Jugt no 136/2010 not.1734/09/CD

Etr.
ex.p.

DEFAUT

AUDIENCE PUBLIQUE DU 14 JANVIER 2010

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

Dans la cause du Ministère Public contre

X.)
né le (…) à (…),
demeurant à B-(…), (…),

p r é v e n u

F A I T S:

Par citation du **11 mai 2009**, le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a requis le prévenu de comparaître à l'audience publique du **6 juillet 2009** devant le Tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur la prévention suivante:

banqueroute simple, infraction à l'article 163 de la loi du 15 août 1915 sur les sociétés commerciales.

A cette audience l'affaire fut remise contradictoirement au 9 décembre 2009.

Le prévenu **X.)** ne comparut pas à cette audience.

Le témoin Yasmina CHERIFI fut entendu en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du Code d'instruction criminelle.

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

JUGEMENT q u i s u i t :

Vu la citation du 11 mai 2009 régulièrement notifiée à **X.)** .

Vu le rapport d'activité du curateur de la faillite **SOC1.)** Sàrl du 29 mai 2008.

Vu l'ensemble du dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice n° 4067/08/CD et notamment les rapports n° 95128/2007 du 17 octobre 2007 et n° R 95134 du 11 novembre 2007 établis par la police grand-ducale, Service S.R.P.S. Luxembourg ainsi que le procès-verbal n° GF 013268/08 du 5 septembre 2008 de la police belge Arro Ypres.

X.) , quoique régulièrement cité, ne comparut pas à l'audience, de sorte qu'il échet de statuer par défaut à son égard.

Le Ministère Public reproche au prévenu **X.)** , en sa qualité de gérant unique de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** , d'avoir, depuis un temps non prescrit jusqu'au 5 mars 2007, commis l'infraction de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 574 4° du Code de commerce, ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements endéans le délai d'un mois à partir de sa production.

Il lui est encore reproché de s'être, depuis le 14 mars 2007, rendu coupable de banqueroute simple, pour avoir enfreint l'article 576 du Code de commerce en ne répondant pas aux convocations du curateur et en ne remettant pas au curateur les documents comptables de la société en faillite **SOC1.)** .

Finalement, le Parquet lui reproche d'avoir, depuis le 1er avril 2004 jusqu'au 5 mars 2007, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, principalement de ne pas avoir tenu 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 commerce, subsidiairement, d'avoir tenu les documents comptables précités de manière incomplète ou irrégulière de façon à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active ou passive de la société.

Il lui est finalement, dans les mêmes circonstances de temps et de lieux, en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir publié annuellement les bilans de la société **SOC1.)** .

La société à responsabilité limitée **SOC1.)** a été constituée le 23 décembre 2002.

Elle avait un objet social très large qui comprenait entre autre la création, la participation, le financement, la direction et l'administration d'autres entreprises, l'agence internationale d'affaires, l'exploitation des droits intellectuels et des propriétés industrielles.

Le 7 octobre 2004, **X.)** a été nommé gérant unique de la société avec effet rétroactif au 1er avril 2004.

Par acte d'huissier du 31 hanvier 2007, la société anonyme de droit belge **SOC2.)** NV. a assigné la société **SOC1.)** Sàrl en faillite en raison d'une créance d'un montant de 4.965,74 euros.

Par jugement rendu par la quinzième chambre du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg en date du 5 mars 2007, la société **SOC1.)** Sàrl été déclarée en faillite et Maître Yasmine CHERIFI a été nommée curateur de la société.

1. Quant aux conditions de la banqueroute simple

L'infraction de banqueroute simple suppose 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).

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 (G. SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, sub art 489-490, n°10 et références citées).

Le droit luxembourgeois n'admettant pas la responsabilité pénale des personnes morales, il convient de rechercher la ou les personne(s) physique(s), l'organe ou le préposé, à l'intérieur de la personne morale qui par commission ou par omission est ou sont la cause de l'état infractionnel. Cette solution qui fait attribuer la responsabilité pénale des délits apparus à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise à celui qui détient le pouvoir de décision, le pouvoir financier, est le plus conforme au but préventif du droit pénal (TA Lux (corr.), 16 juin 1986, n° 974/86 ; TA Lux (corr.), 12 mai 1987, n° 896/97 ; TA Lux (corr.), 16 mai 1995, n° 1027795, confirmé par CSJ, 9 juillet 1987 ; CSJ, 6 mai 1996, n° 198/96 VI).

Dès lors, 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. Il incombe 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.

En sa qualité de gérant unique de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** , **X.)** est à considérer comme commerçant et peut partant, en cette qualité, être poursuivi de l'infraction de banqueroute.

b) L'état de faillite

En application du principe de l'autonomie du droit pénal à l'égard du droit commercial, le juge répressif n'est pas tenu par le jugement de faillite, mais dispose du plein pouvoir pour apprécier l'état de faillite. Il incombe ainsi à la juridiction répressive de vérifier si les conditions de la faillite sont données sans être tenue par les constatations du Tribunal de commerce. Ainsi, l'action publique du chef de banqueroute est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale.

Conformément à l'article 437 alinéa 1er du Code de Commerce, l'état de faillite se caractérise par la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit.

• La **cessation de paiements** consiste dans l'impossibilité constatée devant laquelle se trouve un débiteur pour faire face à ses engagements (TA Lux., 15 juillet 1992, n° 41412). Elle ne doit pas être absolument générale ; le défaut de paiement d'une seule dette suffit à établir la cessation des paiements, la loi ne subordonnant nullement la faillite à l'arrêt de tous les paiements ou même de leur généralité (TA Lux., 27 mars 1992, n° 147/92). Il suffit que le prévenu ne parvienne pas à se maintenir à flot. La cessation des paiements est indépendante de l'éventuelle suffisance de l'actif. Ainsi, le fait que l'actif du débiteur soit supérieur à son passif au jour du jugement déclaratif n'empêche pas que ce débiteur puisse être en état de cessation des paiements si, en fait, il ne paie pas ses dettes (CSJ, 28 janvier 1998, n° 15508).

Il résulte en l'espèce du rapport d'activité du curateur que le passif déclaré par les créanciers était de 53.711,46 euros et que l'actif de la société était nul.

Il ressort encore du rapport du curateur que le siège social de la société **SOC1.)** avait déjà, en date du 15 juin 2005, été dénoncé par la société **SOC3.)** S.c. dans les bureaux de laquelle la société **SOC1.)** Sàrl avait été domiciliée.

Il ressort du dossier répressif que la société **SOC1.)** a également été condamnée en date du 31 mars 2006 par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, au paiement du montant de 4.965,74 euros avec les intérêts légaux à la société anonyme de droit belge **SOC2.)** NV.

La société était ainsi confrontée à plusieurs dettes, mais n'avait pas de liquidités pour les honorer.

La société à responsabilité limitée **SOC1.)** avait dès lors cessé ses paiements et il y a dès lors lieu de retenir la date du 31 mars 2006 en tant que date de la cessation des paiements.

• L'**ébranlement du crédit** peut provenir tant de l'impossibilité d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes, c'est-à-dire pour mettre fin à la cessation de paiements, que du refus des créanciers d'accorder des délais de paiement ; l'ébranlement du crédit implique un élément supplémentaire à la cessation de paiements, qui est le refus de tout crédit par les créanciers, par les fournisseurs et par les bailleurs de fonds, en raison d'une carence notoire (TA Lux. (com.), 7 juin 1985, faillite n° 31/85 ; TA Lux (com.), 20 juin 1986, n° 36964 du rôle). Ainsi, l'ébranlement du crédit, qui

n'est qu'une modalité que la cessation des paiements doit revêtir pour justifier une déclaration de faillite, peut provenir tant de l'impossibilité pour le créancier d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes que du refus des créanciers de lui accorder des délais de paiement (TA Lux., 29 janvier 1988, n° 57/88).

La société **SOC1.)** avait cessé vraisemblablement son activité en 2005 alors que son siège social a été dénoncé le 4 juillet 2005.

La société avait ainsi cessé toute activité qui aurait pu servir de base à un quelconque prêt auprès d'un établissement de crédit.

La société anonyme de droit belge **SOC2.)** NV. a assigné en faillite la société à responsabilité limitée **SOC1.)** en date du 31 janvier 2007 en se basant sur un jugement rendu le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 31 mars 2006 condamnant la société **SOC1.)** à payer à la société anonyme de droit belge **SOC2.)** NV. la somme de 4.965,74 euros.

En assignant la société **SOC1.)** S.à r.l. en faillite, la société anonyme de droit belge **SOC2.)** NV. a également manifesté son intention de ne plus accorder à la société **SOC1.)** S. à r.l. de délai de paiement.

Il est ainsi établi que le crédit de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** était ébranlé, la société n'ayant plus été à même de faire face à ses engagements financiers.

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment du rapport d'activité du curateur de la faillite du 29 mai 2008, la société à responsabilité limitée **SOC1.)** se trouve en état de faillite.

2. Quant aux infractions libellées à charge du prévenu

1) Aveu tardif

Le Parquet reproche à **X.)** de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal.

Aux termes de l'article 440 du Code de Commerce, 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 au Tribunal de fixer l'époque de la cessation des paiements. 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 (TA Lux. 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.

Il a été développé ci-avant qu'à compter du 31 mars 2006, la société à responsabilité limitée **SOC1.)** était en état de cessation de paiements. L'aveu de la faillite aurait dès lors dû être fait au plus tard le 30 avril 2006

Il est constant en cause que le prévenu ne s'est jamais rendu au greffe du Tribunal de Commerce pour faire l'aveu de la cessation de paiements.

Par conséquent, le prévenu n'a pas fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois qui lui est imposé par la loi.

Le prévenu est dès lors convaincu de l'infraction qui lui est reprochée par le Ministère Public.

2) Convocations du curateur

Le Ministère Public reproche à **X.)** de ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par le curateur.

L'article 574 5° du Code de Commerce qualifie de banqueroute simple le fait de ne pas se rendre en personne aux convocations du curateur.

A l'audience, le curateur confirme qu'il a envoyé par courrier recommandé au prévenu **X.)** des convocations et que ce dernier n'y a jamais donné de suite.

Le prévenu avait expliqué lors de son audition par les services de police belge en date du 5 septembre 2008 qu'il avait bien reçu deux convocations de la part du curateur et qu'il les a continuées à son avocat qui lui a conseillé de ne pas se manifester.

Ces explications pour autant qu'elles sont véridiques ne sauraient à l'évidence excuser le fait de ne pas avoir contacté le curateur.

Dès lors, **X.)** est à retenir dans les liens de la prévention qui lui est reprochée par le Ministère Public.

3) a. **Tenue des livres de commerce**

Il est reproché au prévenu de ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire exigés par le Code du Commerce.

A l'audience du 9 décembre 2009, le curateur Maître Yasmine CHERIFI déclare sous la foi du serment qu'elle n'a obtenu aucune comptabilité ni aucun document permettant de conclure qu'une comptabilité en bonne et due forme avait été tenue.

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.

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), de sorte que l'infraction est en l'espèce caractérisée.

Au vu du témoignage du curateur de la société **SOC1.)** S.à r.l. il y a lieu de retenir **X.)** dans les liens de l'infraction libellée principalement sub 3) 1).

3) b. Non-publication des bilans

Le Parquet reproche finalement au prévenu de ne pas avoir publié les bilans de la société **SOC1.)** et ce depuis le 1er avril 2004.

Lors de son interrogatoire du 5 septembre 2008 par la police fédérale belge **X.)** a déclaré que : « Je sais que jamais de bilan a été fait. Moi-même comme gérant je n'ai jamais contrôlé si les bilans furent déposés ».

Il ressort encore du rapport du curateur qu'aucun bilan de la société **SOC1.)** n'a été déposé.

X.) est partant **convaincu** par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif et les déclarations du témoin :

« comme auteur ayant lui-même exécuté les infractions suivantes,

en sa qualité de gérant unique de la société à responsabilité limitée SOC1.) , ayant eu son dernier siège social à L-(…)**,** (…)***, déclarée en état de faillite par jugement n°261/2007 du 5 mars 2007 rendu par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,***

I) depuis le 31 avril 2006 jusqu'au 5 mars 2007, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

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,

II) depuis le 14 mars 2007, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, et notamment en l'étude de Maître Yasmine CHERIFI sise à 74, Grand-Rue, L-1660 Luxembourg,

de 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, de ne pas avoir répondu à la convocation de Maître Yasmine CHERIFI du 14 mars 2007, et de ne pas avoir remis à Maître Yasmine CHERIFI les documents comptables de la société en faillite SOC1.) S.à r.l.,

III) depuis le 1er avril 2004 (date à laquelle X.) fut nommé gérant unique de la société SOC1.) S.à r.l.) jusqu'au 5 mars 2007, date du jugement déclaratif de faillite, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

a) de 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, de ne pas avoir tenu pour la société SOC1.) S.à r.l. 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,

b) en infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir procédé annuellement à la publication des comptes annuels de la société SOC1.) S.à r.l. au registre de commerce et des sociétés.»

<u>Peines</u>

Les infractions établies à l'encontre du prévenu à titre de banqueroute simple constituent des cas de banqueroute simple facultative. 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 faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges appartient aux juridictions de jugement (R. P. D. P. op. cit. n°2591 et 2592).

Il découle du dossier que le prévenu a laissé à l'abandon la société qu'il a constituée, laissant ainsi s'accumuler les dettes. Il a commis une pluralité de faits enfreignant les règles de fonctionnement élémentaires d'une société commerciale en se désintéressant de la société dont il avait la responsabilité.

Il n'y a dès lors pas lieu de faire abstraction d'une condamnation.

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. no 2560 et références y citées).

L'infraction de banqueroute est en concours réel avec l'infraction de défaut de publication des bilans.

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 une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans.

L'omission de soumettre et de publier le bilan est punie, en application des articles 162 et 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, d'une amende de 500 euros à 25.000 euros.

En vertu des règles sur le concours réel, la peine la plus forte sera seule prononcée ; cette peine pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

La peine la plus forte est en l'espèce la peine d'emprisonnement prévue à l'article 489 du Code pénal.

Dans l'appréciation de la peine, le Tribunal prend en l'espèce en considération la pluralité et la gravité des manquements retenus à charge du prévenu.

Le Tribunal constate un désintérêt complet dans le chef de **X.)** quant au devenir de sa société et l'apurement des dettes de la société.

Au vu de la gravité des faits, le Tribunal condamne **X.)** à une peine d'**emprisonnement** de **6 mois**.

Il y a lieu en outre d'ordonner conformément aux dispositions de l'article 583 du Code de commerce que le jugement soit affiché en la salle d'audience du Tribunal de commerce à Luxembourg où il restera exposé pendant la durée de trois mois et qu'il soit inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais du contrevenant.

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.

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 **par défaut** à l'égard du prévenu **X.)** , 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'emprisonnement de **SIX (6) mois** ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 13,07 euros,

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 où il restera exposé pendant la durée de 3 mois et inséré par extrait dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout aux frais du contrevenant.

Par application des articles 14, 15, 60, 66 et 489 du Code pénal, des articles 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'instruction criminelle, des articles 11, 15, 574, 576 et 583 du Code de commerce et des articles 162 et 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, Elisabeth EWERT et Jean-Luc PÜTZ, juges, et prononcé en audience publique du jeudi, 14 janvier 2010 au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, assistée d'Annick SCHOLTES, greffière assumée, en présence de Patrick KONSBRUCK, substitut du Procureur d'Etat, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.