ASSISTANCE JUDICIAIRE ACCORDEE A X PAR DECISION DU DELEGUE DE M. LE BATONNIER A L'ASSISTANCE JUDICIAIRE DU 19 OCTOBRE 2010

Jugt no 2035/2011 **not. 22644/09/CD**

opposition
étr.
ex.p.

JUGEMENT SUR OPPOSITION

AUDIENCE PUBLIQUE DU 16 JUIN 2011

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 (…) (P),
demeurant à L-(…),

p r é v e n u

F A I T S :

Le prévenu **X** a été condamné par jugement numéro **2635/2010** du **12 juillet 2010** rendu par défaut à son encontre par le Tribunal correctionnel à Luxembourg dont le dispositif est conçu comme suit :

« J U G E M E N T qui suit:

Vu la citation à prévenu du 13 avril 2010 ;

***X**, bien que régulièrement cité, n'a pas comparu à l'audience. Il y a partant lieu de statuer par défaut à son égard.*

*Le Ministère Public reproche à **X**, d'avoir, en sa qualité de dirigeant de droit ou de fait de la société à responsabilité limitée **SOC.1** posé trois actes de banqueroute simple facultative en ne tenant pas tous les livres de commerce, en omettant de faire l'aveu*

de la cessation des paiements dans le mois de sa production et en en fournissant pas au curateur les renseignements par lui demandés, un acte de banqueroute obligatoire en omettant de justifier de l'emploi du capital social en absence d'inventaire tenu en bonne et due forme, ainsi qu'une infraction à la loi sur les sociétés commerciales en omettant de publier annuellement le bilan et le compte de profit et pertes de la société au registre de commerce.

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 paiements.

L'infraction d'omission de publication des comptes annuels est une infraction qui, à défaut d'exonération par la personne responsable de la présomption de responsabilité qui pèse sur elle, est réalisée par l'écoulement du délai imparti pour le dépôt des comptes annuels.

*Comme, au jour de la commission des infractions mises à charge de **X**, seules les personnes physiques pouvaient se voir imputer des infractions, il appartient au tribunal correctionnel saisi d'infractions, de fait commise par une personne morale, de déterminer la ou les personnes physiques par lesquelles la société agissait, qui sont alors les auteurs des infractions, de fait imputables à la société, et qui doivent répondre en nom personnel de celles-ci.*

Aussi, il appartient au juge répressif de rechercher la personne physique sur laquelle pesait la responsabilité pénale d'une infraction de fait imputable à une société commerciale et le ou les dirigeants de personnes morales peuvent, en raison de leur activité au sein de celle-ci, être condamnés du chef de banqueroute sans qu'il soit nécessaire qu'ils soient, eux-mêmes, commerçants, respectivement du chef d'omission de dépôt des comptes annuels au registre de commerce dans le délai imparti.

En principe, le gérant d'une société à responsabilité limitée engage la société à l'encontre des tiers et a pouvoir décisionnel pour compte de celle-ci.

*La société à responsabilité limitée **SOC.1** fut constituée le 28 janvier 2002. Au jour de la constitution, l'associé **Y** fut nommé gérant technique de la société et le prévenu, gérant administratif. D'après l'acte constitutif, la société s'engageait vis-à-vis des tiers par la co-signature de ses deux gérants.*

*Si pendant une période **Z** épouse **X** exerçait les fonctions de gérant technique de la société, il résulte de la publication de l'assemblée générale extraordinaire du 1er juin 2008 que le jour même elle démissionna de ses fonctions et qu'à partir de ce jour le prévenu fut le gérant unique de la société.*

***X** était partant pendant toute la période litigieuse, gérant de la société avec pouvoir d'engager celle-ci et à partir du 1er juillet 2008 même gérant unique.*

*Il est partant, pour les faits commis pendant la période litigieuse, pénalement responsable pour compte de la société à responsabilité limitée **SOC.1**.*

C'est partant à juste titre que les faits de banqueroute simple relatif à la période débutant en juin 2008, respectivement les faits d'omission de déposer les comptes annuels le 1er août 2007, respectivement le 1er août 2008, lui sont mis à charge.

Avant de pouvoir statuer sur une infraction de banqueroute, il appartient au tribunal correctionnel de constater, indépendamment des considérations ayant motivé le tribunal d'arrondissement statuant en matière commerciale, l'état de faillite du commerçant, respectivement de la société commerciale pour compte de laquelle la responsabilité pénale du dirigeant est engagée.

*En l'espèce, au vu des diverses déclarations de créances déposées après la déclaration de la société en faillite face à l'actif minimal de celle-ci et à l'ébranlement du crédit de la société résultant de diverses citations en justice, la société à responsabilité limitée **SOC.1**, est bien en état de faillite.*

*Il résulte de la déposition de la curatrice, Maître **A**, qu'à partir de décembre 2008 la société à responsabilité limitée **SOC.1** ne pouvait plus faire face au paiement du loyer redû et qu'elle fut assignée en justice par divers créancier.*

Aussi, le tribunal constate qu'au plus tard le 31 décembre 2008, la société en faillite ne pouvait plus faire face à ses dettes et que son crédit était ébranlé.

Il y a partant lieu, pour les besoins de la cause, de fixer la cessation des paiements à cette date.

L'article 574 6° du code de commerce prévoit que pourra être déclaré banqueroutier simple, tout commerçant qui n'a pas tenu une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue de ses activités.

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.

L'article 573 4° du code de commerce érige, de plus, en fait de banqueroute obligatoire l'absence de justification de l'emploi du capital social.

L'article 574 4° du code de commerce érige encore en acte de banqueroute simple l'omission de faire aveu de la cessation de paiements dans le mois de sa survenance.

Il en va de même, d'après l'article 576 du code de commerce, pour le défaut de fournir au curateur d'une société en faillite, les renseignements par lui demandés.

*Il résulte des dépositions de Maître **A**, curatrice de la faillie, à l'audience que le curateur n'a pas reçu de documents comptables pour l'année 2007 et les années postérieures.*

A défaut d'explication concluante permettant de justifier cette absence de remise, le tribunal déduit que celle-ci est due à l'absence de tenue de comptabilité.

*En négligeant à partir de début 2007 la comptabilité de la société à responsabilité limitée **SOC.1**, **X** s'est rendu coupable des faits de banqueroute simple prévus par l'articles 574 5° et 573 4° du code de commerce, motivés d'une part par l'absence de tenue des livres et inventaires exigés par la loi et l'absence de justification de l'emploi du capital social à défaut d'absence de tenue en bonne et due forme d'un inventaire.*

*De plus, comme **X** n'a nullement fait l'aveu de la faillite de la société auprès du tribunal de commerce dans le mois suivant la cessation de paiement, fixée par le tribunal correctionnel au 31 décembre 2008, il s'est également rendu coupable du fait de banqueroute simple prévu par l'article 574 4° du code de commerce.*

En date du 30 septembre 2009, le prévenu fut convoqué par la curatrice en son bureau. L'accusé de réception trait à la de convocation y relative fut réceptionné par le prévenu lui-même le 23 septembre 2009.

*Il résulte cependant de la déposition de la curatrice qu'en dépit de la réception de cette lettre recommandée, **X** n'est ni venu au rendez-vous lui fixé, ni a cherché à entrer en contact avec la curatrice.*

*En omettant de se présenter au rendez-vous lui fixé par la curatrice, le prévenu a volontairement manqué de fournir à Maître **A** les renseignements que celle-ci voulait lui demander lors de l'entretien en question.*

***X** s'est partant également rendu coupable du fait de banqueroute simple prévu à l'article 576 du code de commerce.*

*Il y a partant lieu de retenir **X** dans les liens de la prévention de banqueroute simple mise à sa charge.*

Par ailleurs, l'article 163 2° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales érige en infraction, pour un gérant d'une société à responsabilité limitée, le fait de ne pas faire publier les comptes annuels de la société au plus tard le 31 juillet de l'année suivant l'exercice comptable concerné.

*A ce jour la société à responsabilité limitée **SOC.1** n'a pas déposé ses comptes pour 2006 et 2007 au registre de commerce en vue de leur publication.*

***X** n'a partant pas fait publier les comptes annuels relatifs aux exercices 2005 et 2006 dans le délai imparti, si bien que l'infraction à l'article 163 2° de la loi sur les sociétés commerciales mise à sa charge sous le point 3) de la citation est également établie.*

***X** est partant **convaincu**, au vu de l'ensemble des développements et considérations ci-dessus des infractions suivantes :*

Comme auteur ayant lui-même commis l'infraction en sa qualité de dirigeant (de droit et de fait) de la société à resaponsabilité limitée SOC.1, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n°B** (…)**, ayant eu son dernier siège social à L-**(…)**, déclarée en état de faillite selon jugement commercial n° 436/2009 (faillite n° 245/09) du 18 mai 2009 rendu par le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg

I) depuis juin 2006, au siège de la société SOC.1 S.à.r.l., 2004

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

- ***a) en infraction à l'article 574 6° du code de commerce,de ne pas avoir tenu pour la société SOC.1 S.àr.l., les livres de commerce exigés par l'article 8 du code de commerce (actuellement art 11 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 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, sanctionné par l'article 489 du code pénal, de ne pas avoir justifié de l'emploi de son capital, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social,***

2) depuis le 1er août 2007, respectivement le 1er août 2008 au Registre de Commerce et des Sociétés à Luxembourg,

en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales,

de ne pas avoir publié dans le délai légal l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes des années 2006 et 2007;

II) depuis un temps non prescrit, 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 de 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,

III) le 30 septembre 2009, date d'une convocation en l'étude de Maître A, L-(…)***,***

en infraction à l'article 576 du code de commerce puni des peines prévues à l'article 489 du code pénal, ne pas avoir fourni les renseignements qui lui ont été demandés par le curateur.

Les infractions établies sous I 1 a), II et III à charge du prévenu constituent trois cas de banqueroute simple facultative. L'infraction établie sous I 1 b) constitue, par contre, un cas de banqueroute obligatoire.

Aussi, au vu du caractère obligatoire de la banqueroute pour défaut de justification de l'emploi du capital, les faits doivent encourir la sanction prévue par la loi.

*Les quatre préventions de banqueroute simple retenues à charge de **X** ne constituent qu'une seule infraction.*

Comme cette infraction résulte, du moins partiellement, de l'absence de tenue d'une comptabilité adéquate, elle relève de la même intention que l'infraction d'omission de faire publier les comptes annuels dans le délai imparti.

*Les infractions de banqueroute simple et d'omission de publication de comptes annuels retenus à charge de **X** se trouvent partant en concours idéal, si bien que par application de l'article 65 du code pénal il y a lieu d'appliquer seulement la peine la plus forte, à savoir celle prévue par l'article 489 du code pénal.*

D'après 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.

En l'espèce, le tribunal constate que les faits commis par le prévenu ont une gravité certaine au vu de l'impossibilité pour la curatrice de retracer ce qui est advenu du capital de la société, liquidé dans l'acte constitutif, impossibilité résultant d'une part de l'absence de tenue de la comptabilité et, d'autre part, d'une collaboration de l'ancien gérant.

En tenant compte de cette circonstance et de l'importance du passif de la société, le tribunal estime que les infractions commises sont sanctionnées de façon adéquate par une peine d'emprisonnement de 15 mois.

P a r c e s m o t i f s :

*le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **septième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant par défaut à l'encontre 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 **15 (quinze) mois**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 26,67 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 sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais de **X**.*

Par application des articles 14, 15, 16, 65, 66 et 489 du code pénal; 163 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. articles 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195 et 196, du Code d'instruction criminelle; ainsi que des articles 9, 440, 573, 574, 576 et 583 du code de commerce qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente. »

Par lettre entrée au Parquet le **19 octobre 2010**, Maître Luc MAJERUS, avocat à la Cour, a déclaré, au nom et pour compte de **X**, relever opposition contre le prédit jugement numéro **2635/2010** du **12 juillet 2010**.

Par citation du **12 mai 2011**, le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu **X** de comparaître à l'audience publique du **30 mai 2011** 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 Maître **A** fut entendue en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du Code d'instruction criminelle.

Le prévenu **X** fut entendu en ses explications et moyens de défense, lesquels furent plus amplement développés par Maître Tom LUCIANI, en remplacement de Maître Luc MAJERUS, avocats à la Cour, les deux demeurant à Esch/Alzette.

Le représentant du Ministère Public, Guy BREISTROFF, 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 jugement n° 2635/2010 du 12 juillet 2010 rendu par défaut par le Tribunal correctionnel de ce siège.

Par déclaration au Ministère Public le 19 octobre 2010, **X** déclare relever opposition contre ledit jugement du 12 juillet 2010.

Cette opposition, relevée dans les forme et délai de la loi, est recevable.

Par application des dispositions de l'article 187 alinéa 1 du Code d'instruction criminelle, les condamnations prononcées à l'égard de **X** sont à considérer comme non avenues et il y a partant lieu de statuer à nouveau sur les préventions lui reprochées par le Ministère Public.

Vu le procès-verbal n° 284/2009 du 28 octobre 2009 établi par la police grand-ducale, Service C.P. Limpertsberg.

Vu la citation à prévenu du 12 mai 2011 régulièrement notifiée à **X**.

Le Ministère Public reproche à **X**, d'avoir, en sa qualité de dirigeant de droit ou de fait de la société à responsabilité limitée **SOC.1** posé trois actes de banqueroute simple facultative en ne tenant pas tous les livres de commerce, en omettant de faire l'aveu de la cessation des paiements dans le mois de sa production et en ne fournissant pas au curateur les renseignements par lui demandés, un acte de banqueroute obligatoire en omettant de justifier de l'emploi du capital social en absence d'inventaire tenu en bonne et due forme, ainsi qu'une infraction à la loi sur les sociétés commerciales en omettant de publier annuellement le bilan et le compte de profit et pertes de la société au registre de commerce.

I. LES FAITS

Les éléments du dossier répressif, l'instruction à l'audience, les déclarations du témoin **A**, ainsi que les aveux partiels du prévenu ont permis d'établir les faits suivants :

Par acte notarié du 28 janvier 2002, le prévenu **X** et **Y** ont constitué une société à responsabilité limitée dénommée **SOC.1** Sàrl (en abrégé : **SOC.1** Sàrl), dont l'objet social consistait, selon l'article 2 de ses statuts, dans l'exploitation de taxis.

Le capital social évalué à 12.500 euros était composé exclusivement par des apports en nature sous forme de 3 voitures, à savoir une MERCEDES 126/280, une TOYOTA Carina et une PEUGEOT 605 SRI.

Les 500 parts sociales ont été souscrites par moitié par les deux fondateurs. Le prévenu a été nommé gérant technique de la société et **Y** a été investi des fonctions de gérant administratif.

Lors de l'assemblée générale du 1er juin 2008, dont le procès-verbal a été dûment publié, le prévenu est devenu associé et gérant unique de la société.

Les bilans au 31 décembre 2002, 2003, 2004 et 2005 ont été déposés et une mention afférente a été publiée au Mémorial C.

Par acte d'huissier du 14 avril 2009, le Centre Commun de la Sécurité Sociale a assigné la société **SOC.1** Sàrl en faillite en raison d'une créance impayée de 13.805,04 euros.

Par jugement n° 436/2009 (faillite n° 245/09), la société **SOC.1** Sàrl a été déclarée en état de faillite et Maître **A** a été nommé curateur.

II. AU PENAL

1. CONDITIONS PREALABLES

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 au prévenu par le Ministère Public.

1.1. Qualité du prévenu

Les articles 573 et suivants du Code de Commerce, définissant la banqueroute, requièrent la qualité de commerçant. En l'espèce, la société anonyme **SOC.1** Sàrl, 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 dès la constitution de la société le gérant de celle-ci et qu'il a conservé cette qualité jusqu'au prononcé de la faillite. En 2008, il est même devenu le gérant unique de la société et était dès lors le seul à décider de son sort et de son devenir.

A l'audience, Maître **A** a par ailleurs indiqué que tous les salariés avec lesquels elle était en contact considéraient le prévenu comme étant « leur patron ».

Il doit dès lors assumer la responsabilité pénale pour les fautes commises par la société **SOC.1** Sàrl.

1.2. Etat de faillite de la société SOC.1 Sàrl

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).

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.

Il découle du rapport d'activité du curateur que l'actif de la société se limitait à environ 500 euros. A l'audience, Maître **A** précisait que sur les trois comptes bancaires de la société, il y avait à peine 50 euros en tout.

Le rapport du curateur fait état d'un passif de 61.452,98 euros. Maître **A** précise à l'audience que le passif s'est finalement élevé à quelque 90.000 euros, montant qui se subdivise approximativement comme suit :

- 38.000 euros de salaires impayés pour les 8 salariés de la société
- 22.000 euros redus au Centre Commun de la Sécurité Sociale
- 10.000 euros dus à l'Administration de l'Enregistrement
- 20.000 euros dus à des fournisseurs

La société avait dès lors de très nombreuses dettes, mais n'avait quasiment aucun actif liquide pour y faire face.

Elle était par conséquent en état de cessation de paiement.

• 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.

Le prévenu a expliqué à l'audience avoir voulu lui-même injecter de l'argent frais, mais que ses demandes de prêts en nom personnel ont été refusées. L'associé unique n'était dès lors pas en mesure d'accorder un quelconque crédit à la société.

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

2. INFRACTIONS DE BANQUEROUTE

2.1. Livres de commerce

Le Ministère Public reproche au prévenu de ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire, sinon de ne pas les avoir tenus correctement.

Maître **A** a précisé à l'audience s'être rendue avec le prévenu au siège de la société et y avoir trouvé quelques classeurs contenant des factures et des extraits bancaires, mais aucune comptabilité. Le prévenu ne lui a pas fait état d'un quelconque bureau comptable qu'il aurait chargé pour gérer la comptabilité.

Lors de son audition par la police, tout comme à l'audience, le prévenu a expliqué que son épouse aurait été en charge de la comptabilité jusqu'à ce qu'ils divorcent, et que par la suite il aurait chargé une personne habitant à (…) des travaux comptables, sans qu'il n'ait cependant été en mesure de fournir de nom.

Le Tribunal observe qu'au jour de l'audience, le prévenu n'a pas jugé nécessaire de contacter cette personne pour communiquer d'éventuels documents.

Le seul élément dont dispose le Tribunal est un sac plastique rempli de papiers remis par **TEMOIN.1**, qui a déclaré avoir été la concubine du prévenu de janvier 2009 à octobre 2010 et qu'au moment de déménager, ce dernier aurait laissé ces documents dans la cave. Le Tribunal constate qu'il s'agit d'un amas de papiers et documents, en partie personnels, en partie professionnels, non autrement classés, rangés en partie dans des boîtes de cadeaux et comportant de très nombreux courriers non ouverts.

Il découle de ce qui précède qu'aucun élément objectif du dossier ne permet de retenir que le prévenu ait tenu une comptabilité ou qu'il ait chargé une personne de ce faire et surveillé si cette personne exécute correctement e sa mission.

Cette prévention est dès lors à retenir à charge du prévenu.

2.2. Emploi du capital social

Le Ministère Public reproche Sub 1. b.) au prévenu de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social.

Le mandataire du prévenu donne à considérer que cette infraction ne pourrait se déduire du simple fait de l'absence de tenue d'un inventaire, étant donné que pareille omission serait envisagée comme infraction à part par la loi.

Le Tribunal constate que le capital social de la société **SOC.1** Sàrl était formé exclusivement de 3 véhicules.

Lors de son audition par la police, le prévenu a expliqué que le véhicule MERCEDES 126/280 aurait été vendu en 2004 pour le prix de 500 euros, le véhicule TOYOTA Carina aurait été à tort apporté au capital social puisqu'il était en leasing et le véhicule PEUGEOT 605 SRI aurait subi un accident au courant de l'hiver 2002 et aurait été déclassé ensuite.

Les affirmations du prévenu sont restées à l'état de pure allégation et aucune pièce n'a été fournie pour les accréditer.

Le prévenu n'explique pas non plus pourquoi suite à l'accident l'assurance n'a pas indemnisé la société **SOC.1** Sàrl, ni pourquoi une voiture qui participait en 2002 à raison d'un tiers au capital social de 12.500 euros n'aurait plus qu'une valeur de 500 euros en 2004.

Le prévenu n'a dès lors à ce jour pas justifié de l'emploi du capital social, de sorte que cette infraction est à retenir à sa charge.

2.3. Aveu tardif

Sous le point II), le Ministère Public reproche au prévenu 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.

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 18 novembre 2008.

Il faut relever que le Centre Commun de la Sécurité Sociale avait émis dès le 15 février 2008 une contrainte relative à un montant de 1.843,63 euros, montant qui ne sera jamais réglé.

Au plus tard à partir de cette contrainte, la société ne pouvait plus faire face à ses dettes et se trouvait dès lors en état de cessation des paiements dès le 15 février 2008.

L'aveu de la cessation des paiements aurait dès lors dû être fait au plus tard le 15 mars 2008.

Il est constant en cause que le prévenu n'a jamais pris l'initiative de déposer le bilan, la société ayant été déclarée en état de faillite sur assignation.

Lors de son audition par la police, le prévenu avait expliqué quant à l'aveu tardif : « *Les raisons sont, que le délai était trop court pour l'arrangement avec le centre de sécurité sociale … J'ai même essayé de trouver une possibilité de recevoir un prêt personnel. Au début je voulais sauver la société, ce qui est la cause que je n'ai pas tout de suite déclaré la faillite* ».

Le Tribunal relève toutefois que s'il n'est pas interdit au gérant de tenter de trouver des solutions de financement quand les affaires vont mal. Le vague espoir de pouvoir redresser la société ne l'autorise cependant pas de laisser s'accumuler les dettes en retardant la date de l'aveu de la cessation des paiements.

A l'audience, le prévenu a expliqué qu'il n'aurait pas su qu'il était obligé de faire l'aveu de la cessation des paiements.

L'erreur de droit ne constitue une cause de justification en matière répressive que lorsqu'elle résulte d'une cause étrangère qui ne peut en rien être imputée à celui qui en est la victime et que celui-ci a versé dans une ignorance qui eût été, dans les mêmes circonstances, celle de tout homme raisonnable et prudent. Il appartient au prévenu d'établir la circonstance spéciale faisant apparaître qu'il n'était pas en mesure d'éviter l'erreur qu'il invoque (CSJ, cassation, 12 juin 1975, Pas. 29, 112). L'erreur de droit constitue une cause de justification lorsqu'en raison de circonstances spéciales à l'espèce, elle paraît comme invincible ; l'erreur invincible est celle qui résulte d'une cause étrangère qui ne peut être imputée à celui qui en est la victime (CSJ, cassation, 25 mars 2004, n° 2062). La simple bonne foi du prévenu n'est pas suffisante pour valoir cause de justification (Cass., belge, 29 novembre 1976, Pas. bel. 1977, I, 355, cité par TA Lux., 11 décembre 2002, n° 2705/2002 confirmé par CSJ, 13 octobre 2003, n° 262/03).

En l'espèce, le prévenu avait tous les moyens pour s'informer, face à la déconfiture de la société, quelles étaient ses obligations en qualité de gérant. Le fait même d'assumer une telle fonction oblige le gérant à s'informer de ses responsabilités et obligations. L'erreur dont se prévaut le prévenu n'est donc ni insurmontable ni invincible.

L'infraction telle que libellée par le Ministère Public est dès lors à retenir à charge de **X**.

2.4. Collaboration avec le curateur

L'accusation dirigée contre **X** porte encore sur le fait de ne pas avoir fourni les renseignements qui lui ont été demandés par le curateur.

Maître **A** explique à l'audience avoir vu le prévenu une seule fois, à savoir lors de l'inventaire. Il lui aurait donné un numéro de téléphone portable, qui aurait cependant

cessé d'exister par la suite. Le curateur précise par ailleurs que le prévenu n'a réservé aucune suite à ses convocations écrites.

Lors de son audition par les services de police, le prévenu avait expliqué : « Je n'ai pas collaboré avec le curateur, parce qu'elle avait tout pris. Alors je me suis dit, pourquoi je devrais me déplacer chez elle pour collaborer … ». Pareille explication ne saurait à l'évidence excuser l'inaction du prévenu.

A l'audience, le prévenu **X** n'a fourni aucune explication valable quant à son défaut de collaboration avec le curateur.

L'infraction libellée à sa charge est dès lors à retenir.

3. PUBLICATION DES BILANS

L'article 163 2° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales érige en infraction, pour un gérant d'une société à responsabilité limitée, le fait de ne pas faire publier les comptes annuels de la société au plus tard le 31 juillet de l'année suivant l'exercice comptable concerné.

A ce jour la société à responsabilité limitée **SOC.1** n'a pas déposé ses comptes pour 2006 et 2007 au registre de commerce en vue de leur publication.

A l'audience correctionnelle, ni le prévenu ni son mandataire n'ont contesté l'accusation portée par le Ministère Public.

X n'a partant pas fait publier les comptes annuels relatifs aux exercices 2005 et 2006 dans le délai imparti, si bien que l'infraction à l'article 163 2° de la loi sur les sociétés commerciales mise à sa charge est établie.

4. RECAPITULATIF

Sur base du dossier répressif et au regard des développements qui précèdent, le prévenu **X** est **convaincu** :

*« comme auteur ayant lui-même commis l'infraction en sa qualité de dirigeant de droit et de fait) de la société à responsabilité limitée **SOC.1**, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n°B* (…)*, ayant eu son dernier siège social à L-*(…)*, déclarée en état de faillite selon jugement commercial n° 436/2009 (faillite n° 245/09) du 18 mai 2009 rendu par le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg*

*I) depuis juin 2006, au siège de la société **SOC.1** S.à.r.l., 2004*

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

*a) en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1** S.àr.l., les livres de commerce exigés par l'article 8 du Code de commerce (actuellement art 11 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 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, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir justifié de l'emploi de son capital, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social,

2) depuis le 1er août 2007, respectivement le 1er août 2008 au Registre de Commerce et des Sociétés à Luxembourg,

en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales,

de ne pas avoir publié dans le délai légal l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes des années 2006 et 2007;

II) depuis le 15 mars 2008, 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 de 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,

*III) le 30 septembre 2009, date d'une convocation en l'étude de Maître **A**,* (…)*,*

en infraction à l'article 576 du code de commerce puni des peines prévues à l'article 489 du Code pénal, ne pas avoir fourni les renseignements qui lui ont été demandés par le curateur ».

III. QUANT A LA PEINE

Les infractions établies sous I) 1) a), II) et III) à charge du prévenu constituent trois cas de banqueroute simple facultative. L'infraction établie sous I) 1) b) constitue, par contre, un cas de banqueroute obligatoire.

Aussi, au vu du caractère obligatoire de la banqueroute pour défaut de justification de l'emploi du capital, les faits doivent encourir la sanction prévue par la loi. En outre, la multiplicité des faits, l'importance du passif de la faillite et le désintérêt manifesté par le prévenu quant à la gestion de la société **SOC.1** Sàrl font en sorte qu'il serait inopportun de ne pas retenir les cas de banqueroute facultatifs.

Les différentes infractions de banqueroute, tout comme l'infraction à la loi sur les sociétés commerciales, sont en concours réel entre elles (CSJ, 7 juillet 2009, n° 353/09 V).

D'après 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.

En l'espèce, le Tribunal constate que les faits commis par le prévenu ont une gravité certaine au vu de l'impossibilité pour la curatrice de retracer ce qui est advenu du capital de la société, liquidé dans l'acte constitutif, impossibilité résultant d'une part de l'absence de tenue de la comptabilité et, d'autre part, d'une collaboration de l'ancien gérant.

Dans l'appréciation de la peine il y a lieu de tenir compte de l'importance du passif.

La faute commise par le prévenu consiste essentiellement dans le fait d'avoir laissé à l'abandon la société, au lieu de faire l'aveu de la faillite et d'assurer une liquidation ordonnée de la structure sociétaire. A l'audience, le prévenu affirme que son désintérêt s'expliquerait du fait qu'il aurait mal vécu à l'époque la séparation avec son épouse.

Il y a lieu de prononcer une peine d'emprisonnement adaptée à la gravité des infractions.

Eu égard à ses antécédents judiciaires relativement bons, **X** ne semble pas indigne de la clémence du Tribunal. Il y a partant lieu d'assortir l'intégralité de la peine d'emprisonnement à prononcer du sursis.

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 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.

PAR CES MOTIFS :

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 et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

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

d é c l a r e non avenues les condamnations prononcées à son encontre par jugement n° 2635/2010 du 12 juillet 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 **DIX (10) mois**, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 16,97 euros,

d i t qu'il sera **sursis** à l'exécution de **l'intégralité** de cette 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 privative de liberté ou à une peine plus grave pour crimes ou délits de droit commun, la peine de prison 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 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 du contrevenant.

En application des articles 14, 15, 65, 66 et 489 du Code pénal, des articles 440, 573, 574, 576 et 583 du Code de Commerce, de l'article 163 de la loi du 10 août 1915 et des articles 155, 179, 182, 184, 187, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196, 626, 628 et 628-1 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, 16 juin 2011 au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, assistée de Mike SCHMIT, greffier, en présence de Nadine SCHEUREN, substitut du Procureur d'Etat, qui à l'exception de la représentante du Ministère Public ont signé le présent jugement.