Jugt no 2543/2011 **not. 30735/10/CD**

étr.
i.c.

AUDIENCE PUBLIQUE DU 13 JUILLET 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 (...) (France),
demeurant à F-(...),

prévenu

F A I T S :

Par citation du **24 mai 2011** le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu de comparaître à l'audience publique du **7 juillet 2011** devant le Tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes :

banqueroute simple.

A cette audience, Maître Yves SEIDENTHAL, en remplacement de Maître Luc TECQMENNE, les deux avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg, représenta, conformément à l'article 185 (1) alinéa 3 nouveau du Code d'instruction criminelle, le prévenu **X** et exposa ses moyens de défense.

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

La représentante du Ministère Public, Pascale KAELL, substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendue en son réquisitoire.

Le Tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour, date à laquelle le prononcé avait été fixé, le

J U G E M E N T qui suit :

Vu le dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice 30735/10/CD.

Vu la citation à prévenu du 24 mai 2011 (Not.30735/10/CD) régulièrement notifiée à **X**.

A l'audience du 7 juillet 2011, Maître Yves SEIDENTHAL, en remplacement de Maître Luc TECQMENNE, se présenta et déclara représenter le prévenu. En application de l'article 185 (1) alinéa 3 du Code d'Instruction criminelle, un avocat peut présenter les moyens de défense du prévenu lorsque ce dernier ne comparaît pas en personne, et il sera jugé par jugement contradictoire à l'égard du prévenu.

Le Ministère Public reproche à **X**, en sa qualité de gérant de la société **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l., ayant eu son siège social à L-(...), déclarée en état de faillite par jugement n°142/2009 du 16 février 2009, de s'être rendu coupable de l'infraction de banqueroute simple en n'ayant pas donné au curateur les renseignements demandés, en n'ayant pas tenu des livres de commerce conformes à la loi et en n'ayant pas fait l'aveu de la cessation des paiements dans les délais.

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

La société à responsabilité limitée **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l. a été constituée par acte notarié du 31 octobre 2006.

Elle avait pour objet social notamment des prestations de services généraux d'assistance administrative, de coordination et de secrétariat pour les personnes physiques ou morales en vue de favoriser le développement de leurs activités.

Par acte d'huissier du 9 janvier 2009, le Centre Commun de la Sécurité Sociale a assigné la société **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l. en faillite en raison d'arriérés de cotisations sociales d'un montant de 3.499,97 euros.

Par jugement n° 142/2009 du 16 février 2009, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a déclaré la société **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l. en faillite et a nommé curateur Maître **A**.

<u>Au Fond</u>

1. Quant aux conditions de la banqueroute

Les infractions de banqueroute frauduleuse et simple supposent que l'auteur des faits incriminés soit commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il soit 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, jusqu'à l'introduction de la loi du 3 mars 2010 relative à la responsabilité pénale des personnes morales, 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).

Concernant l'infraction sub 1), l'époque des faits est postérieure à la loi du 3 mars 2010, le Tribunal relève que l'article 34 du Code pénal, tel que modifié par la loi du 3 mars 2010, stipule que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des infractions commis au nom et dans l'intérêt d'une personne morale, de sorte que la responsabilité de **X** peut également être recherchée pour les faits commis postérieurement au 3 mars 2010.

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. Il incombe au juge répressif de rechercher la personne physique, organe ou préposé, sur laquelle pèse la responsabilité pénale d'une infraction commise par une société commerciale.

Il ressort du dossier répressif que **X** était gérant et associé unique de la société **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l..

X exploitait partant seul la société **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l..

En sa qualité de gérant unique de la société à responsabilité limitée **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l., **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 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). 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 ressort du rapport du curateur ainsi que de ses déclarations à l'audience du 7 juillet 2011 que le passif déclaré par les créanciers était de 34.698,93 euros et l'actif de la société de 71,21 euros.

Il ressort encore du rapport du curateur que la société avait cessé son activité déjà quelques mois avant le prononcé de la faillite.

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

La société **SOC.1** LUXEMBOURG 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).

Tel que développé antérieurement, la société avait cessé toute activité qui aurait pu servir de base à un quelconque prêt auprès d'un établissement de crédit et n'avait pas d'actif suffisant pour apurer ses dettes.

De même, en assignant en faillite, le Centre Commun de la Sécurité Sociale a manifesté son intention de ne plus accorder de délai de paiement à la société **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l..

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

Quant aux infractions libellées à charge du prévenu

Défaut de fournir des renseignements au curateur

Le Parquet reproche sub 1) à **X** de ne pas avoir, depuis le 17 février 2009 (date du premier courrier adressé par le curateur au prévenu) sinon depuis le 9 mars 2009 (date du deuxième courrier adressé par le curateur au prévenu) sinon depuis le 4 octobre 2010 (date de l'audition du prévenu par la police française) dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, fourni les renseignements demandés par le curateur.

Le Tribunal constate qu'il ressort des différents courriers envoyés par Maître **A** à **X** que le curateur lui demandait de lui transmettre les documents comptables de la société **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l. ainsi que toutes informations disponibles sur la situation de la société.

Maître Yves SEIDENTHAL, mandataire de **X**, déclare que son client ne conteste pas l'infraction qui lui est reprochée.

Maître **A** indique à l'audience sous la foi du serment que malgré plusieurs courriers, **X** n'a jamais pris contact avec lui et qu'il n'a reçu aucun renseignement de la part du prévenu.

Maître **A** signale que même après l'interrogatoire par la police française en date du 4 octobre 2010, **X** ne s'est pas manifesté.

Le curateur déclare encore que faute de renseignements, il a dû admettre au passif des créances salariales sans avoir la possibilité de contrôler leur bien-fondé.

Le Tribunal constate que tous les courriers du curateur avaient été envoyés à l'adresse où **X** est domiciliée.

Au vu de ces considérations, le Tribunal retient que **X** n'a pas répondu aux convocations du curateur et il ne lui a pas fourni les renseignements demandés, de sorte que l'infraction libellée sub 1) est à retenir à charge du prévenu.

Tenue des livres de commerce

Le Parquet reproche à **X** sub 2) de ne pas avoir, depuis le 31 octobre 2006 jusqu'au 16 février 2009, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, tenu les livres de commerce et l'inventaire exigés par le Code de commerce.

X a déclaré à la police française le 4 octobre 2010 que la fiduciaire **SOC.2** s'occupait de la comptabilité de la société **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l..

A l'audience du 7 juillet 2011, le curateur Maître **A** déclare sous la foi du serment qu'il n'a pas obtenu de document permettant de conclure qu'une comptabilité en bonne et due forme avait été tenue.

Maître Yves SEIDENTHAL ne conteste pas autrement l'infraction reprochée sub 2) à son mandant.

La tenue d'une comptabilité, soit dans un livre-journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, relève de la responsabilité du ou des dirigeants de la société.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 alinéa 6 du Code de Commerce, la simple négligence ou le manque de surveillance du failli dans la tenue de ses livres suffit, indépendamment de toute pensée de fraude ou de mauvaise foi, pour constituer le délit de banqueroute simple (R.P.D.B. op. cit. n° 2620 et Cour d'appel lux. 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI).

L'infraction libellée sub 2) principalement est partant en l'espèce caractérisée.

Aveu tardif

Le Parquet reproche finalement à **X** de ne pas avoir, depuis un temps non prescrit et au moins depuis le 14 septembre 2009 (un mois suivant la date à laquelle la première contrainte du Centre Commun de la Sécurité Sociale ayant conduit au prononcé de la faillite a été rendue exécutoire) jusqu'au 16 février 2009 (date du jugement de faillite), dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au greffe du Tribunal

d'arrondissement de et à Luxembourg, fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal.

Aux termes de l'article 440 du Code de Commerce, tout commerçant et toute société commerciale qui cesse ses paiements doit dans le mois en faire l'aveu au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de son domicile ou de son siège social.

Il incombe au Tribunal de fixer l'époque de la cessation des paiements. En effet la date retenue par le jugement du Tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par ce Tribunal de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (TA Lux. 26 mars 1987, n° 601/87), mais il n'est pas interdit au juge répressif d'adopter cette date, s'il l'estime exacte, sans toutefois se contenter de s'y référer.

Le jugement de faillite du 16 février 2009 avait provisoirement fixé l'époque de la cessation des paiements au 16 août 2008.

Il ressort du rapport du curateur que la société **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l. avait fait l'objet en date du 14 août 2008 d'une contrainte de la part du Centre Commun de la Sécurité Sociale et que la société n'a pas pu payer les sommes redues au Centre Commun de la Sécurité Sociale.

Le Tribunal retient partant la date du 14 août 2008 comme date de la cessation de paiement. L'aveu de la faillite aurait dès lors dû être fait au plus tard le 14 septembre 2008.

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, bien qu'il ait été obligé de ce faire dès le 14 septembre 2008.

X déclare le 4 octobre 2010 à la police française qu'il supposait que la fiduciaire **SOC.2** s'occupait de tout.

Le Tribunal relève qu'il est de la responsabilité d'un dirigeant d'entreprise de se renseigner sur les procédures à suivre en cas de cessation de l'activité de l'entreprise ou en cas de difficultés financières de l'entreprise.

Le Tribunal retient partant que l'infraction reprochée sub 3) à charge de **X** est à suffisance prouvée.

X est partant **convaincu** par les éléments du dossier répressif et les déclarations du témoin :

« comme auteur ayant lui-même exécuté les infractions en sa qualité de gérant unique de la société à responsabilité limitée SOC.1 LUXEMBOURG S.à r.l., ayant

eu son siège social à L-(...)***, et déclarée en état de faillite par jugement n°142/2009 du 16 février 2009 du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,***

1) depuis le 17 février 2009 jusqu'au 31 janvier 2011 (date de la clôture de la faillite), dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 576 du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés,

en l'espèce, pour ne pas avoir donné suite aux convocations qui lui furent adressées en date du 17 février 2009 et en en date du 9 mars 2009 par Maître A, curateur des opérations de faillite de la société SOC.1 LUXEMBOURG S.à r.l.,

2) depuis le 31 octobre 2006 (date de la constitution de la société SOC.1 LUXEMBOURG S.à r.l.) jusqu'au 16 février 2009 (date du jugement déclaratif de faillite), dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir tenu pour la société SOC.1 LUXEMBOURG S.à r.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 de du Code de Commerce et de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de Commerce,

3) depuis le 14 septembre 2008 jusqu'au 16 février 2009, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et notamment au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 574 4° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements. »

<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 gérant unique, 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.

Plusieurs faits de banqueroute constituent des infractions distinctes qui sont en concours réel entre elles (CSJ, 7 juillet 2009, n° 353/09; CSJ, 1er juillet 2009, n° 345/09).

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

L'infraction de banqueroute simple est punie d'une peine d'emprisonnement de un mois à deux ans selon l'article 489 du Code pénal.

Le Parquet requiert à l'audience de faire application de l'article 20 du Code pénal et de ne prononcer qu'une amende.

Le Tribunal relève que **X** avait lors de son interrogatoire du 4 octobre 2010 auprès de la police française indiqué qu'il contacterait sans faute le curateur.

Force est cependant de constater que **X** ne s'est jamais manifesté auprès du curateur.

Le Tribunal retient qu'au vu du désintérêt manifeste du prévenu pour la gestion de la société **SOC.1** LUXEMBOURG S.à r.l. et son refus persistant à coopérer avec le curateur, il y a lieu de prononcer **une peine d'emprisonnement de 3 mois** à charge de **X**.

X n'a pas encore subi jusqu'à ce jour 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 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 mandataire du prévenu entendu en ses explications et moyens de défense et la représentante 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 **TROIS (3) mois** ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 44, 87 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 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, 60, 66 et 489 du Code pénal, des articles 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196, 626, 628 et 628-1 du Code d'Instruction Criminelle ainsi que des articles 11, 15, 440, 574 4°, 574 6°, 576 et 583 du Code de Commerce, 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 le mercredi, 13 juillet 2011, au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, assistée de Mireille REMESCH, greffière, en présence de Sandra ALVES, substitut du Procureur d'Etat, qui à l'exception de la représentante du Ministère Public ont signé le présent jugement.