***Jugt n°* 256/2009**

not. 13834/06CD

AUDIENCE PUBLIQUE DU 22 JANVIER 2009

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

dans la cause du Ministère Public contre

ex.p. **X.),**
etr. né le (…) à (…) (France),
publi. demeurant (…), L-(…),

- p r é v e n u -

F A I T S :

Par citation du 1er juillet 2008, Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu à comparaître aux audiences publiques des 9, 10, 11 et 16 décembre 2008 devant le Tribunal correctionnel de ce siège, pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

banqueroute simple, défaut de publication de bilan.

A l'audience du 10 décembre 2008, Madame la Vice-présidente constata l'identité du prévenu et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal.

Le témoin **T1.)** fut entendu en ses dépositions 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 Philippe PENNING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

Le représentant du Ministère Public, Monsieur Marc SCHILTZ, substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendu en son réquisitoire.

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

le jugement qui suit:

Vu la citation à prévenu du 1er juillet 2008 régulièrement notifiée au prévenu.

Le Ministère Public reproche au prévenu principalement d'avoir commis l'infraction de banqueroute simple par le fait de ne pas avoir tenu pour la société **Y.)** S.A. les livres de commerce tels que prévus par l'article 11 du Code de commerce et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire tel que prescrit par l'article 15 du Code de commerce. En ordre subsidiaire, le Ministère Public reproche au prévenu d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive.

Le Ministère Public met en outre à sa charge le délit de banqueroute simple en lui reprochant de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation de paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements.

Le Ministère Public reproche encore au prévenu **X.)** depuis le 1er février 2005 en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales de ne pas avoir publié le bilan de la société **Y.)** S.A. de l'année 2003 dans le délai légal.

I) L'état de faillite

L'infraction de banqueroute simple présuppose la réunion de plusieurs conditions communes. Ainsi la juridiction répressive doit vérifier la qualité de commerçant du prévenu et constater l'état 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).

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

Le Tribunal tient toutefois à préciser que 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 commerçant (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).

X.) a déclaré à l'audience qu'il était depuis le 18 avril 2004 l'actionnaire majoritaire et le directeur de la société **Y.)** S.A.

Il résulte des déclarations du curateur à l'audience que **X.)** était le dirigeant de fait de la société **Y.)** S.A., ce qui ne fut par ailleurs pas contesté par **X.)** .

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

A cet effet, l'époque de la cessation des paiements doit être déterminée.

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 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. 1975, I, p.796, TAL 26 mars 1987, n° 601/87) 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, Traité pratique de Droit criminel, rubr. P. 438-N).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public et du rapport d'activité du curateur du 10 mars 2006, le Tribunal tient pour établi que la société **Y.)** S.A. est en état de faillite.

Il résulte en effet du prédit rapport d'activité du curateur que le curateur n'a réussi à récupérer uniquement une centrale téléphonique de moindre valeur, tandis que le passif se chiffrait à 10.382,21 euros.

La cessation de paiement est 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 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).

Il est établi en cause au vu des développements qui précèdent que le crédit de la société **Y.)** S.A. est ébranlé depuis le 20 avril 2004 puisque la société n'a plus été en mesure de faire face à ses dettes depuis cette date, les créanciers ayant obtenu une ordonnance conditionnelle de paiement mais étant dans l'impossibilité de procéder au recouvrement forcé vu l'absence d'actif de la société **Y.)** S.A.

Il y a dès lors lieu de fixer la cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit au 20 avril 2004.

II) Les infractions de banqueroute simple libellées par le Ministère Public

- En ce qui concerne le non-respect de l'obligation de tenir des livres de commerce.

Le Ministère Public reproche à **X.)** de s'être rendu coupable du délit de banqueroute simple en ne tenant pas les livres conformément aux prescriptions des articles 11 et 15 du Code de commerce.

X.) conteste l'infraction lui reprochée et fait valoir que la société **A.)** S.à R.L. aurait été chargée d'effectuer la comptabilité de la société **Y.)** S.A.

Il y a lieu de préciser que 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 dirigeant de fait de la société.

Il est constant en cause que **X.)** était l'actionnaire unique de la société **Y.)** S.A. et qu'il en était le dirigeant.

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.

Par l'exigence d'une tenue régulière et sérieuse de livres de commerce retraçant les opérations du commerçant, le législateur entend forcer le respect des dispositions des articles 9 et suivants du Code de commerce. Le Tribunal est cependant d'avis que le prévenu a volontairement omis de tenir un livre journal et une comptabilité digne de ce nom dans le but précis de ne pas laisser de traces des mouvements réels des fonds et notamment de camoufler ses revenus.

Dans la mesure où aucune comptabilité n'a pu être obtenue par le curateur, la prévention libellée par le Ministère Public à l'encontre du prévenu est établie.

- En ce qui concerne le défaut d'inventaire

L'article 573-4° du Code de commerce prévoit que sera déclaré banqueroutier simple, tout commerçant failli qui a supposé des dépenses ou des pertes ou s'il ne justifie pas de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient avenus postérieurement.

Etant donné que le curateur a déclaré à l'audience qu'il n'était pas en mesure de retracer l'emploi du capital, faute d'inventaire dressé en bonne et due forme, l'infraction reprochée au prévenu est à retenir à son encontre. Le prévenu est par ailleurs en aveu d'avoir commis la prévention lui reprochée.

- En ce qui concerne le défaut d'avoir fait l'aveu de la cessation des paiements de la société Y.) S.A. dans le délai d'un mois à partir de la cessation de paiements

L'article 574-4 du Code de commerce prévoit que tout commerçant qui n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du Code de commerce, pourra être déclaré banqueroutier simple.

L'article 440 du Code de Commerce prévoit que tout commerçant ou 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 résulte des déclarations du curateur que le prévenu n'a pas fait l'aveu de la cessation des paiements de la société **Y.)** S.A. dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements. **X.)** est par ailleurs en aveu en ce qui concerne l'infraction lui reprochée.

Il s'ensuit que l'infraction est à retenir à l'encontre du prévenu.

Au vu de ce qui précède, le prévenu **X.)** est convaincu, au vu des éléments du dossier répressif, ensemble les déclarations du curateur Maître **T1.)** à l'audience publique :

*« comme auteur, ayant lui-même commis les infractions, en sa qualité de dirigeant de fait de la société **Y.)** S.A., ayant eu son siège social à L-(...), (...),*

*1) depuis un temps non prescrit mais au moins depuis le 23 septembre 2004 , date de l'assemblée extraordinaire de la société **Y.)** S.A., lors de laquelle **B.)** S.A., **C.)** S.A. et **D.)** ont été désignés comme administrateurs, à L-(...), (...),*

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

*en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société **Y.)** S.A. les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce, de*

ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de commerce;

2) depuis un temps non-precrit, mais au moins depuis le 6 octobre 2004, date de condamnation par défaut de la société ***Y.)*** *S.A. au paiement d'une somme principale de 9.882,21 euros, au greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siègeant en matière commerciale,*

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

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

III) Quant au défaut d'avoir publié le bilan de la société Y.) S.A. de l'année 2003 dans le délai légal

L'article 163-2° ensemble avec l'article 162 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés prévoient que sont punis d'une amende de 500 euros à 25.000 euros les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas soumis à l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée du contrôle ainsi que les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas fait publier ces documents et ce en infraction aux prescriptions respectives des articles 75, 132, 197 et 341 de la présente loi et l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

Le bilan au 31 décembre 2003 aurait dû au plus tard être déposé au Registre de Commerce et des Sociétés pour le 31 janvier 2005 ce qui n'a cependant pas été le cas.

Il ressort en effet d'un courrier du 24 mars 2006 émanant du Registre de Commerce et des Sociétés que depuis sa constitution, la société **Y.)** S.A. a uniquement déposé le bilan au 31 décembre 2001 au Registre de Commerce et des Sociétés.

Cette affirmation se trouve par ailleurs corroborée par les déclarations du curateur et par l'aveu du prévenu.

Il suit de ce qui précède que l'infraction est à retenir dans le chef du prévenu, à savoir :

« comme auteur, ayant lui-même commis l'infraction, en sa qualité de dirigeant de fait de la société ***Y.)*** *S.A., ayant eu son siège social à L- (...), (...),*

3) depuis le 1er février 2005, au Registre de Commerce et des Sociétés,

en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales de ne pas avoir publié le bilan de la société ***Y.)*** *S.A. de l'année 2003 dans le délai légal».*

IV) La peine

Les infractions retenues sub 1) et 2) constituent trois cas de banqueroute simple facultative prévus par les articles 573 et 574 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 trois fautes, le Tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

Entre trois faits de banqueroute simple, il n'y a ni concours matériel, ni concours idéal ; il n'y a qu'une seule infraction perpétrée par trois faits de négligence et compromettant un seul et même intérêt, l'intérêt des créanciers du failli.

Aux termes de l'article 489 du Code pénal, ceux qui, dans les cas prévus par la Code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute simple, seront condamnés à une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans.

L'infraction sub 3) retenue à l'encontre de **X.)** est une violation de la loi sur les sociétés commerciales laquelle est sanctionnée d'une amende de 500 euros à 25.000 euros.

La prévention sub 3) est en concours réel avec les autres infractions retenues à l'encontre du prévenu.

Conformément à l'article 60 du Code pénal, la peine la plus forte sera seule prononcée, à savoir celle de l'article 489 du Code pénal.

La gravité des infractions commises justifie la condamnation du prévenu **X.)** à **une peine d'emprisonnement de 6 mois**.

X.) n'est pas indigne d'une certaine clémence de sorte que le Tribunal lui accorde la faveur du sursis simple pour l'intégralité de la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

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 la **publication** de ce jugement par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt.

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

le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, treizième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant ***contradictoirement***, **X.)** et son défenseur entendus en leurs explications et moyens de défense, le représentant du Ministère Public en ses réquisitions,

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge, qui se trouvent en concours réel, à **une peine d'emprisonnement de 6 (SIX) mois**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 26,67 euros;

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

a v e r t i t X.) qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave pour un crime ou un 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 alinéa 2 du Code pénal ;

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

Par application des articles 14, 15, 60 et 489 du Code pénal; articles 1, 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194, 195, 628 et 628-1 du Code d'instruction criminelle; article 163 de la loi modifiée du 10.08.1915 sur les sociétés commerciales; articles 440, 573, 574 et 583 du Code de commerce dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Mylène REGENWETTER, Vice-présidente, Steve VALMORBIDA et Antoine SCHAUS, juges, et prononcé, en présence de Nadine SCHEUREN, substitut du Procureur d'Etat, en l'audience publique dudit Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, date qu'en tête, par Madame la Vice-présidente, assistée de la greffière Myriam GALES, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.