Jugt no 2046/2010 **not.9543/08/CD**

Etr. (3x)
Ex.p. (3x)

DEFAUT

AUDIENCE PUBLIQUE DU 3 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

1. **A.)**
né le (…) à (…) (F),
demeurant à L-(…), (…),

détenu pour autre cause au Centre pénitentiaire à Schrassig,

2. **B.)**
née le (…) à (…) (F),
demeurant à L-(…), (…),

3. **C.)**
né le (…) à (…) (F),
demeurant à F-(…), (…),

prévenus

F A I T S:

Par citation du **10 mars 2010**, le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis les prévenus de comparaître à l'audience publique du **12 mai 2010** devant le Tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes :

A.) , B.) et C.) : banqueroute simple, infraction à l'article 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Les prévenus **B.)** et **C.)** ne comparurent pas à l'audience publique du 12 mai 2010. **A.)** tout en étant présent à l'appel des causes, laissa défaut sur conseil de son mandataire Maître Roby SCHONS.

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

Le représentant du Ministère Public, Marc SCHILTZ, premier 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 le procès-verbal numéro 90071/2008 du 29 septembre 2008 établi par la police grand-ducale, Service S.R.P.S. Luxembourg et le rapport numéro 14/09 du 20 avril 2009 établi par la police grand-ducale, Service S.R.P.S. Grevenmacher.

Vu le procès-verbal numéro 01472/2009 du 16 juin 2009 établi par la gendarmerie nationale française, compagnie de Thionville, unité COB Fameck.

Vu la citation du 10 mars 2010 régulièrement notifiée aux prévenus **A.)** , **B.)** et **C.)** .

B.) et **C.)** , quoique régulièrement cités, ne comparurent pas à l'audience, de sorte qu'il échet de statuer par défaut à leur égard.

A.) , quoique présent à l'audience du 12 mai 2010, informa le Tribunal lors de l'appel des causes qu'il désirait laisser défaut, de sorte qu'il échet de statuer également par défaut à son égard.

Le Ministère Public reproche aux prévenus **A.)** , **B.)** et **C.)** , en leur qualité d'administrateurs de la société anonyme **SOC1.)** S.A., de s'être rendus coupables de l'infraction de banqueroute simple en n'ayant pas tenu des livres de commerce conformes à la loi, en n'ayant pas justifié de l'emploi du capital social et en n'ayant pas fait l'aveu de la cessation des paiements dans les délais.

Les éléments du dossier répressif, l'instruction à l'audience ainsi que les déclarations du témoin Dogan DEMIRCAN ont permis d'établir les faits suivants :

La société anonyme **SOC1.)** S.A. a été constituée par acte notarié du 24 septembre 2004.

Elle avait pour objet l'exploitation d'un snack, restauration rapide, avec débit de boissons alcoolisées et non alcoolisées ainsi que toutes opérations commerciales, financières, mobilières ou immobilières, se rapportant directement ou indirectement à son objet.

Par le même acte notarié sont nommés au poste d'administrateurs de la société **SOC1.)** S.A., **B.)** , **A.)** et **C.)** .

Par acte d'huissier du 16 mars 2007, le Centre Commun de la Sécurité Sociale a assigné la société anonyme **SOC1.)** S.A. en faillite en raison d'arriérés de cotisations sociales d'un montant de 7.012,03 euros.

Par jugement du 27 avril 2008 (n° 470/07 du rôle), le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a déclaré la société anonyme **SOC1.)** S.A. en faillite et a nommé curateur Maître Dogan DEMIRCAN.

Au Fond

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, à l'époque des faits, 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.

Il ressort des auditions des trois prévenus par la police luxembourgeoise et française que ni **B.)** , ni **A.)** , ni **C.)** se considérait comme responsable de la société anonyme **SOC1.)** S.A..

Le Tribunal constate cependant que par acte notarié du 24 septembre 2004, les trois prévenus ont été nommés administrateurs de la société.

En leur qualité d'administrateur de la société anonyme **SOC1.)** S.A., **B.)** , **A.)** et **C.)** sont à considérer comme commerçants et peuvent partant, en cette qualité, être poursuivis 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 plus ou moins 3.151.914 euros et qu'il n'y avait pas le moindre actif.

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

La société anonyme **SOC1.)** S.A. avait dès lors cessé ses 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).

A l'audience du 12 mai 2010, Maître Dogan DEMIRCAN déclare sous la foi du serment qu'il n'a pas eu le moindre document se rapportant à la comptabilité de la société, de sorte qu'il lui est impossible de déterminer le moment où la société **SOC1.)** S.A. a cessé son activité ou même si elle exerçait une activité commerciale.

Le curateur déclare encore à l'audience que la société **SOC1.)** S.A. ne disposait d'aucun compte bancaire au Luxembourg.

Le Tribunal retient qu'à défaut d'un quelconque compte bancaire, il était impossible à la société anonyme **SOC1.)** S.A. d'obtenir un quelconque prêt auprès d'un établissement de crédit.

De même, en assignant en faillite, le Centre Commun de la Sécurité Sociale a manifesté son intention de ne plus accorder de délai de paiement à la société **SOC1.)** S.A.

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment le rapport du curateur de la faillite, la société anonyme **SOC1.)** S.A. se trouve en état de faillite.

2. Quant aux infractions libellées à charge des prévenus

a)Tenue des livres de commerce

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

A l'audience du 12 mai 2010, le curateur Maître Dogan DEMIRCAN déclare sous la foi du serment qu'il n'a pas obtenu de bilan de la société anonyme **SOC1.)** S.A. et qu'il n'a obtenu aucun autre document permettant de conclure qu'une comptabilité en bonne et due forme avait été tenue.

B.) déclare le 29 septembre 2008 à la Police qu'elle n'a jamais mandaté une fiduciaire pour s'occuper de la comptabilité et qu'elle n'a pas non plus reçu de mandat en ce sens de la part du bénéficiaire économique de la société **SOC1.)** S.A., **C.)** .

C.) déclare le 16 juin 2009 à la Gendarmerie française qu'il a laissé les pleins pouvoirs à ses deux avocats, **B.)** et **A.)** , pour faire avancer la société et qu'au fil des années il a laissé cette société à l'abandon.

A.) déclare le 20 avril 2009 à la Police luxembourgeoise que **B.)** avait la responsabilité de s'occuper du volet administratif de la société.

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.

En leur qualité d'administrateurs, les trois prévenus avaient l'obligation de s'assurer qu'une comptabilité en bonne et due forme soit tenue.

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 libellée principalement sub I. 1) a) est en l'espèce caractérisée.

b) 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 qui 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 I) 1) b) aux coprévenus est à retenir à leur encontre.

c) Non-publication des bilans

Le Parquet reproche encore aux prévenus de ne pas avoir publié les bilans des années 2004 et 2005.

Il ressort des déclarations respectives des trois prévenus à la Police luxembourgeoise et à la Gendarmerie française qu'aucun des trois administrateurs ne s'est occupé d'établir ou de faire établir les bilans de la société anonyme **SOC1.)** S.A..

Il résulte des déclarations du curateur à l'audience qu'aucun bilan de la société anonyme **SOC1.)** S.A. n'a été publié.

Le Tribunal retient partant que l'infraction libellée sub I) 2) est également établie.

d) Aveu tardif

Le Ministère Public reproche finalement aux prévenus **B.)** , **A.)** et **C.)** 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.

Le jugement de faillite du 27 avril 2007 précité avait provisoirement fixé l'époque de la cessation des paiements au 27 octobre 2006.

Il ressort du rapport du curateur que faute de comptabilité, il lui est impossible de déterminer la date de la cessation d'activité.

Le Tribunal constate qu'une contrainte avait été notifiée par le Centre Commun de la Sécurité Sociale à la société anonyme **SOC1.)** S.A. en date du 13 janvier 2007 et qu'un procès-verbal de carence a été dressé en date du 15 février 2007.

Il y a dès lors lieu de fixer l'époque de la cessation des paiements au 15 février 2007.

Il est constant en cause que les prévenus ne se sont jamais rendus au greffe du Tribunal de Commerce, bien qu'ils aient été obligés de ce faire dès le 15 mars 2007.

B.) , **A.)** et **C.)** sont dès lors convaincus de l'infraction qui leur est reprochée sub II) par le Ministère Public.

B.) , **A.)** et **C.)** sont partant **convaincus** par les éléments du dossier répressif et les déclarations du témoin :

« comme auteurs ayant eux-mêmes exécuté les infractions en leur qualité d'administrateurs de la société anonyme SOC1.) S.A., ayant eu son dernier siège social à L-(…)***,*** (…)***,***

I) depuis le 24 septembre 2004, date de la constitution de la société SOC1.) S.A., au siège social de celle-ci à L-(…)***,*** (…)***,***

1) de s'être rendus coupable de banqueroute simple pour :

a) 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 anonyme SOC1.) S.A. les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de commerce (actuellement article 11 du Code de commerce suivant loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés) et 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),

b) en infraction à l'article 573 4° du Code de Commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir justifié 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,

en l'espèce, en l'absence d'inventaire en bonne et due forme, de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social,

2) 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 publié les bilans des années 2004 et 2005 dans le délai légal,

II) depuis le 15 mars 2007, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendus 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 de la société anonyme SOC1.) S.A. dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements. »

Peines

Les infractions établies à l'encontre des prévenus 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 les trois prévenus ont laissé à l'abandon la société qu'ils ont constituée, laissant ainsi s'accumuler les dettes. Ils ont commis une pluralité de faits enfreignant les règles de fonctionnement élémentaires d'une société commerciale en se désintéressant de la société dont ils avaient la responsabilité en leur qualité d'administrateurs.

Il n'y a dès lors pas lieu de faire abstraction d'une condamnation.
Plusieurs faits de banqueroute constituent des infractions distinctes qui sont en concours réel entre elles (CSJ, 7 juillet 2009, n° 353/09; CSJ, 1er juillet 2009, n° 345/09).

Il y a dès lors lieu à application des dispositions de l'article 60 du Code pénal et de ne prononcer que la peine la plus forte qui pourra cependant être élevée au double du maximum sans pouvoir dépasser la somme des peines encourues.

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.

B.) , **A.)** et **C.)** sont tous les trois responsables au même titre et ont tous les trois fait preuve d'un désintérêt complet pour la gestion de la société anonyme **SOC1.)** S.A..

Au vu de ce comportement irresponsable et au vu du montant du préjudice causé aux créanciers, qui sont essentiellement des créanciers publics, le Tribunal décide de condamner **B.)** , **A.)** et **C.)** à une peine d'**emprisonnement** de **douze 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 soit inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais des contrevenants. 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.

PAR CES MOTIFS :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **dix-huitième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **par défaut** à l'égard de **B.)** , **A.)** et **C.)** , le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

B.)

c o n d a m n e B.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **DOUZE (12) mois**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 9,34 euros,

A.)

c o n d a m n e A.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **DOUZE (12) mois**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 9,34 euros,

C.)

c o n d a m n e C.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **DOUZE (12) mois**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 8,74 euros,

o r d o n n e que le présent jugement sera affiché en la salle d'audience du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, où il restera exposé pendant trois mois, et qu'il sera inséré par extraits dans les quotidiens

« Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais des contrevenants.

En application des articles 14, 15, 66 et 489 du Code pénal, des articles 11, 15, 573, 574, 576 et 583 du Code de Commerce, des articles 162 et 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et des articles 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'Instruction Criminelle, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, Elisabeth EWERT et Jean-Luc PÜTZ, juges, et prononcé en audience publique du jeudi, 3 juin 2010 au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, assistée de Mike SCHMIT, greffier, en présence de Colette LORANG, attachée de justice, qui à l'exception de la représentante du Ministère Public ont signé le présent jugement.