellement au dépôt au Registre de Commerce et des Sociétés ainsi qu'à la publication des comptes annuels de SOC1.) S.A. pour les exercices se terminant au 31 décembre 2004 et au 31 décembre 2005. »

Quant à la peine

Les infractions établies à l'encontre du prévenu sub.1) à 3) constituent un 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 le prévenu a fait preuve, le Tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi. Toutefois, il y a lieu de tenir compte, dans la fixation de la peine, de l'attitude affichée par la société **SOC2.)** S.A. dans la tenue de la comptabilité, de la publication des bilans et de l'obstruction faite par les responsables de ladite société aux démarches effectuées de la curatrice de la société **SOC1.)** S.A..

Entre deux faits de banqueroute simple ou deux faits 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 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).

Les infractions retenues sub. 1) à 3) se trouvent en concours réel avec le délit retenu sub. 4).

La peine la plus forte est prévue à l'article 489 du Code pénal qui sanctionne les cas de banqueroute simple d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans.

Au vu de l'attitude de la société **SOC2.)** S.A. et en application de l'article 20 alinéa 2 du Code pénal, il n'y a pas lieu de condamner **X.)** à une peine d'emprisonnement.

En tenant compte des fautes commises par le prévenu, du désintérêt certain dont il a fait preuve dans le cadre de la gestion de la société **SOC1.)** S.A. et tout au long de la période de faillite, il y a lieu de condamner **X.)** à une amende de **4.000 euros**.

La publication obligatoire de la condamnation prévue par l'article 583 du Code de commerce n'est pas une peine, mais une mesure de sûreté prescrite dans l'intérêt des tiers.

Il y a partant 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.

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

la douzième chambre du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, **statuant contradictoirement,** le prévenu et son défenseur entendus en leurs explications et moyens de défense, la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'amende de **QUATRE MILLE (4.000) euros**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 32,57 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à QUATRE-VINGT (80) jours;

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

Par application des articles 14, 16, 20, 60, 66 et 489 du Code pénal; 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'instruction criminelle; 9 et 163 de la loi modifiée du 10 août 1915; 1, 8, 9, 10, 11, 574, 576 et 583 du Code de commerce qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente.

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 en présence de Michèle FEIDER, substitut du Procureur d'Etat, et de Guy HILGER, greffier, qui, à l'exception de la représentante du Ministère Public, ont signé le présent jugement.