**Jugt no 109/2011** **not. 15801/09/CD**

| |
|---|
| **Etr.** |
| **opp.** |
| **Ex.p.** |

**JUGEMENT SUR OPPOSITION**

**AUDIENCE PUBLIQUE DU 13 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 (…) (B),
demeurant B-(…),

**p r é v e n u**

---

**F A I T S:**

Le prévenu **X** a été condamné par jugement numéro **1460/2010** du **22 avril 2010** rendu par défaut à son encontre par le Tribunal correctionnel à Luxembourg dont le dispositif est conçu comme suit:

*« **JUGEMENT q u i s u i t :***

*Vu l'ensemble du dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice n°15801/09/CD et notamment le procès-verbal n°GF-007789/08 du 4 décembre 2008 dressé par la police belge de l'arrondissement de Dendermonde, zone de police Kruibeke-Temse.*

*Vu la citation du 4 février 2010 (Not. 15801/09/CD) régulièrement notifiée à **X**.*

***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 d'administrateur délégué de la société anonyme **SOC.1**, depuis le 2 janvier 1998 sinon depuis le 7 avril 2005,*

*à L-(…), 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 8 du Code de commerce et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 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 encore reproché, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir publié les bilans depuis la constitution de la société sinon pour les années 2005 à 2006 dans le délai légal.*

*Le Ministère Public reproche en outre à **X**, depuis un temps non prescrit et au plus tard à partir du 12 avril 2006, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, d'avoir 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.*

*Finalement, le Ministère Public reproche à **X** d'avoir, depuis le 5 juin 2008, en l'étude du curateur de la société, Maître **A**, à Luxembourg, (…), commis l'infraction de banqueroute simple, pour, en infraction à l'article 574 5° du Code de Commerce, ne pas s'être rendu aux convocations du curateur et pour, en infraction à l'article 576 du Code de Commerce, n'avoir fourni au curateur aucun renseignement.*

*La société anonyme **SOC.1** S.A. a été constituée le 17 septembre 1997 et cette constitution a été publiée au Mémorial C en date du 2 janvier 1998. A l'origine, la société était dénommée **SOC.1'** S.à r.l. . Par décision de l'assemblée générale extraordinaire du 20 décembre 2002, la forme juridique de cette société a été transformée et la dénomination de cette société a été modifiée en **SOC.1** S.A. .*

*La société avait pour objet le commerce dans le sens le plus large, la constitution et l'administration de sociétés au Grand-Duché de Luxembourg et à l'étranger, la prise de participation dans toutes entreprises, toute activité et toutes opérations généralement quelconques se rattachant directement ou indirectement à son objet.*

*La même assemblée générale extraordinaire du 20 décembre 2002 a nommé **X** administrateur délégué de la société anonyme **SOC.1**, lequel pouvait valablement engager la société sous sa seule signature.*

*Par acte d'huissier du 22 février 2008, le Receveur-Préposé du bureau principal de Recette des Contributions d'Esch/Alzette a assigné la société **SOC.1** S.A. en faillite en raison d'une créance fiscale de l'Etat d'un montant de 1.392.726,76 euros.*

*Par jugement rendu par la quinzième chambre du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg en date du 7 avril 2008, la société **SOC.1** S.A. été déclarée en état de faillite et Maître **A** a été nommée curateur.*

***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, à l'époque des faits, 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.*

***X** déclare à la police belge le 4 décembre 2008 qu'il a donné sa démission en tant qu'administrateur délégué de la société **SOC.1** S.A. fin 2004, début 2005.*

*Il ne verse cependant aucune pièce prouvant ses dires et sa démission n'a jamais été publiée au Mémorial luxembourgeois, de sorte que cette déclaration reste à l'état de pure allégation.*

*En sa qualité d'administrateur délégué de la société **SOC.1** S.A., **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 d'environ 1.500.000 euros et que l'actif de la société était de 8,65 euros. Le curateur mentionne dans son rapport encore le fait qu'il n'a trouvé aucune trace d'une quelconque activité.*

*Il ressort encore du dossier répressif qu'une contrainte avait été émise le 24 avril 2006 par l'Administration des Contributions et notifiée à la société **SOC.1** S.A. en date du 3 mai 2006. Un procès-verbal de saisie-exécution a été dressé puis converti en acte de carence en date du 27 juin 2006.*

*La société était ainsi confrontée à une dette conséquente, mais n'avait pas de liquidités pour l'honorer.*

*Le Tribunal de commerce a retenu la date du 7 octobre 2007 comme date de la cessation des paiements.*

*A l'audience du 24 mars 2010, le représentant du Parquet demande à voir retenir en l'espèce la date du 7 octobre 2007 comme date de la cessation des paiements.*

*Le Tribunal retient qu'il est à suffisance établi que la société **SOC.1** S.A. avait cessé ses paiements à la date du 7 octobre 2007 et retient partant la date du 7 octobre 2007 en tant que date de 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).*

*Il ressort du rapport du curateur qu'il n'a pas pu constater le moindre indice d'une quelconque activité commerciale de la société **SOC.1** S.A..*

*La société n'avait donc pas eu la moindre activité qui aurait pu servir de base à un quelconque prêt auprès d'un établissement de crédit.*

*De même, en assignant en faillite, l'Administration des Contributions a manifesté son intention de ne plus accorder de délai de paiement à la société **SOC.1** S.A..*

*Dès lors, la société se trouvait en état d'ébranlement de crédit et par voie de conséquence, en état de faillite.*

***2. Quant aux infractions libellées à charge du prévenu***

*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 24 mars 2010, le curateur déclare sous la foi du serment quil n'a obtenu aucun document comptable ni aucun autre document permettant de conclure qu'une comptabilité en bonne et due forme avait été tenue.*

*Interrogé par la police belge, **X** déclare que la comptabilité de la société se trouve chez le comptable dont il ignore cependant les coordonnées. Il propose aux policiers belges de leur communiquer ces coordonnées, ce qu'il n'a cependant jamais fait.*

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

*b) Non-publication des bilans*

*Le Parquet reproche encore au prévenu de ne pas avoir publié les bilans depuis la constitution de la société sinon pour les années 2005 à 2006.*

*A l'audience du 24 mars 2010, le Parquet demande au Tribunal de se limiter aux seules années 2005 et 2006 pour apprécier s'il y a eu défaut de publication.*

*Il résulte des déclarations du curateur qu'aucun de ces bilans n'a été publié.*

*c) 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.*

*Le Tribunal correctionnel retient la date du 7 octobre 2007 comme époque de la cessation des paiements tel que retenu par le jugement de faillite du 7 avril 2008.*

*L'aveu de la faillite aurait dès lors dû être fait au plus tard le 7 novembre 2007.*

*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 des 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.*

*d) 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 le fait de ne pas se rendre en personne aux convocations du curateur.*

*Le prévenu avait expliqué lors de son audition par la police belge le 4 décembre 2008 : « J'ai reçu du curateur une lettre. Cela s'est passé au cours de l'été 2008. J'ai essayé de prendre contact par téléphone à plusieurs reprises avec le curateur, mais en vain».*

*A l'audience, le curateur déclare sous la foi du serment qu'il a envoyé par lettre recommandé des convocations à **X** en date des 11 avril 2008 et 5 juin 2008 et que ce dernier n'y a jamais donné de suite.*

*Dès lors, **X** est à retenir dans les liens de la prévention qui lui est reprochée sub c) 1) par le Ministère Public.*

*e) Défaut de fournir des renseignements au curateur*

*Le Ministère Public reproche finalement à **X** de n'avoir fourni aucun renseignement au curateur tel que le prescrit l'article 576 du Code de Commerce.*

*Il résulte des déclarations du curateur à l'audience et de son rapport d'activité que* ***X*** *ne l'a jamais contacté et qu'il ne lui a fourni aucun renseignement relatif à la société en faillite* ***SOC.1*** *S.A., de sorte que l'infraction libellée sub c) 2) est également à retenir à charge de* ***X****.*

***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 d'administrateur délégué de la société anonyme SOC.1, ayant eu son dernier siège social à L- (…), déclarée en état de faillite par jugement du 7 avril 2008 rendu par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,***

***I) depuis le 2 janvier 1998 jusqu'au 7 avril 2008, date du jugement de faillite, à L-(…),***

***de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :***

***1) en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société SOC.2 s.à.r.l. 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), 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) 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 2005 et 2006 dans le délai légal,***

***II) depuis le 7 novembre 2007, c'est-à-dire un mois après la date de cessation des paiements, 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, 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 de la société anonyme SOC.1.***

***III) depuis le 5 juin 2008 en l'étude du curateur de la société, Maître A, à Luxembourg, (…),***

***1) en infraction à l'article 574 5° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par Maître A le 11 avril 2008 et le 5 juin 2008,***

***2) 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, respectivement avoir fourni des renseignements inexacts,***

***en l'espèce, d'avoir fourni au curateur aucun renseignement.»***

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

*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 le désintérêt complet du prévenu pour la gestion de la société anonyme **SOC.1**, ainsi que le montant du préjudice causé aux créanciers, qui sont essentiellement des créanciers publics.*

*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 sera 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 de **X**, 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 à une peine d'emprisonnement de **SIX (6) mois** ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 7,07 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 qu'il soit inséré par extrait dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout aux frais du contrevenant.*

*Par application des articles 14, 15, 66 et 489 du Code pénal, des articles 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194, 195 du Code d'instruction criminelle, des articles 8, 10, 440, 574, 576 et 583 du Code de commerce et des articles 162 et 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente.»*

---

Par lettre entrée au Parquet le **4 mai 2010**, **X** déclara relever opposition contre le prédit jugement numéro **1460/10** du **22 avril 2010**.

Par citation du **27 octobre 2010**, le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu **X** de comparaître à l'audience publique du **15 décembre 2010** devant le Tribunal correctionnel de ce siège, pour y entendre statuer sur le mérite de l'opposition formée par lui.

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

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

**X** fut entendu en ses explications et moyens de défense, lesquels furent plus amplement développés par Maître Peggy GOOSSENS, avocat, en remplacement de Maître Pierre THIELEN, avocat à la Cour, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Le représentant du Ministère Public, Patrick KONSBRÜCK, 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 q u i s u i t :**

Vu le jugement n° 1460/2010 rendu par défaut le 22 avril 2010 par le Tribunal correctionnel de Luxembourg.

Par lettre notifiée au Ministère Public le 4 mai 2010, **X**, par l'intermédiaire de son mandataire, releva opposition contre le prédit jugement.

L'article 187 alinéa 1 du Code d'instruction criminelle prévoit que *« la condamnation par défaut sera considérée comme non avenue si, dans les quinze jours de la signification ou notification qui en a été faite au prévenu ou à son domicile, celui-ci forme opposition à l'exécution du jugement et notifie son opposition tant au ministère public qu'à la partie civile »*.

L'opposition est recevable pour avoir été faite dans les forme et délai de la loi, il y a partant lieu de déclarer non avenues les condamnations intervenues à l'encontre du prévenu par jugement du 22 avril 2010.

Vu la citation à prévenu du 27 octobre 2010 régulièrement notifiée au prévenu.

Vu l'ensemble du dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice n°15801/09/CD et notamment le procès-verbal n°GF-007789/08 du 4 décembre 2008 dressé par la police belge de l'arrondissement de Dendermonde, zone de police Kruibeke-Temse.

Le Ministère Public reproche au prévenu **X**, en sa qualité d'administrateur délégué de la société anonyme **SOC.1**, depuis le 2 janvier 1998 sinon depuis le 7 avril 2005, à L-(…), 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 8 du Code de commerce et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 10 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 encore reproché, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, de ne pas avoir publié les bilans depuis la constitution de la société sinon pour les années 2005 à 2006 dans le délai légal.

Le Ministère Public reproche en outre à **X**, depuis un temps non prescrit et au plus tard à partir du 12 avril 2006, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, d'avoir 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.

Finalement, le Ministère Public reproche à **X** d'avoir, depuis le 5 juin 2008, en l'étude du curateur de la société, Maître **A**, à Luxembourg, (…), commis l'infraction de banqueroute simple, pour, en infraction à l'article 574 5° du Code de Commerce, ne pas s'être rendu aux convocations du curateur et pour, en infraction à l'article 576 du Code de Commerce, n'avoir fourni au curateur aucun renseignement.

La société anonyme **SOC.1** S.A. a été constituée le 17 septembre 1997 et cette constitution a été publiée au Mémorial C en date du 2 janvier 1998. A l'origine, la société était dénommée **SOC.2** S.à r.l. . Par décision de l'assemblée générale extraordinaire du 20 décembre 2002, la forme juridique de cette société a été transformée et la dénomination de cette société a été modifiée en **SOC.1** S.A. .

La société avait pour objet le commerce dans le sens le plus large, la constitution et l'administration de sociétés au Grand-Duché de Luxembourg et à l'étranger, la prise de participation dans toutes entreprises, toute activité et toutes opérations généralement quelconques se rattachant directement ou indirectement à son objet.

La même assemblée générale extraordinaire du 20 décembre 2002 a nommé **X** administrateur délégué de la société anonyme **SOC.1**, lequel pouvait valablement engager la société sous sa seule signature.

Par acte d'huissier du 22 février 2008, le Receveur-Préposé du bureau principal de Recette des Contributions d'Esch/Alzette a assigné la société **SOC.1** S.A. en faillite en raison d'une créance fiscale de l'Etat d'un montant de 1.392.726,76 euros.

Par jugement rendu par la quinzième chambre du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg en date du 7 avril 2008, la société **SOC.1** S.A. été déclarée en état de faillite et Maître **A** a été nommée curateur.

**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, à l'époque des faits, 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.

**X** déclare à la police belge le 4 décembre 2008 qu'il a donné sa démission en tant qu'administrateur délégué de la société **SOC.1** S.A. fin 2004, début 2005.

A l'audience du 15 décembre 2010, **X** verse son courrier de démission daté du 28 septembre 2004.

La démission en tant qu'administrateur n'est opposable aux tiers qu'à partir de sa publication au registre de commerce et des sociétés, une telle publication n'ayant cependant jamais été faite en l'espèce.

Maître Peggy GOOSSENS, mandataire de **X**, relève encore, pour le cas où cette démission ne serait pas opposable aux tiers, qu'il ressort des statuts de la société **SOC.1** S.A. que l'assemblée générale extraordinaire avait décidé le 20 décembre 2002 que le mandat de **X** expirerait lors de l'assemblée générale annuelle de 2008.

Le Tribunal constate qu'il n'y a cependant au dossier aucune preuve quant à la date exacte ou même quant à la tenue de cette assemblée générale.

Au vu de ces considérations, le Tribunal retient que **X** était administrateur de la société **SOC.1** S.A. jusqu'au jugement de sa mise en faillite, le 4 avril 2008, et était en cette qualité tenu de se conformer aux prescriptions prévues par la loi. S'il avait vraiment voulu se décharger de son poste d'administrateur et ainsi de toutes ses responsabilités, il aurait dû vérifier si sa démission avait véritablement été enregistrée au registre de commerce et des sociétés en se faisant remettre un extrait, ce qu'il n'a pas fait.

En sa qualité d'administrateur délégué de la société **SOC.1** S.A., **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 d'environ 1.500.000 euros et que l'actif de la société était de 8,65 euros. Le curateur mentionne dans son rapport encore le fait qu'il n'a trouvé aucune trace d'une quelconque activité.

Il ressort encore du dossier répressif qu'une contrainte avait été émise le 24 avril 2006 par l'Administration des Contributions et notifiée à la société **SOC.1** S.A. en date du 3 mai 2006. Un procès-verbal de saisie-exécution a été dressé puis converti en acte de carence en date du 27 juin 2006.

La société était ainsi confrontée à une dette conséquente, mais n'avait pas de liquidités pour l'honorer.

Le Tribunal de commerce a retenu la date du 7 octobre 2007 comme date de la cessation des paiements.

A l'audience du 15 décembre 2010, le représentant du Parquet demande à voir retenir en l'espèce la date du 7 octobre 2007 comme date de la cessation des paiements.

Le Tribunal retient qu'il est à suffisance établi que la société **SOC.1** S.A. avait cessé ses paiements à la date du 7 octobre 2007 et retient partant la date du 7 octobre 2007 en tant que date de 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).

Il ressort du rapport du curateur qu'il n'a pas pu constater le moindre indice d'une quelconque activité commerciale de la société **SOC.1** S.A..

La société n'avait donc pas eu la moindre activité qui aurait pu servir de base à un quelconque prêt auprès d'un établissement de crédit.

De même, en assignant en faillite, l'Administration des Contributions a manifesté son intention de ne plus accorder de délai de paiement à la société **SOC.1** S.A..

Dès lors, la société se trouvait en état d'ébranlement de crédit et par voie de conséquence, en état de faillite.

**2. Quant aux infractions libellées à charge du prévenu**

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 15 décembre 2010, le curateur déclare sous la foi du serment qu'il n'a obtenu aucun document comptable ni aucun autre document permettant de conclure qu'une comptabilité en bonne et due forme avait été tenue.

Interrogé par la police belge, **X** déclare que la comptabilité de la société se trouve chez le comptable dont il ignore cependant les coordonnées. Il propose aux policiers belges de leur communiquer ces coordonnées, ce qu'il n'a cependant jamais fait.

A l'audience du 15 décembre 2010, **X** verse une copie de facture de la Fiduciaire **SOC.3** et affirme que cette société dispose de la comptabilité de la société.

Force est cependant de constater que le curateur est formel pour dire qu'il n'a jamais reçu le moindre document comptable attestant de la tenue régulière d'une comptabilité.

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

b) Non-publication des bilans

Le Parquet reproche encore au prévenu de ne pas avoir publié les bilans depuis la constitution de la société sinon pour les années 2005 à 2006.

A l'audience du 15 décembre 2010, le Parquet demande au Tribunal de se limiter aux seules années 2005 et 2006 pour apprécier s'il y a eu défaut de publication.

Il résulte des déclarations du curateur qu'aucun de ces bilans n'a été publié.

c) 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.

A l'audience du 15 décembre 2010, **X** déclare que la société avait déjà des problèmes de liquidités en 2004.

Le Tribunal correctionnel retient la date du 7 octobre 2007 comme époque de la cessation des paiements tel que retenu par le jugement de faillite du 7 avril 2008.

L'aveu de la faillite aurait dès lors dû être fait au plus tard le 7 novembre 2007.

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 des 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.

d) 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 le fait de ne pas se rendre en personne aux convocations du curateur.

Le prévenu avait expliqué lors de son audition par la police belge le 4 décembre 2008 : « J'ai reçu du curateur une lettre. Cela s'est passé au cours de l'été 2008. J'ai essayé de prendre contact par téléphone à plusieurs reprises avec le curateur, mais en vain».

A l'audience du 15 décembre 2010, **X** confirme qu'il a essayé de joindre par téléphone le curateur mais ne réussissant pas à le joindre et estimant qu'il n'avait plus rien à voir avec la société **SOC.1** S.A., il ne s'est plus autrement manifesté auprès du curateur.

Le curateur conteste avoir jamais eu un quelconque contact avec **X**, ne serait-ce que par le biais de messages laissés à son étude.

Dès lors, **X** est à retenir dans les liens de la prévention qui lui est reprochée sub c) 1) par le Ministère Public.

e) Défaut de fournir des renseignements au curateur

Le Ministère Public reproche finalement à **X** de n'avoir fourni aucun renseignement au curateur tel que le prescrit l'article 576 du Code de Commerce.

Il résulte des déclarations du curateur à l'audience et de son rapport d'activité que **X** ne l'a jamais contacté et qu'il ne lui a fourni aucun renseignement relatif à la société en faillite **SOC.1** S.A., de sorte que l'infraction libellée sub c) 2) est également à retenir à charge de **X**.

**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 d'administrateur délégué de la société anonyme SOC.1, ayant eu son dernier siège social à L-(…), déclarée en état de faillite par jugement du 7 avril 2008 rendu par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,***

***l) depuis le 20 décembre 2002 jusqu'au 7 avril 2008, date du jugement de faillite, à L-(…),***

***de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :***

***1) en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société SOC.1 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), 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) 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 2005 et 2006 dans le délai légal,***

***II) depuis le 7 novembre 2007, c'est-à-dire un mois après la date de cessation des paiements, 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, 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 de la société anonyme SOC.1.***

***III) depuis le 5 juin 2008 en l'étude du curateur de la société, Maître A, à Luxembourg, (…),***

***1) en infraction à l'article 574 5° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par Maître A le 11 avril 2008 et le 5 juin 2008,***

***2) 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, respectivement avoir fourni des renseignements inexacts,***

***en l'espèce, d'avoir fourni au curateur aucun renseignement.»***

**<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 dont il était administrateur, 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.

Les infractions retenues à charge de **X** se trouvent en concours réel, de sorte qu'il y a lieu d'appliquer les 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.

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.

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 le désintérêt complet du prévenu pour la gestion de la société anonyme **SOC.1**, ainsi que le montant du préjudice causé aux créanciers, qui sont essentiellement des créanciers publics.

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

**X** n'a pas encore subi de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et il ne semble pas indigne de l'indulgence du Tribunal. Il échet en conséquence de lui accorder la faveur du **sursis intégral** quant à la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

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 sera 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 **contradictoirement,** le prévenu **X** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, le représentant du Ministère Public en son réquisitoire,

**d i t** l'opposition formée par **X** recevable,

**d é c l a r e** non avenues les condamnations prononcées à son encontre par jugement n° 1460/10 du 22 avril 2010,

***statuant à nouveau***

**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 16,07 euros,

**d i t** qu'il sera **sursis** à l'exécution de **l'intégralité** de la 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 crime ou 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 al.2 du Code pénal,

**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 qu'il soit 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, 189, 190, 190-1, 194, 195, 626, 627, 628 et 628-1 du Code d'instruction criminelle, des articles 8, 10, 440, 574, 576 et 583 du Code de commerce et des articles 162 et 163 de la loi modifiée 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, juge, et Joëlle DIEDERICH, juge-déléguée, et prononcé en audience publique le jeudi, 13 janvier 2011, au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, assistée de Mike SCHMIT, greffier, en présence de Patrick KONSBRÜCK, substitut du Procureur d'Etat, qui à l'exception du représentant du Ministère Public ont signé le présent jugement.