Jugt n° 2382/2008

AUDIENCE PUBLIQUE DU 8 JUILLET 2008

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, dix-huitième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu le jugement qui suit:

Dans la cause du Ministère Public contre

X.), né le (...) à (...) (Allemagne), demeurant (...), F-(...),

- p r é v e n u -

FAITS:

Par citation du 5 mai 2008, Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu de comparaître à l'audience publique du 18 juin 2008 devant le Tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

Banqueroutes simples, infraction à l'article 163 3° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

A cette audience Monsieur le premier vice-président constata l'identité du prévenu et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le Tribunal.

Le témoin Karima HAMMOUCHE 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.

Le représentant du Ministère Public, Madame Pascale KAELL, substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendu en son réquisitoire.

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

l e j u g e m e n t q u i s u i t :

Vu la citation à prévenu du 5 mai 2008.

Vu l'ensemble du dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice n° 22720/07/CD.

Le prévenu ne conteste pas la matérialité des faits à la base de sa poursuite pénale.

1. Quant aux conditions de la banqueroute simple

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

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

a) la 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).

Suivant extrait du Mémorial, la société **A.)** s.à.r.l. (anciennement A.) s.à.r.l.) a été constituée le 30 mars 1994. Les statuts ont été modifiés le 17 juillet 1995, modification publiée au Recueil Spécial des Sociétés et Associations C, n° 506 du 4 octobre 1995, puis encore le 15 décembre 1997 avec publication afférente au Mémorial où **X.)** fut nommé associé et gérant unique.

Il résulte de cette publication que depuis le 15 décembre 1997 **X.)** détient 100% des actions de la société **A.)** s.à.r.l.

En sa qualité de gérant unique de la société **A.)** s.à.r.l., le prévenu est à considérer comme commerçant et peut partant, en cette qualité, être poursuivi de l'infraction de banqueroute.

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 **A.)** 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).

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG a assigné la société **A.)** s.à.r.l. en faillite en date du 14 septembre 2004 en raison du fait qu'elle n'avait plus payé la taxe sur la valeur ajoutée depuis 1998 et que le montant redû se chiffrait entretemps au montant de 30.792,31 euros. Dans le cadre d'une procédure d'exécution, l'huissier de justice HERBER avait dressé un procès-verbal de saisie-exécution, transformé le 25 septembre 2002 en procès-verbal de carence.

Il résulte du rapport d'activité du curateur Maître Karima HAMMOUCHE, que la créance de l' L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG s'élève entretemps à 38.277,07 euros.

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).

Le crédit de la société **A.)** s.à r.l. est partant ébranlé, alors que son créancier L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, qui l'a d'ailleurs assignée en faillite, ne lui a plus accordé de délais de paiements.

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère public ainsi que du rapport du curateur de la faillite, la société **A.)** s.à.r.l. se trouve effectivement en état de faillite.

c) la date de la 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 8 octobre 2004, le tribunal de commerce a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 8 avril 2004.

2. Quant aux faits de banqueroute simple libellés par le parquet

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.

X.) a été entendu en date du 28 février 2007 par la police française dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire sur les faits qui lui sont reprochés. Il résulte du procès-verbal de police numéro 2007/000089/001, D.I.P.J. Strasbourg du 28 février 2007 que **X.)** a déclaré lors de son audition qu'il revêtait effectivement la fonction d'associé-gérant unique de la société **A.)** s.à.r.l. Des livres comptables auraient été tenus et ils se trouveraient auprès de la société Fiduciaire Centrale à Luxembourg.

Il résulte cependant du dossier répressif et notamment de la prise de position de la Fiduciaire Centrale que **X.)** n'a plus soumis de documents comptables à la fiduciaire depuis début 2002 et il n'a par ailleurs pas présenté de bilans ou de documents comptables au curateur.

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 en l'espèce caractérisée.

Au vu de l'absence totale de comptabilité, au moins pour les dernières années, l'infraction de banqueroute simple reprochée à **X.)** est partant établie par l'ensemble des éléments du dossier ensemble les débats menés à l'audience et notamment la déposition du témoin.

X.) se trouve partant convaincu par les éléments du dossier répressif, la déposition de Maître Karima HAMMOUCHE et les débats menés en audience publique :

Comme auteur ayant lui-même exécuté les infractions suivantes,

*en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée **A.)** s.à.r.l., ayant eu son siège social à L-(...), (...), de fait inconnue à cette adresse, déclarée en état de faillite suivant*

jugement n° 944/2004 du 8 octobre 2004 du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

1) depuis le 15 décembre 1997 jusqu'au 8 octobre 2004, au siège de la société ***A.)*** *s.à.r.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 ***A.)*** *s.à.r.l. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de commerce (actuellement article 9 et suivants du Code de commerce suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés), de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 du Code de commerce (actuellement article 15 du Code de commerce, suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés),*

2) depuis le 25 septembre 2002, date de l'établissement à l'encontre de ***A.)*** *s.à.r.l. d'un procès-verbal de saisie-exécution par l'huissier de justice Marcel HERBER, au greffe du Tribunal de commerce à Luxembourg jusqu'au 25 octobre 2002,*

de 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, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements,

3) depuis le 8 octobre 2004 jusqu'au jour de la citation à prévenu, le 5 mai 2008, en l'étude du curateur de faillite, Maître Karima HAMMOUCHE, avocat, demeurant à Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

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

en l'espèce, ne pas avoir fourni au curateur, Maître Karima HAMMOUCHE, les renseignements demandés notamment au sujet de la tenue des livres comptables,

4) depuis le 15 décembre 1997 jusqu'au 8 octobre 2004, au siège de la société ***A.)*** *s.à.r.l.,*

en infraction à l'article 163 3° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir établi chaque année pour la société ***A.)*** *s.à.r.l. l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes exigés par l'article 197 de la même loi et de ne pas avoir procédé à la publication de ces documents.*

Les infractions retenues à charge du prévenu sub 1), 2) et 3) se trouvent en concours idéal. Ce groupe d'infractions se trouve en concours réel avec l'infraction retenue sub 4), de sorte qu'il y a lieu d'appliquer les articles 60 et 65 du Code pénal.

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

Le Tribunal estime qu'une peine d'emprisonnement de douze mois et une amende de quatre mille euros constituent une sanction adéquate des infractions retenues à charge du prévenu.

Le prévenu ne semble pas être indigne de la clémence du Tribunal, de sorte qu'il y a lieu de lui accorder le bénéfice du sursis intégral quant à l'exécution 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 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

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, dix-huitième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, **X.)** entendu en ses explications et moyens de défense, le représentant du Ministère Public en son réquisitoire,

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge, se trouvant pour partie en concours idéal et pour partie en concours réel, à une peine d'emprisonnement de douze (12) mois, à une amende de quatre mille (4.000.-) euros, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 0,67.- euro,

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

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 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.

Par application des articles 14, 15, 60, 65, 66 et 489 du Code pénal; 154, 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 626 du Code d'instruction criminelle; 1, 8, 9, 10, 574, 576 et 583 du Code de commerce; 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales; 1, 2 et 17 de la loi du 19.11.1975; IX de la loi du 13.06.1994; 1, 6 et 7 de la loi du 1er août 2001; qui furent désignés à l'audience par Monsieur le premier vice-président.

Ainsi fait et jugé par Prosper KLEIN, premier vice-président, Mylène REGENWETTER, et Sylvie CONTER, premiers juges, et prononcé en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg par Monsieur le premier vice-président, en présence de Dominique PETERS, premier substitut du Procureur d'Etat, et de Christophe WAGENER, greffier assumé, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.