Jugt no 3427/2012 **not. 18215/10/CD**

étr.
ex.p.
publ.jugt

D E F A U T

AUDIENCE PUBLIQUE DU 8 NOVEMBRE 2012

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

Dans la cause du Ministère Public contre

PREV)
né le **(...)** à **(...)** (France),
demeurant à L-**(...)**,

p r é v e n u

en présence de

la société **SOC)**
établie et ayant eu son siège social à L-**(...)**, déclarée en état de faillite par jugement du 30 septembre 2009,

comparant par son curateur, Maître Steve HOFFMANN, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie civile constituée contre le prévenu **PREV)**, préqualifié.

F A I T S :

Par citation du **20 septembre 2012** le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a requis le prévenu de comparaître à l'audience publique du **18 octobre 2012** devant le Tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes :

infraction à la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisans, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, banqueroute simple, banqueroute frauduleuse, défaut de publication de bilans.

Le prévenu ne comparut pas à l'audience.

Maître Steve HOFFMANN, agissant en sa qualité de curateur, se constitua partie civile au nom et pour compte de la société faillie **SOC)**, demanderesse au civil, contre le prévenu **PREV)**, préqualifié, défendeur civil; il donna lecture des conclusions écrites qu'il déposa ensuite sur le bureau du tribunal et qui furent signées par la vice-présidente et par la greffière.

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

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 rapport n° 2009/50311/777/WCH du 3 décembre 2009 établi par la police grand-ducale, Service C.P. Echternach.

Vu le rapport n° 2010/42694/696/WCH du 23 décembre 2010 établi par la police grand-ducale, Service C.P. Echternach.

Vu la citation à prévenu du 20 septembre 2012 régulièrement notifiée à **PREV)**.

PREV), quoique régulièrement cité, ne comparut pas à l'audience, de sorte qu'il échet de statuer par défaut à son égard.

Vu l'ordonnance de renvoi numéro 601/12 de la Chambre du Conseil du 29 février 2012.

Vu l'instruction diligentée par le Juge d'Instruction.

La responsabilité pénale du prévenu **PREV)** est recherchée en sa qualité de gérant et d'associé unique de la société **SOC)**.

Il lui est reproché dans un premier temps d'avoir enfreint la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales en ayant exercé la profession de commerçant en matière automobile sans avoir été en possession de l'autorisation requise.

Le Ministère Public reproche encore au prévenu **PREV)** divers faits de banqueroute simple, à savoir de ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire, sinon de les avoir tenus de manière incomplète ou irrégulière, de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social, 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 et de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements qui lui ont été demandés.

PREV) est également accusé de banqueroute frauduleuse pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif, notamment un fax, un ordinateur ainsi que deux téléphones portables.

L'accusation porte enfin sur la non-publication dans le délai légal de l'inventaire, des bilans et des comptes de profits et pertes de l'année 2008.

I. LES FAITS

Les éléments du dossier répressif et l'instruction à l'audience ont permis d'établir les faits suivants :

Par acte du 10 juillet 2007 est constituée la société **SOC)**. Des personnes extérieures au présent dossier répressif ont souscrit les parts sociales et ont été appelées aux fonctions de gérant. Le capital social de 12.500 euros a été intégralement souscrit et libéré.

L'objet social de la société consistait dans la prise de participations (société holding) avant d'être complété le 21 août 2007 par l'import, l'export, l'achat, la vente, la mise en valeur de produits alimentaires, ménagers et de toutes autres sortes de marchandises et d'équipements de machines, d'outils de tous genres.

Par acte du 28 novembre 2008, le prévenu **PREV)** reprend l'intégralité des parts sociales de la société **SOC)** et en devient le gérant unique.

Par acte du 3 avril 2009, l'objet social de la société devient « l'import et l'export de tous types de véhicules à moteur et de pièces détachées ainsi que l'import, l'export, l'achat et la vente, la mise en valeur de produits alimentaires, ménagers et de toutes autres sortes de marchandises et d'équipements de machines, d'outils de tous genres ».

Le bilan au 31 décembre 2007 a été déposé au Registre de Commerce et une mention afférente a été publiée au Mémorial C.

En date du 29 septembre 2009, le prévenu a fait l'aveu de la faillite au greffe du Tribunal de commerce.

Par jugement commercial n° 1148/2009 du 30 septembre 2009 (faillite n° 443/2009), la société **SOC)** a été déclarée en état de faillite et Maître Anne FOEHR a été appelée aux fonctions de curateur.

Lors de son interrogatoire devant le Juge d'Instruction, le prévenu **PREV)** déclare que la société a fonctionné normalement jusqu'au 15 juin 2009. Il dit avoir eu à cette date un grave accident de voiture et avoir voulu reprendre ses activités, mais cela aurait été difficile.

Auprès du Juge d'Instruction, **PREV)** déclare avoir vendu entre 30 et 35 voitures d'une valeur unitaire d'environ 30.000 euros.

L'analyse des comptes bancaires de la société **SOC)** a permis de constater qu'entre juin et octobre 2009, 10 acomptes pour des voitures ont été payés à des entreprises en Allemagne, et 6 clients ont payé de l'argent pour l'achat ou la réservation de voitures. Le compte bancaire a été clôturé le 7 octobre 2009. Un montant total de 171.000 euros a été prélevé sans mention quant à leur affectation.

Il découle enfin du dossier répressif que le service anti-fraudes de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines avait dressé un rapport sur la société **SOC)**. Le rapport constate que la société n'a pas tenu de comptabilité et qu'elle n'a pas rempli ses obligations fiscales. Constatant, sur base des données de la TVA intracommunautaire, que plusieurs livraisons de véhicules ont été faites, et l'Administration a procédé à une fixation d'office de la TVA. Le rapporteur note que malgré ses efforts, le prévenu **PREV)** n'a jamais collaboré avec son service.

II. AU PENAL

1. QUANT AUX INFRACTIONS

1.1. 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 au prévenu par le Ministère Public.

1.1.1. 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 **SOC)**, 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.

En l'espèce, le prévenu est gérant, donc dirigeant de droit, de la société **SOC)** depuis le 28 novembre 2008. A compter de cette date, sa responsabilité pénale

peut par conséquent être recherchée pour les faits et omissions posés par la société.

1.1.2. Etat de faillite de la société

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).

Le curateur n'a pu réaliser aucun actif.

Le tableau des déclarations de créances renseigne des montants importants, notamment une somme de 2.612,99 euros due à un opérateur téléphonique, un montant de 915,40 euros dû à la fiduciaire, une somme de 15.221,25 euros due à titre de salaire, 225.289,94 euros réclamés par l'Administration de l'Enregistrement et 6.696,39 euros dus au Centre Commun de la Sécurité Sociale.

Il découle de ces éléments que la société avait des dettes envers des créanciers publics, mais n'avait pas d'avoirs liquides pour y faire face, ni de recettes susceptibles d'être générées.

La société **SOC)** 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 que la société n'avait plus d'activité, ni de véritable fonds de commerce, qui aurait pu servir de base à un quelconque crédit de la part d'un établissement financier. Auprès du Juge d'Instruction, le prévenu avait confirmé qu'aucune banque n'était disposée à lui accorder un crédit.

Enfin, le gérant et détenteur des parts sociales de la société n'était pas disposé à y injecter de l'argent frais.

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

1.2. Quant aux infractions

1.2.1. Défaut d'autorisation d'établissement

Le Ministère Public reproche à **PREV)** d'avoir, depuis le 28 novembre 2008, exercé en sa qualité de gérant de la société **SOC)**, la profession de commerçant en matière automobile, sans avoir été en possession de l'autorisation d'établissement afférente.

La loi du 28 décembre 1988 visée par le réquisitoire du Ministère Public a été abrogée par une loi du 2 septembre 2011.

L'article 39 (3) point a) de la loi du 2 septembre 2011 sanctionne « ceux qui s'établissent au Luxembourg pour y exercer une activité visée à la présente loi sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise ».

La notion « établir » vise le fait d'asseoir et fixer une chose en un endroit, de l'y rendre stable. Elle se réfère donc au moment où l'entreprise se met en place pour commencer son activité. Conformément à cette logique, le texte précité exige une autorisation « préalable ».

Si sous l'ancienne législation, tout exercice non autorisée d'une activité réglementée constituait une infraction, la nouvelle loi est plus restrictive en ce qu'elle ne vise que le cas de l'établissement pour exercer une activité. Etant plus restrictive que l'ancienne loi, il convient d'appliquer la nouvelle loi en tant que loi plus favorable.

Il découle d'un courrier du Ministère des Classes moyennes du 13 octobre 2009 qu'aucune autorisation d'établissement n'a jamais été délivrée pour la société **SOC)**.

Auprès du Juge d'Instruction, le prévenu **PREV)** admet : « La société n'avait pas d'autorisation d'établissement. Théoriquement, j'aurais eu le droit d'en avoir une » et affirme que « la société avait une autorisation avant que j'ai racheté les parts sociales ».

Dans une première phase, à savoir depuis sa constitution (10 juillet 2007) jusqu'au premier changement de son objet social (21 août 2007), la société n'avait pas besoin d'autorisation d'établissement puisqu'il s'agissait d'une société Holding.

A compter du 21 août 2007, l'objet social de la société est complété par un volet commercial, activité qui nécessité une autorisation d'établissement. Le 3 avril 2009, l'objet commercial de la société est précisé, le commerce automobile étant explicitement visé.

Le Tribunal relève qu'il ne résulte pas du dossier répressif si entre le 21 août 2007 et le 28 novembre 2008, date à laquelle le prévenu reprend la société **SOC)**, celle-ci avait ou non une activité commerciale. En tout état de cause, un bilan pour l'exercice 2007 a été établi et publié.

Si tel devait avoir été le cas, la société s'est établie avec une activité commerciale au Luxembourg dès 2007, de sorte que l'infraction a été commise à une époque à laquelle le prévenu n'était pas encore gérant et n'était dès lors pas responsable des actes posés par la société. La simple continuation d'une activité commerciale non autorisée n'est, au vu de la nouvelle loi, plus susceptible d'être sanctionnée au pénal.

Dans la mesure où il subsiste un doute si la société ne s'est pas d'ores et déjà établie avec une activité commerciale dès 2007, il convient d'**acquitter** le prévenu **PREV)** :

« comme auteur ayant lui-même commis l'infraction,

*en sa qualité de gérant et associé unique de la société **SOC)**, (depuis le 28 novembre 2008), établie et ayant eu son dernier siège social à **(...)**, immatriculée au RCS sous le numéro **(...)**, déclaré en faillite suivant jugement commercial n° 1148/2009 (faillite n° 443/2009) du 30 septembre 2009 de la IIème section commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,*

Infraction à la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

*du 28 novembre 2008 (date de (i) l'acquisition de 100% des parts sociales et (ii) de sa nomination en tant que gérant unique, jusqu'au 30 septembre 2009, date du prononcé de la faillite), au siège de la société **SOC)**, établie et ayant eu son dernier siège social à **(...)**,*

en infraction à l'article 1er de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales[1], punie des peines comminées à l'article 22 de la même loi, d'avoir exercé la profession de commerçant, en matière automobile, sans avoir été en possession de l'autorisation du ministère ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement ».

[1] Cf. la loi du 2 septembre 2011, publiée le 22 septembre 2011 : « *Nul ne peut, dans un but de lucre, exercer, à titre principal ou accessoire, une activité indépendante dans le domaine du commerce, de l'artisanat, de l'industrie ou des professions libérales visées par la loi sans être titulaire d'une autorisation d'établissement* »

1.2.2. Infractions de banqueroute simple

1.2.2.1. Défaut de comptabilité

Lors de son interrogatoire devant le Juge d'Instruction, **PREV)** a expliqué avoir voulu s'occuper lui-même de la comptabilité pour épargner les frais, mais se serait rendu compte en juin 2009 que c'était trop difficile. Il dit avoir simplement mis des factures dans un classeur.

Le dossier ne contient pas d'autres renseignements, sauf qu'un bureau comptable semble avoir été mandaté mais que ses honoraires ne semblent pas avoir été intégralement réglés, vu qu'une déclaration de créance a été déposée.

En tout état de cause, le curateur n'a jamais récupéré une quelconque comptabilité et une telle comptabilité ne figure pas non plus au dossier répressif.

En l'absence du moindre élément permettant de conclure qu'une comptabilité avait été tenue, l'infraction visée sub II.A.1. est à retenir telle que libellée à titre principal.

1.2.2.2. Omission de justifier du capital social

L'article 573-4° du Code de commerce prévoit que sera déclaré banqueroutier simple, tout commerçant failli qui a supposé des dépenses ou des pertes ou qui ne justifie pas de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient avenus postérieurement.

Le Tribunal relève que le capital social de la société est un capital de départ minimum qui doit être à disposition de l'être fictif nouvellement constitué lorsqu'il entame son activité. Par la suite, ces avoirs peuvent cependant être utilisés dans le but d'atteindre l'objet social.

En l'espèce, la somme de 12.500 euros a été libérée par les associés initiaux, plus d'un an avant que le prévenu ne reprenne la société. Il ne résulte d'aucun élément du dossier répressif s'il subsistait des avoirs sur compte bancaire ou d'autres biens acquis en contre-valeur au moment où le prévenu a repris la société. Il ne saurait dès lors lui être reproché de ne pas avoir justifié de l'emploi de cet argent dont le Tribunal ignore s'il l'a jamais concrètement détenu ou s'il a pu le retracer.

Il s'ajoute qu'un bilan a été publié au registre de commerce pour 2007, mais ne figure pas au dossier répressif. Il ne peut être exclu que celui-ci contienne des renseignements pertinents quant à l'utilisation qui a été faite du capital social.

Pour être complet, le Tribunal relève qu'il ne saurait pas non plus être reproché au prévenu de ne pas avoir justifié de l'emploi du dernier inventaire, cette infraction exigeant qu'il y ait effectivement un inventaire (CSJ, 13 juillet 2010, n° 334/10 V), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Au vu de ces considérations, il convient d'**acquitter** le prévenu **PREV)** :

« comme auteur ayant lui-même commis l'infraction,

*en sa qualité de gérant et associé unique de la société **SOC)**, (depuis le 28 novembre 2008), établie et ayant eu son dernier siège social à **(...)**, immatriculée au RCS sous le numéro **(...)**, déclaré en faillite suivant jugement commercial n° 1148/2009 (faillite n° 443/2009) du 30 septembre 2009 de la IIème section commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,*

*du 28 novembre 2008 (date de (i) l'acquisition de 100% des parts sociales et (ii) de sa nomination en tant que gérant unique, jusqu'au 30 septembre 2009, date du prononcé de la faillite), au siège de la société **SOC)**, établie et ayant eu son dernier siège social à **(...)**,*

sans préjudice quant aux circonstances de temps et de lieu plus exactes,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour

en infraction à l'article 573 4° du Code de Commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir justifié de l'existence ou de l'emploi de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient avenus postérieurement, in specie en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social ».

1.2.2.3. 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 30 mars 2009.

Le Tribunal constate qu'il ne dispose que de peu d'informations quant à la situation financière de l'entreprise. Dans la mesure toutefois où des salaires sur plusieurs mois sont restés impayés, qu'il y avait des arriérés au niveau des loyers, que le prévenu admet avoir eu des dettes auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale et qu'il y a eu de nombreux retraits en liquide inexpliqués,

enlevant toute liquidité à la société, il convient de confirmer la date du 30 mars 2009 retenue par les juges commerciaux.

Le prévenu n'ayant fait l'aveu qu'en date du 29 septembre 2009, l'infraction libellée sub II.B. est établie.

1.2.2.4. Défaut de collaboration avec le curateur

Il résulte des éléments du dossier répressif que le prévenu a été contacté à plusieurs reprises par courrier par le curateur de la société **SOC)**, mais n'y a pas réservé de suites.

Auprès du Juge d'Instruction, **PREV)** explique ne pas avoir fourni au curateur les documents comptables parce qu'il aurait été en séparation avec sa copine et parce qu'il aurait été en « pleine dépression ». Il s'est dit disposé à remettre les documents dont il dispose.

En l'absence de la moindre preuve permettant de conclure que l'état de santé physique et psychique du prévenu constituait pour lui un cas de contrainte ou de force majeure l'exonérant de sa responsabilité pénale, ces explications ne sauraient valoir excuse.

Toutefois, le Tribunal relève que le Ministère Public vise une infraction à l'article 576 du Code de commerce.

Cet article ne vise que le cas des sociétés anonymes et non celui d'autres formes de sociétés commerciales (CSJ, 29 juin 2010, n° 282/10 V).

Un élément constitutif de l'infraction faisant ainsi défaut, il convient d'**acquitter PREV)** :

« comme auteur ayant lui-même commis l'infraction,

*en sa qualité de gérant et associé unique de la société **SOC)**, (depuis le 28 novembre 2008), établie et ayant eu son dernier siège social à **(...)**, immatriculée au RCS sous le numéro **(...)**, déclaré en faillite suivant jugement commercial n° 1148/2009 (faillite n° 443/2009) du 30 septembre 2009 de la IIème section commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,*

*depuis le 30 septembre 2009, au cabinet de Maître Anne FOEHR, avocat, curateur de la société en faillite **SOC)**, ayant eu son cabinet à L-1225 Luxembourg, 4, rue Béatrix de Bourbon,*

sans préjudice quant aux circonstances de temps et de lieu plus exactes,

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 dans ses courriers suivants :

- *Courrier du 30 septembre 2009 de Maître FOEHR au mandataire de **PREV)**, Me Daniel BAULISCH*

- *Courrier du 1er octobre 2009 de Maître FOEHR au mandataire de **PREV)**, Me Daniel BAULISCH*
- *Courrier du 6 octobre 2009 de Maître FOEHR au mandataire de **PREV)**, Me Daniel BAULISCH*
- *Courrier du 4 novembre 2009 de Maître FOEHR au mandataire de **PREV)**, Me Daniel BAULISCH*
- *Courrier du 27 novembre 2009 de Maître FOEHR au mandataire de **PREV)**, Me Daniel BAULISCH ».*

1.2.3. Banqueroute frauduleuse

Dans un courrier du 21 octobre 2009 que Maître Daniel BAULISCH a adressé pour compte de son mandant **PREV)** au curateur, on peut lire que le prévenu « avait effectivement enlevé certains objets mobiliers du bureau pour les installer à son adresse privée » et qu' « il dispose toujours d'un fax, d'un téléphone, d'un téléphone portable ainsi que d'autres accessoires de bureau à son domicile privé ».

Par courrier du 4 novembre 2009, Maître Anne FOEHR a mis en demeure le prévenu de lui remettre tous les objets appartenant à la société. Cette demande a été réitérée dans un courrier du 27 novembre 2009.

Auprès du Juge d'Instruction, le prévenu a admis que la société disposait d'un fax, d'un ordinateur et de deux téléphones portables. Il ne conteste pas avoir reçu les courriers du curateur mais explique qu'il aurait été « affaibli physiquement et psychologiquement ». Il s'est dit disposé à remettre les objets.

Le Tribunal constate que le prévenu a ainsi amené à son domicile privé des objets appartenant à la société, n'a fait aucune démarche pour les révéler spontanément au curateur, et n'a ensuite, malgré de multiples injonctions et de vaines promesses, fait aucun effort pour les restituer ; il a ainsi dans un premier temps dissimulé puis détourné une partie de l'actif de la société **SOC)**

1.2.4. Omission de publier le bilan

Il résulte des éléments du dossier répressif que le bilan pour l'exercice 2008 n'a pas été publié au Mémorial C, alors qu'il aurait dû l'être avant le 1er août 2009. L'infraction libellée sub IV est par conséquent établie.

1.3. Récapitulatif

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

« comme auteur ayant lui-même commis les infractions,

en sa qualité de gérant et associé unique de la société SOC), (depuis le 28 novembre 2008), établie et ayant eu son dernier siège social à (...), immatriculée au RCS sous le numéro (...), déclarée en faillite suivant jugement commercial n° 1148/2009 (faillite n° 443/2009) du 30 septembre

2009 de la IIème section commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,

I. Banqueroute simple

1) du 28 novembre 2008 (date de (i) l'acquisition de 100% des parts sociales et (ii) de sa nomination en tant que gérant unique, jusqu'au 30 septembre 2009, date du prononcé de la faillite), au siège de la société SOC), établie et ayant eu son dernier siège social à (...),

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour la société SOC) les livres de commerce exigés par l'article 8 de 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) depuis le 30 avril 2009, 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 440 du Code de commerce et à l'article 574 4° du Code de commerce, articles sanctionnés 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 ;

II. Banqueroute frauduleuse

depuis le 30 septembre 2009, date du prononcé de la faillite, au siège de la société SOC), établie et ayant eu son dernier siège social à (...),

en infraction à l'article 577 du Code de commerce, puni des peines comminées par l'article 489, alinéa 3 et 4 du Code pénal, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse en tant que commerçant failli, pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif,

en l'espèce, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse en sa qualité de gérant unique et associé unique de la société SOC), établie et ayant eu son siège social à (...), pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif, à savoir un fax, un ordinateur ainsi que deux téléphones portables,

III. Défaut de publication de bilans

depuis le 1er août 2009, 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, les bilans et les comptes de profits et pertes de l'année 2008 relatif à la société SOC) ».

2. QUANT A LA PEINE

Le défaut d'aveu de la faillite dans le délai d'un mois retenu à charge du prévenu constitue un cas de banqueroute simple facultative ; néanmoins, au vu des autres infractions retenues à sa charge, il ne convient pas de faire abstraction de cette infraction.

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).

L'infraction de non-publication de bilan est en concours réel avec les infractions de banqueroute. En application de l'article 60 du Code pénal, la peine la plus forte sera dès lors 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.

- L'infraction de **banqueroute frauduleuse** est punie de la peine de réclusion de cinq à dix ans selon l'article 489 du Code pénal. En vertu de la décriminalisation opérée par la Chambre du conseil et en application de l'article 74 du Code pénal, cette peine est commutée en peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans. Une peine d'amende de 251 euros à 10.000 euros pourra également être prononcée en application de l'article 77 du Code pénal.

- 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, donc celle à encourir par le prévenu, est celle comminée pour l'infraction de banqueroute frauduleuse.

Dans l'appréciation de la peine, le Tribunal prend en l'espèce en considération le désintérêt dont le prévenu a fait preuve en ce qui concerne la gestion de la société au niveau comptable, juridique et fiscal. Les troubles de santé dont il fait état ne sont établies par aucun élément du dossier et par ailleurs, une grande partie des

infractions ont été commises ou commencées avant l'accident de la circulation qui aurait eu lieu le 15 juin 2009.

Il convient également de tenir compte du passif très important accumulé par le prévenu en très peu de temps, notamment en matière de TVA. Le préjudice subi par les créanciers publics est ainsi très élevé.

Il convient de même de tenir compte de l'absence de collaboration du prévenu avec toutes les instances avec lesquelles il a été confronté, exception faite du Juge d'Instruction.

Il y a dès lors lieu de condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement appropriée, ainsi qu'à une amende.

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.

Aux termes de l'article 579 du Code de commerce, dans les cas prévus par les articles 575, 577 et 578, la Cour ou le Tribunal saisi statueront, lors même qu'il y a acquittement 1) d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits, 2) sur les dommages-intérêts qui seraient demandés et que le jugement ou l'arrêt arbitrera.

Il convient par conséquent d'ordonner la réintégration à la masse du fax, de l'ordinateur et des deux téléphones qui ont été dissimulés et détournés.

III. AU CIVIL

A l'audience du 18 octobre 2012, Maître Steve HOFFMANN, en sa qualité de curateur de la société **SOC)**, se constitua partie civile pour et au nom de société faillie contre le prévenu **PREV)**.

Cette partie civile déposée sur le bureau du Tribunal correctionnel de Luxembourg est conçue comme suit :

Il y a lieu de donner acte au demandeur au civil de sa constitution de partie civile.

Le Tribunal est compétent pour en connaître, eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'égard du prévenu **PREV)**.

La partie civile, tout en précisant renoncer à toute indemnité de procédure, réclame le montant de 1.500 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de l'infraction, sinon à partir du 30 septembre 2009, jusqu'à solde. Ce montant est réclamé à titre de dommage matériel pour l'ordinateur, le fax, deux téléphones portables et d'autres éléments de l'actif détournés ou dissimulés.

Le Tribunal relève que si les créanciers ne peuvent se constituer individuellement partie civile puisqu'ils ne justifient pas d'un intérêt distinct de la masse et que par ailleurs, la juridiction correctionnelle romprait l'équilibre entre les créanciers de la faillite (CSJ, 9 juillet 2008, n° 353/08), il en est autrement en l'espèce, étant donné que la demande civile est formée par le curateur, qui représente la masse et pourra distribuer tout montant qu'il recouvre conformément aux privilèges et rangs de priorité dont sont investis les créanciers.

La partie civile réclame la contrevaleur des objets qui ont été frauduleusement détournés et dissimulés par le prévenu.

Il y a lieu de rappeler que la partie civile n'aura qualité pour exercer l'action civile que si elle justifie d'un intérêt, c'est-à-dire si elle établit que le dommage dont elle se plaint est la suite immédiate et directe d'un fait constituant une infraction (Cour 10 janvier 1985, P. 26, 247).

En raison de la réintégration ordonnée ci-dessus à la masse des créanciers des objets en question, la société en faillite demanderesse au civil ne subit actuellement plus de préjudice de sorte que sa demande est à déclarer irrecevable.

Il y a partant lieu de déclarer la demande civile irrecevable quant au fond.

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'encontre de **PREV)**, le demandeur au civil entendu en ses conclusions et la représentante du Ministère Public en son réquisitoire,

statuant au pénal

a c q u i t t e PREV) des infractions non retenues à sa charge,

c o n d a m n e PREV) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **DOUZE (12) mois** et à une amende de **MILLE CINQ**

CENTS (1.500) euros, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 44,32 euros,

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à **TRENTE** (**30**) jours,

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 « **(…)** » et « **(…)** », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais du contrevenant,

o r d o n n e la réintégration à la masse de la faillite **SOC)** du fax, de l'ordinateur et des deux téléphones qui ont été dissimulés et détournés,

statuant au civil

d o n n e acte à Steve HOFFMANN, pris en sa qualité de curateur de la société **SOC)**, de sa constitution de partie civile,

se **d é c l a r e** compétent pour en connaître,

d é c l a r e la demande civile **irrecevable**,

l a i s s e les frais de cette demande civile à charge de la demanderesse au civil.

En application des articles 14, 15, 16, 28, 29, 30, 60, 66, 74, 77 et 489 du Code pénal, des articles 440, 574, 577, 579 et 583, des articles 162 et 163 de la loi du 10 août 1915 et des articles 2, 3, 179, 182, 183-1, 184, 185, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195 et 196 du Code d'Instruction Criminelle, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Henri BECKER, vice-président, Elisabeth EWERT, premier juge, et Jean-Luc PÜTZ, juge, et prononcé en audience publique du jeudi, 8 novembre 2012 au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Henri BECKER, vice-président, assisté de Mike SCHMIT, greffier, en présence de Max BRAUN, substitut du Procureur d'Etat, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.