Jugt no 740/2011 **not. 18319/10/CD**

étr. x2

AUDIENCE PUBLIQUE DU 3 MARS 2011

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

Dans la cause du Ministère Public contre

1) X
né le (…) à (…) (Portugal),
demeurant à L-(…),

2) Y
né le (…) à (…) (Portugal),
demeurant à L-(…),

p r é v e n u s

F A I T S :

Par citation du **6 janvier 2011** le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis les prévenus de comparaître à l'audience publique du **9 février 2011** devant le Tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur la prévention suivante :

banqueroute simple.

A cette audience la juge-présidente constata l'identité des prévenus **X** et **Y** et leur donna connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal.

Le témoin Maître **A**, en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC.1** S.à r.l., fut entendue en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du Code d'instruction criminelle.

Le prévenu **Y** fut entendu en ses explications et moyens de défense, lesquels furent plus amplement développés par Maître Roland MICHEL, assisté de Maître Luc SCHANEN, les deux avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg.

Le prévenu **X** fut entendu en ses explications et moyens de défense, lesquels furent plus amplement développés par Maître Joëlle CHOUCROUN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

Le représentant du Ministère Public, Olivier LENERT, 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

J U G E M E N T q u i s u i t :

Vu le rapport n° 2010/27539/404-CM du 22 septembre 2010 établi par la police grand-ducale, Service C.P. Kayldall.

Vu le rapport n° 2010/36962/534/ZL du 17 novembre 2010 établi par la police grand-ducale, Service C.P. Bettembourg.

Vu la citation à prévenu du 6 janvier 2011 régulièrement notifiée à **X** et à **Y**.

Le Ministère Public reproche aux prévenus **X** et **Y**, en leur qualité de gérants de la société **SOC.1** S.à r.l., de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans les délais.

L'accusation porte encore sur un fait de banqueroute simple pour ne pas avoir tenu, sinon pour avoir tenu de manière incomplète les livres de commerce et l'inventaire.

I. Les faits

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

Par acte notarié du 29 novembre 2006, la société à responsabilité limitée **SOC.1** S.à r.l. a été constituée. Son objet social consistait dans « l'exploitation d'une entreprise de construction, de façades et de plâtrerie ».

Un dénommé **Z** a été nommé gérant technique.

Les prévenus **X** et **Y** ont été nommés gérants administratifs.

En date du 15 juin 2008, le prévenu **Y** démissionne de son mandat de gérant administratif avec effet immédiat ; la démission est déposée au registre de commerce le 18 août 2008 et publiée au Mémorial.

Par acte d'huissier du 29 septembre 2008, le Centre Commun de la Sécurité Sociale assigne la société **SOC.1** S.à r.l. en faillite en raison d'arriérés de cotisations sociales.

Par jugement commercial n° 1240/08 (n° 117371 du rôle) prononcé le 17 octobre 2008, la société **SOC.1** S.à r.l. est déclarée en état de faillite et Maître **A** est nommée curatrice.

Maître **A** déclare en tant que témoin à l'audience avoir dressé un procès-verbal de carence. Elle dit n'avoir recouvré qu'un actif d'environ 2.000 euros, tandis que le passif de la société s'élevait à plus de 200.000 euros.

Elle dit avoir reçu une collaboration active de la part des deux prévenus.

Concernant les salariés, elle explique que la plupart d'entre eux auraient été repris par d'autres structures. Les créances salariales déclarées à la masse de faillite n'auraient pas trait à des dettes nées juste avant la faillite, mais à des revendications antérieures.

La comptabilité aurait été correctement tenue et lui aurait été remise. La société n'aurait de fait pas eu de stock de marchandises à gérer et à inventorier.

X explique à l'audience que la société a été constituée en 2006, mais n'aurait commencé ses activités qu'en avril 2007. Il n'y aurait pas eu beaucoup de clients. Déjà fin 2007, la société aurait eu des problèmes financiers. Il y aurait par ailleurs eu une mésentente entre gérants quant à la manière de gérer la société.

Y déclare ne pas avoir fait l'aveu de la faillite parce que l'espoir aurait toujours été là d'avoir un jour une « bonne commande ». Il dit avoir pensé que la faillite allait se faire automatiquement et que la fiduciaire ferait le cas échéant le nécessaire.

Maître Roland MICHEL expose à l'audience que **Y** aurait tout fait pour sauver la société. Il découlerait de la comptabilité que les associés auraient fait des avances importantes (6.000 euros, 40.000 euros, 15.000 euros) pour sauver la société.

Maître Joëlle CHOUCROUN plaide également que **X** aurait fait le maximum pour sauver la société.

En outre, tout aurait été fait pour que les salariés soient repris.

II. Au pénal

1. Conditions préalables

Les infractions de banqueroute exigent que la société soit en état de faillite et que le prévenu ait la qualité de commerçant. Il convient dès lors d'analyser au préalable ces prérequis de l'infraction avant de pouvoir aborder les faits matériels reprochés aux prévenus par le Ministère Public.

1.1. Qualité des prévenus

Les articles 573 et suivants du Code de Commerce, définissant la banqueroute, requièrent la qualité de commerçant. En l'espèce, la société à responsabilité limitée **SOC.1** S.à r.l., de par sa forme, a la qualité de commerçant.

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 est constant en cause que le prévenu **X** était gérant de droit de la société **SOC.1** S.à r.l. jusqu'à la faillite. Sa responsabilité pénale peut dès lors être recherchée.

Le prévenu **Y** a été gérant de droit de la société jusqu'à sa démission, qui est opposable aux tiers depuis le 18 août 2008 ; jusqu'à cette date, il doit dès lors assumer la responsabilité pénale pour une éventuelle infraction de banqueroute.

1.2. Etat de faillite de la société **SOC.1** S.à r.l.

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 paiement** consiste dans l'impossibilité constatée devant laquelle se trouve un débiteur pour faire face à ses engagements (TA Lux., 15 juillet 1992, n° 41412). 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).

Maître Roland MICHEL fait valoir que l'état de cessation des paiements ne serait pas donné. Il donne à considérer que les salariés auraient toujours été payés et que la société **SOC.1** S.à r.l. se serait régulièrement acquittée d'avances payées au Centre Commun de la Sécurité Sociale.

Or, la cessation de paiements 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.

Le Tribunal relève qu'il résulte du rapport d'activité du curateur que notamment les créances suivantes restaient impayées :

- Sécurité Sociale : 127.321,64 euros
- TVA : 88.561,50 euros
- Impôts directs : 8.546,30 euros.

Des créances importantes restaient ainsi impayées. La société n'avait par ailleurs pas de liquidités pour honorer ces créances, ses avoirs en banque ayant été dérisoires par rapport à ses dettes.

La société **SOC.1** S.à r.l. 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 paiement, 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).

Le Tribunal relève qu'en assignant en faillite, le Centre Commun de la Sécurité Sociale a manifesté son intention de ne plus accorder de crédit à la société.

De même, les associés, s'ils ont pu injecter de l'argent par le passé, n'étaient plus disposés à poursuivre leurs investissements.

En outre, la société n'avait plus d'ouvriers et avait cessé toute activité ; il n'existait dès lors plus aucune valeur du fonds de commerce qui aurait pu servir de base à un crédit auprès d'un établissement bancaire.

Dès lors, la société **SOC.1** S.à r.l. se trouvait en état d'ébranlement de crédit et par voie de conséquence en état de faillite.

2. Aveu tardif

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 avait provisoirement fixé la date de cessation des paiements au 17 avril 2008.

Il résulte par ailleurs du dossier répressif que le Centre Commun avait émis des contraintes à hauteur de 78.292,68 euros et de 29.276,39 euros en date du 13 juin 2008.

L'importance de la dette permet cependant de conclure que la cessation des paiements était intervenue avant le 13 juin 2008. Il convient de rappeler que d'après les déclarations de **X**, la société avait des problèmes financiers depuis fin 2007.

Dès lors, la date fixée par le tribunal de commerce, à savoir le 17 avril 2008 peut être retenue comme date de la cessation des paiements.

L'aveu de la cessation des paiements aurait donc dû avoir lieu au plus tard le 17 mai 2008.

A cette époque, les deux prévenus avaient la qualité de gérants de la société et étaient dès lors légalement tenus de faire l'aveu.

Il est constant en cause que l'aveu de la faillite n'a jamais été fait, la faillite ayant été prononcée sur assignation.

Le Tribunal relève qu'il s'agit en l'espèce d'un cas de banqueroute simple facultative. Au regard de l'importance du passif social, il n'y a cependant pas lieu de faire abstraction d'une condamnation.

Les prévenus **X** et **Y** sont dès lors **convaincus** :

> ***« comme auteurs ayant eux-mêmes commis l'infraction en leur qualité de gérant de la société à responsabilité limitée SOC.1 S.à r.l., en faillite, établie et ayant eu son dernier siège social à L-***(…)***, immatriculée au RCS sous le numéro B***(…)***, déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n° 1240/08 (faillite n° 423/2008) du 17 octobre 2009 par la IIème chambre commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,***
>
> ***depuis le 17 mai 2008, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,***
>
> ***de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :***
>
> ***en infraction à l'article 440 du Code de Commerce et 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 ».***

3. Tenue des livres de commerce

Aux termes de la citation, il est reproché aux prévenus de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour ne pas avoir tenu, sinon pour avoir tenu de manière incomplète les livres de commerce et l'inventaire.

A l'audience, le représentant du Ministère Public a conclu à l'acquittement des prévenus du chef de cette prévention.

Il découle des déclarations du curateur que ce dernier avait récupéré une comptabilité correctement tenue. Le curateur a par ailleurs confirmé que la société n'avait pas de stock qui aurait exigé la tenue d'un inventaire.

Il n'est dès lors par établi que les prévenus aient commis une quelconque infraction à cet égard.

Il y a dès lors lieu d'**acquitter** les prévenus **X** et **Y** :

> *« comme auteurs ayant eux-mêmes commis l'infraction en leur qualité de gérant de la société à responsabilité limitée **SOC.1** S.à r.l., en faillite, établie et ayant eu son dernier siège social à L-*(…)*, immatriculée au RCS sous le numéro B*(…)*, déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n° 1240/08 (faillite n° 423/2008) du 17 octobre 2009 par la IIème chambre commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,*
>
> *depuis un temps non prescrit, au siège de la société **SOC.1** S.à r.l., en faillite, établie et ayant eu son dernier siège social à L-*(…)*,*
>
> *sans préjudice quant aux circonstances de temps et de lieu plus exactes,*
>
> *de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :*
>
> *principalement, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1** 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 part 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),*
>
> *subsidiairement, en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, d'avoir tenu des livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète ou irrégulière, d'avoir tenu des livres et inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive ».*

III. Quant à la peine

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.

Dans l'appréciation de la peine il y a lieu de tenir compte de l'importance du passif. Il y a cependant également lieu de tenir compte de ce que l'intégralité du passif n'est pas en lien direct avec l'aveu tardif. En effet, les salariés avaient été réaffectés avant que la société n'ait été déclarée en état de faillite.

La faute commise par les prévenus consiste dans le fait d'avoir laissé à l'abandon la société qui n'avait plus d'activité, au lieu de faire l'aveu de la faillite et d'assurer une liquidation ordonnée de la structure sociétaire.

Il y a lieu de tenir compte de l'absence d'antécédents judiciaires dans le chef de **X** et de l'absence antécédents judiciaires spécifiques en la matière de **Y**.

Le Tribunal observe que par ailleurs, la société **SOC.1** S.à r.l. semble avoir été correctement tenue et que les prévenus ont activement collaboré avec le curateur.

Dans ces conditions, le Tribunal retient, en application de l'article 20 du Code pénal, que le trouble causé à l'ordre public est réparé à suffisance par une amende correctionnelle.

L'article 20 alinéa 2 du Code pénale précise en effet : « Si l'emprisonnement est porté seul, le tribunal peut y substituer une amende qui ne peut excéder la somme obtenue par multiplication du maximum de la peine d'emprisonnement prévue, exprimée en jours, par le montant pris en considération en matière de contrainte par corps ».

Il convient de prononcer une amende adaptée à la gravité des faits et aux revenus des prévenus.

Il y a lieu 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 sera inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais des contrevenants.

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**, les prévenus **Y** et **X**, ainsi que leurs mandataires entendus en leurs explications et moyens de défense et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

X

a c q u i t t e X de l'infraction non retenue à sa charge,

c o n d a m n e **X** du chef de l'infraction retenue à sa charge à une peine d'amende de **MILLE (1.000)** euros, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 12,90 euros,

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à **VINGT** (**20**) jours,

Y

a c q u i t t e **Y** de l'infraction non retenue à sa charge,

c o n d a m n e **Y** du chef de l'infraction retenue à sa charge à une peine d'amende de **HUIT CENTS (800)** euros, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 12,90 euros,

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à **SEIZE** (**16**) jours,

c o n d a m n e **X** et **Y** solidairement aux frais des infractions commises ensemble,

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, 16, 20, 27, 28, 29, 30, 66 et 489 du Code pénal, des articles 440, 574 et 583 du Code de Commerce et des articles 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195 et 196 du Code d'Instruction Criminelle, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Elisabeth EWERT, juge-présidente, Jean-Luc PÜTZ, juge, et Vanessa WERCOLLIER, juge-déléguée, et prononcé en audience publique du jeudi, 3 mars 2011 au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Elisabeth EWERT, juge-présidente, assistée de Mireille REMESCH, greffière, en présence de Bob PIRON, substitut du Procureur d'Etat, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public ont signé le présent jugement.