Jugt no / 2007

AUDIENCE PUBLIQUE DU 7 JUIN 2007

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

dans la cause du Ministère Public contre

publication

défaut

1. P.1.),
ex.p. né le **(…)** à **(…)** (France),
étr. demeurant **(…)**, L-**(…)**,

2. P.2.),
suspension pron. né le **(…)** à **(…)** (Italie),
étr. demeurant **(…)**, F-**(…)**,

\- **p r é v e n u s -**

en présence de:

Maître Aline ROSENBAUM, avocat à la Cour, demuerant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** s.à r.l., ayant eu son siège social à **(…)**,

partie civile constituée contre les prévenus **P.1.)** et **P.2.)**, préqualifiés;

F A I T S :

Par citation du **2 octobre 2006**, Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis les prévenus de comparaître à l'audience publique du **18 décembre 2006** devant le tribunal correctionnel de ce siège, pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

P.1.) : princ. banqueroute frauduleuse, subs. abus de biens sociaux; banquroute simple ; chèque sans provision ;
P.2.) : banquroute simple, chèque sans provision.

A l'audience publique du **18 décembre 2006,** l'affaire fut contradictoirement remise. Par nouvelle citation du 24 janvier 2007, les prévenus furent requis de comparaître à l'audience publique du 8 février 2007, date à laquelle l'affaire fut contradictoirement remise à l'audience publique du 3 mai 2007.

A l'audience publique du 3 mai 2007, Madame le vice-président constata l'identité du prévenu **P.2.)** et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal.

Le prévenu **P.1.)** ne comparut pas.

Le témoin **T.1.)** fut entendu en ses déclarations orales, après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du code d'instruction criminelle.

Le prévenu **P.2.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Anine ROSENBAUM, avocat, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC.1.)** s.a., anciennement **SOC.1'.)** s.à r.l. se constitua partie civile contre les prévenus **P.1.)** et **P.2.)**, préqualifiés, défendeurs au civil. Elle donna lecture des conclusions écrites qu'elle déposa ensuite sur le bureau du tribunal et qui furent signées par Madame le vice-président et par le greffier.

Maître Henri DUPONG, avocat, demeurant à Luxembourg, exposa plus amplement les moyens de défense du prévenu **P.2.).**

La représentante du Ministère Public, Madame Sandra KERSCH, substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et conclut à la condamnation par défaut du prévenu **P.1.)** et à la condamnation du prévenu **P.2.)**.

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

J U G E M E N T qui suit:

Vu l'ordonnance de renvoi rendue par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du **24 mai 2006** et la citation à prévenus du **2 octobre 2006 (not. 10518/2000CD)** régulièrement notifiées.

Le prévenu **P.1.)**, quoique régulièrement cité, ne comparut pas à l'audience. Il convient donc de statuer par défaut à son égard.

Quant au moyen tiré de la violation de l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme pour non-respect du délai raisonnable :

Le défenseur du prévenu **P.2.)** a fait valoir que le délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme n'aurait pas été respecté en l'espèce, alors que les faits reprochés à **P.2.)** remontent à plus de dix ans.

Aux termes de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ''toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial.''

Cependant, ni l'article 6-1 de ladite Convention ou une loi nationale ne précisent les effets que le juge du fond devrait déduire d'un dépassement qu'il constaterait du délai raisonnable.

P.2.) demande en premier lieu que la poursuite dirigée contre lui soit déclarée irrecevable.

Il incombe à la juridiction du jugement d'apprécier, à la lumière des données de chaque affaire, si la cause est entendue dans un délai raisonnable, et, dans la négative, de déterminer les conséquences qui pourraient en résulter.

Selon une jurisprudence belge constante, les conséquences qui résulteraient du dépassement raisonnable doivent être examinées d'une part, sous l'angle de la preuve et d'autre part, sous l'angle de la sanction pénale qu'il y a lieu de rattacher à ces faits (Cass. Belge, 24.01.1990, Pas. 1990, I, p.607 ; Cass.belge, 27.05.1990, RDP 1992, p.998 ; TA Lux., n°409/95 du 22.02.95).

Le point de départ du délai se situe à la date où une personne se trouve accusée, cette date pouvant être suivant le cas celle de l'ouverture des enquêtes préliminaires, de l'inculpation ou de l'arrestation (cf. Cour d'Appel, 12 juillet 1994, arrêt n°273/94).

En l'espèce, les faits reprochés au prévenu se sont passés entre 1995 et 1996. Après le dépôt du rapport du curateur en date du 30 juin 1998 et après une enquête préliminaire, le juge d'instruction a été saisi en date du 14 juin 2000. Une commission rogatoire internationale a dû être effectuée. Le dossier a été clôturé par le juge d'instruction en date du 25 novembre 2005. Le 24 mai 2006, la chambre du conseil a ordonné le renvoi de la présente affaire devant une chambre correctionnelle. L'affaire avait paru une première fois à l'audience du 18 décmbre 2006 et a subi deux remises pour paraître utilement à l'audience du 3 mai 2007.

Le caractère raisonnable de la procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et non in abstracto (cf. S.GUINCHARD, J.BUISSON, Procédure pénale, n°377, p.263, Litec). Trois critères se sont dégagés de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour apprécier le délai raisonnable d'un procès, à savoir la complexité de l'affaire, le comportement du délinquant et, enfin, le comportement des autorités nationales.

La présente espèce est sans aucun doute d'une certaine complexité ayant nécessité une enquête laborieuse au cours de laquelle des commissions rogatoires internationales ont dû être exécutées.

En l'espèce, l'enquête a nécessité presque sept années, ce qui constitue une durée anormale, même si les faits sont d'une certaine complexité et même si des devoirs à l'étranger ont dû être accomplis.

Compte tenu des développements qui précèdent, le tribunal estime qu'un laps de temps important s'est écoulé depuis le début de l'instruction jusqu'à l'audience publique, à savoir plus de dix années. Il y a dès lors lieu de retenir que le délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme, n'a pas été respecté.

Ce délai déraisonnable a eu pour conséquence que le prévenu a été pendant tout ce délai dans l'incertitude quant au sort réservé à son affaire, respectivement à l'issue incertaine du procès.

Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré du dépassement du délai raisonnable est fondé. Avant de se prononcer sur les conséquences liées à cette constatation, il y a lieu d'analyser les préventions qui sont reprochées au prévenu.

AU PENAL :

Le Ministère Public reproche au prévenu **P.1.)** d'avoir, en sa qualité d'administrateur, sinon de dirigeant de fait de la société **SOC.1.)** s.a., anciennement **SOC.1'.)** sàrl, déclarée en faillite par jugement du tribunal de commerce en date du 13 juin 1997, commis l'infraction de banqueroute frauduleuse par détournement ou dissimulation d'actif, sinon d'abus de biens sociaux et d'avoir commis, dans la même qualité, l'infraction de banqueroute simple par les faits de ne pas avoir fait l'aveu la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements et de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés) et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers.

Il est encore reproché au prévenu **P.1.)** d'avoir émis un chèque sans provision.

Le Ministère Public reproche au prévenu **P.2.)** d'avoir, en sa qualité d'administrateur-délégué, sinon de dirigeant de fait de la société **SOC.1.)** s.a., anciennement **SOC.1'.)** sàrl, déclarée en faillite par jugement du tribunal de commerce en date du 13 juin 1997, d'avoir commis, l'infraction de banqueroute simple par les faits de ne pas avoir fait l'aveu la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements et de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 (actuellement article 11 suivant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés) et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers.

Il est encore reproché au prévenu **P.2.)** d'avoir émis un chèque sans provision.

GENERALITES

Les infractions de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple supposent l'une et l'autre que l'auteur des faits incriminés est commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il est en état de cessation de paiements, 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).

Le juge répressif, pour la déclaration de la banqueroute, et le juge commercial, pour la déclaration de faillite, doivent apprécier les mêmes faits, selon les mêmes critères, à savoir : la qualité de commerçant, l'état de cessation des paiements et l'ébranlement du crédit. Ils le font indépendamment l'un de l'autre et sans être liés par la décision de l'autre.

Il faut que le prétendu banqueroutier soit commerçant.

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 (cf. G. SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, sub art 489-490, n°10 et références citées).

En effet, une société ne pouvant commettre des infractions, ce sont les personnes physiques par lesquelles elle agit qui sont, dans la réalité, les auteurs des infractions et qui doivent être poursuivies. Pour condamner l'organe de la société faillie, le juge n'a pas à constater, dans son chef, la qualité de commerçant failli (Cass. belge, 20.02.1956, Pas. b. 1956, I, p.633 ; Trib. Arr.lux., 02.12.1987, n°2022/87).

Il appartient 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.

Ainsi, l'administrateur d'une société anonyme en état de faillite est légalement déclaré banqueroutier, dès lors qu'il a commis des faits constitutifs de la banqueroute, en qualité d'organe de la société et relativement à la gestion de celle-ci (Cass. belge 13 mars 1973, Pas. 1973, I, p. 661).

Suivant extrait du Mémorial, les gérants de la société **SOC.1'.)** sàrl étaient **P.2.)** ainsi que la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** dont **P.1.)** était le gérant. Le 8 octobre 1996, la société à responsabilité limitée **SOC.1'.)** a changé les forme et dénomination sociales pour devenir la société anonyme **SOC.1.)**. **P.2.)** et **P.1.)** ainsi que **A.)** ont été nommés administrateurs de la société, fonction de laquelle ils n'ont démissionné que le 28 avril 1997, soit peu avant le jugement déclaratif de faillite et partant en cours de la période suspecte.

En ces qualités , les deux prévenus devront être considérés comme auteurs des faits qui leur sont actuellement reprochés par le Ministère Public.

L'action publique du chef de banqueroute frauduleuse et simple est indépendante de toute déclaration de faillite en matière commerciale (G.SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, T.I, art 489-490), de sorte qu'il convient tout d'abord de constater si la société **SOC.1.)** se trouve effectivement en état de faillite.

Le juge répressif trouve en effet son pouvoir de constater la faillite dans les poursuites dont il est saisi et sans qu'il soit tenu par un jugement du tribunal de commerce, ce qui enlèverait toute liberté pour rechercher et apprécier l'état légal de la faillite, c'est-à-dire l'élément constitutif de la banqueroute sur l'existence de laquelle il est appelé à statuer. Aussi ne peut-il pas, sur les déclarations du prévenu relatives aux conditions d'incrimination, se borner à invoquer le caractère définitif d'une décision déclarative même si le prévenu était réellement en faillite (Bruxelles 18 janvier 1956, J.T. 1956, p. 513 et suiv. et Cass. belge, 18 avril 1956, id.).

La date du 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 (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. 1975, I, p.796).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause par le Ministère Public ainsi que du rapport du curateur de la faillite, il faut constater que la société **SOC.1.)** s.a. est effectivement en état de faillite.

Ainsi, en faisant assigner en faillite la société **SOC.1.)** s.a., un de ses créanciers, la société à responsabilité limitée **SOC.3.)** n'accordait plus aucun délai de paiement à la société. En effet, la société **SOC.1.)** avait été condamnée à payer à la société **SOC.3.)** sàrl la somme de 567.185.- francs.

Lorsque le curateur s'est rendu au siège social de la société en date du 16 juin 1997, un procès-verbal de carence a dû être dressé, alors qu'il n'y avait plus d'actif mobilier appartenant à la société faillie.

Il résulte du rapport d'activité du curateur Maître Aline ROSENBAUM du 30 juin 1998 que les céances des organismes publics s'élevaient à 936.678.- francs. Les créances des fournisseurs acceptées lors de la vérification des créances d'élevaient à 4.011.870,50.-francs tandis que le montant des créances provisoirement contestées s'élevaient à 8.279.866.- francs + 66.231,13 .- francs français.

D'autre part, les salariés avaient été licenciés au moment de la transfromation de la société **SOC.1'.)** sàrl en **SOC.1.)** s.a.. La société n'avait plus de réelle activitè à partir de l'automne 1996. A cette époque, le matériel d'exploitation a été cédé à la société **SOC.4.)**. La société **SOC.1.)** s.a. était ainsi devenue incapable de générer un chiffre d'affaire et à plus forte raison un bénéfice, qui lui aurait permis de réduire le passif.

Au vu du passif élevé de la société **SOC.1.)** s.a., il faut constater qu'il y a eu ébranlement du crédit commercial.

La cessation de paiement est d'ailleurs justement définie comme étant l'impossibilité ou le refus du débiteur de remplir ses engagements (R.P.D.B. verbo « Faillite et Banqueroute », n° 71).

Pour qu'il y ait cessation de paiement constitutive de la faillite, il n'est pas requis que la défaillance du débiteur soit générale, il suffit qu'il ne parvienne pas à se maintenir à flot (Cour d'appel Bruxelles, 23 janvier 1981, Pas. 1981, II, p. 36). L'ébranlement du crédit constitutif de la faillite doit être considéré comme constant

lorsque le débiteur a recouru à des moyens frauduleux pour en retarder la révélation (Bruxelles, 23 janvier 1981, Pas. 1981, I, p. 36).

L'époque de la cessation des paiements doit être déterminée. En effet, la date retenue par le jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par cette juridiction de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. I, p. 796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 601/87, doc. Crédoc), 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 (G. Schuind, op. cit., p. 438-N).

Dans le jugement de faillite du 13 juin 1997, le tribunal a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 13 décembre 1996. Au vu des éléments du dossier répressif, il y a lieu de maintenir la date de cessation de paiements au 13 décembre 1996.

A. QUANT AU PREVENU P.1.)

I. Banqueroute frauduleuse par détournement ou dissimilation d'actif, subsidiairement abus de biens sociaux

Il est reproché à **P.1.)** d'avoir vendu trois véhicules automoteurs ainsi que de l'outillage ayant appartenu à la société en faillite. Devant al police il a déclaré que la vente aurait eu lieu en janvier 1997 et qu'il aurait obtenu pour l'ensemble du matériel un prix de vente de 1 million de francs. Entendu par le juge d'instruction en date du 15 novembre 2005, **P.1.)** a déclaré qu'il aurait été d'avis que l'argent aurait été affecté au paiement des arriérés de salaires.

D'après les factures, la vente des véhiucles aurait eu lieu le 7 octobre 1996. Or, l'enquête a permis d'établir que les factures ont été antidatées. Il ressort également du dossier répressif que les trois voitures étaient encore immatriculées au nom de la société **SOC.1'.)** jusqu'au 13, respectivement 14 février 1997.

Il résulte du rapport n°2000/80337/1277-2001/4/500 de la police judiciaire, section économique et financière, qu'il n'existe aucune trace des trois paiements qui auraient été faits par la société **SOC.4.)** en contrepartie lors de l'acquistion des voitures et du matériel.

Aux termes de l'article 577 du code de commerce, sera déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui a détourné ou dissimulé une partie de son actif.

Tout acte de disposition volontaire accompli sur le patrimoine du débiteur après la cessation des paiements, en fraude des droits des créanciers, constitue le délit de banqueroute par détournement d'actif (Cass fr. 11 mai 1995, JCP 1995, IV, no 2053).

Deux éléments constitutifs composent la banqueroute frauduleuse, à savoir :

- un élément matériel – acte de détournement ou de dissimulation d'une partie de l'actif

- un élément moral – une intention dolosive caractérisée

Il s'agit du détournement d'une partie de l'actif sans substitution d'une contre-valeur, tandis que dans le cadre de l'abus de confiance, l'auteur intervertit la possession d'une chose qui lui a été confiée à titre précaire (cass. Belge, 28 avril 1981, Pas belge 1981, I, 1984).

En principe les détournements commis avant l'époque de la cessation de paiement seront qualifiés d'abus de biens sociaux et ceux réalisés après la cessation des paiements, de banqueroute, sauf si les détournements en cause ont conduit à la cessation des paiements. Si les faits peuvent recevoir la qualification d'abus de biens sociaux et de banqueroute, c'est la qualification de banqueroute qui devra être retenue en vertu du principe de la spécialité (pour une synthèse de la jurisprudence: Eva JOLY, op. cit., page 44 à 47).

L'élément matériel requis pour l'application de l'article 577 du Code de commerce est dès lors établi. Quant à l'élément moral de l'infraction de banqueroute frauduleuse, le dol spécial, il s'agit de l'intention frauduleuse. Celle-ci consiste dans le fait de soustraire volontairement une partie de l'actif de la société au gage des créanciers.

Il y a lieu de relever que le détournement et la dissimulation font, en fait, présumer l'intention frauduleuse (J. SPREUTELS, La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse, n° 32, p. 439 K). De même, l'intention frauduleuse peut être déduite légalement de la circonstance que le désordre dans la comptabilité et dans les comptes annuels d'un commerce était si considérable qu'il ne peut avoir été causé que volontairement pour donner lieu à des faits constituant la prévention de banqueroute frauduleuse (Cass., 28.4.1981, I, p. 984).

En matière de banqueroute frauduleuse, il incombe ainsi au prévenu, s'il nie le détournement de prouver qu'il a affecté ces fonds à la réalisation de l'objet social de la société (cass. bel. 13 mars 1973, Pas 1973, I, 661).

Le prévenu **P.1.)** n'a pas été en mesure de donner des informations précises au sujet de l'affectation du prix de vente. Il a affirmé auprès du juge d'instruction que d'après lui, des arriérés de salaires auraient été réglés, mais il ressort des élémenst de l'enquête que tel n'a pas été le cas.

La mauvaise foi du prévenu est ainsi établie alors qu'il ne pouvait pas ignorer que le fait de vendre ces véhicules consistait à dépouiller la société de son actif.

Au vu de ce qui précède, il est établi que le prévenu a détourné le prix de vente des trois voitures et les outillages ayant appartenu à la société **SOC.1'.)**.

Il résulte de ce qui précède que l'infraction libellée à titre principal est à retenir à l'encontre de **P.1.)**.

II. Banqueroute simple

1. Quant au fait de banqueroute simple par la non tenue des livres prescrits par le code de commerce

La tenue d'une comptabilité soit dans un livre-journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, relève de la responsabilité du dirigeant, en l'occurrence du gérant de la société.

La curatrice indique dans son rapport d'activité du 30 juin 1998 ainsi que lors de l'audience publique du 3 mai 2007 qu'elle a seulement pu récupérer un document constituant un projet de comptes généraux pour l'année 1995. Aucun bilan n'a été déposé. Il n'y a pas eu de comptabilité au sens du code de commerce.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 al. 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), de sorte que l'infraction est caractérisée.

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultatif prévu par l'article 574 al. 6 du Code de commerce.

Il s'ensuit que la prévention telle que libellée par le Ministère Public est établie et doit être retenu à charge de **P.1.)**.

2. Quant au fait de banqueroute simple par l'absence d'aveu de l'état de cessation de paiements endéans le délai légal

Il incombe à tout commerçant, respectivement à tout gérant de société, de faire dans le mois de la survenance de la cessation des paiements l'aveu de la cessation des paiements.

L'omission de l'aveu de cessation des paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour d'appel lux. 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibérée ou le résultat d'une simple négligence (en ce sens Cour 12 juillet 1994, n° 270/94).

La loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif. Sa responsabilité pénale pourra ainsi être recherchée, peu importe si l'absence d'aveu a ou non accru le dommage.

Il ressort de l'ensemble des éléments du dossier répressif que **P.1.)** a négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu dès le moment où les difficultés financières de la société étaient devenues insurmontables.

Il y a partant lieu de retenir que **P.1.)** a violé l'article 574.4 du Code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal.

III. Chèque sans provision

Au vu des éléments du dossier répressif, il faut constater que cette prévebtion est également établie à charge de **P.1.)**. Il a en effet émis le 29 novembre 1996 un chèque d'un compte ouvert à la **BQUE.1.)** au nom de la société **SOC.1.)** S.A. sur le monatnt de 42.341,31.- francs français en n'ignorant pas que ce compte ne disposait pas d'une provision préalable, suffisante et disponible.

Au vu de ce qui précède, le prévenu **P.1.)** est **convaincu** des infractions suivantes, à savoir :

en sa qualité d'administrateur et de dirigeant de fait de la société anonyme SOC.1.) s.a., anciennement SOC.1'.) s.à r.l., déclarée en état de faillite en date du 13 juin 1997, ayant eu son siège social à (…), sinon à (…), sinon en sa qualité de gérant, sinon de dirigeant de fait de la société SOC.1'.) s.à r.l.,

partant comme auteur ayant commis lui-même les infractions,

<u>I. Banqueroute frauduleuse par détournement d'actif</u>

vers la fin de l'année 1996, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

d'avoir posé un acte de banqueroute frauduleuse en vertu de l'article 577,2° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal,

à savoir, d'avoir détourné une partie de l'actif, à savoir les véhicules automoteurs suivants :
VW, immatriculé (…) (L),
Renault, immatriculé (…) (L),
Renault, immatriculé (…) (L),

ainsi que l'outillage appartenant à la société en faillite,

<u>II. Banqueroute simple</u>

à Luxembourg et ailleurs dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

1. à partir du 13 décembre 1996, à Luxembourg, Palais de Justice, au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, d'avoir posé un acte de banqueroute simple en vertu de l'article 574,4° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, à savoir de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois prescrit par l'article 440 du Code de commerce,

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements au plus tard le 13 décembre 1996,

2. à partir du 6 janvier 1995, à Luxembourg et ailleurs dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, d'avoir posé un acte de banqueroute simple en vertu de l'article 574,6° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 du Code de commerce, d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers n'offrant pas la véritable situation active et passive de la société,

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 précité et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers et n'offrant pas la véritable situation active et passive de la société ;

<u>III. Chèque sans provision</u>

le 29 novembre 1996, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 61 de la loi du 14 mars 1968 sur le chèque,

d'avoir sciemment émis un chèque sans provision préalable, suffisante et disponible,

en l'espèce, d'avoir émis le chèque numéro (…) du compte numéro (…) ouvert à la BQUE.1.) au nom de la société SOC.1.) s.a. sur le montant de 42.341,31 francs français, sans que sur ce compte ne figurait une provision préalable, suffisante et disponible.

Quant à la peine à prononcer

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.

L'infraction de banqueroute frauduleuse est punie de la peine de réclusion de cinq à dix ans selon l'article 489 du Code pénal.

Par suite de la décriminalisation opérée par ordonnance de renvoi, cette infraction sera punie d'un emprisonnement de trois mois au moins.

L'infraction à l'article 61 de la loi modifiée du 14 mars 1968 sur le chèque est sanctionnée d'une peine d'emprisonnement de un mois à deux ans et d'une amende de 251 euros à 15.000 euros.

Les infractions retenues sub II1) et II 2) constituent deux cas de banqueroute simple facultative prévus par l'article 574 alinéas 4 et 6 du Code de commerce.

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 (cf 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 (cf. R.P.D.P.op.cit n°2591 et 2592).

En tenant compte de la conjugaison des deux fautes, le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

L'infraction retenue sub) I constitue un cas de banqueroute frauduleux prévu par l'article 577 du Code de commerce.

Entre deux faits de banqueroute simple et un fait de banqueroute frauduleuse il n'y a ni concours matériel, ni concours idéal ; il n'y a qu'une seule infraction perpétrée, dans la première hypothèse, par deux faits de négligence, et dans la seconde hypothèse, par un fait de fraude, et compromettant un seul et même intérêt, l'intérêt des créanciers du failli (R.P.D.B. op. cit. n° 2560et références y citées).

Ainsi les préventions de banqueroute retenues sub I) et sub II1) et II2) ne constituent qu'une seule infraction, laquelle se trouve en concours réel avec la prévention sub III de sorte qu'il y a lieu d'appliquer l'article 60 du Code pénal.

Eu égard à la gravité des faits commis par **P.1.)**, il y a lieu de le condamner à une peine d'emprisonnement de 18 mois.

B. QUANT AU PREVENU P.2.)

I. Banqueroute simple

Quant au fait de banqueroute simple par la non tenue des livres prescrits par le code de commerce.

La tenue d'une comptabilité soit dans un livre-journal unique, soit dans un système de journaux auxiliaires spécialisés, relève de la responsabilité du dirigeant, en l'occurrence du gérant de la société.

Comme il a été exposé ci-avant, la curatrice indique dans son rapport d'activité du 30 juin 1998 ainsi que lors de l'audience publique du 3 mai 2007 qu'elle a seulement pu récupérer un document constituant un projet de comptes généraux pour l'année 1995. Aucun bilan n'a été déposé. Il n'y a pas eu de comptabilité au sens du code de commerce.

Pour ce qui est de l'application de l'article 574 al. 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), de sorte que l'infraction est caractérisée.

Ces faits constituent un cas de banqueroute simple facultatif prévu par l'article 574 al. 6 du Code de commerce.

Il s'ensuit que la prévention telle que libellée par le Ministère Public est établie et doit être retenue à charge de **P.2.)**.

Quant au fait de banqueroute simple par l'absence d'aveu de l'état de cessation de paiements endéans le délai légal

Il incombe à tout commerçant, respectivement à tout gérant de société, de faire dans le mois de la survenance de la cessation des paiements l'aveu de la cessation des paiements.

L'omission de l'aveu de cessation des paiements dans le délai légal est une infraction d'imprudence et le seul élément moral requis pour l'infraction est la simple « faute infractionnelle » qui existe dès que le fait est commis, qui est constitué par l'infraction même (Cour d'appel lux. 23 avril 1990, arrêt n° 68/90 VI), peu importe si l'absence d'aveu dans le délai légal soit délibérée ou le résultat d'une simple négligence (en ce sens Cour 12 juillet 1994, n° 270/94).

La loi sanctionne le comportement du failli qui continue son activité au risque d'augmenter le passif. Sa responsabilité pénale pourra ainsi être recherchée, peu importe si l'absence d'aveu a ou non accru le dommage.

Il ressort de l'ensemble des éléments du dossier répressif ainsi que des déclarations du prévenu **P.2.)** qu'il ne s'est pas occupé de ce qui se passait dans la société, mais que **P.1.)** s'est chargé de tout. Dès lors, **P.2.)** a négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu dès le moment où les difficultés financières de la société étaient devenues insurmontables.

Il y a partant lieu de retenir que **P.2.)** a violé l'article 574.4 du Code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal.

II. Chèque sans provision

Au vu des éléments du dossier répressif, il faut constater que cette prévention est également établie à charge de **P.2.)**. Il a en effet émis le 29 novembre 1996 un chèque d'un compte ouvert à la **BQUE.1.)** au nom de la société **SOC.1.)** S.A. sur le montant de 42.341,31.- francs français en n'ignorant pas que ce compte ne disposait pas d'une provision préalable, suffisante et disponible.

Au vu de ce qui précède, le prévenu **P.2.)** est **convaincu** des infractions suivantes, à savoir :

en sa qualité d'administrateur-délégué de la société anonyme SOC.1.) s.a., anciennement SOC.1'.) s.à r.l., déclarée en état de faillite en date du 13 juin 1997, ayant eu son siège social à (…), sinon à (…), et en sa qualité de gérant, et de dirigeant de fait de la société SOC.1'.) s.à r.l.,

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

I. Banqueroute simple

à Luxembourg, et ailleurs dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

1. à partir du 13 décembre 1996, à Luxembourg, Palais de Justice, au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, d'avoir posé un acte de banqueroute simple en vertu de l'article 574,4° du Code de Commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, à savoir de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois prescrit par l'article 440 du Code de commerce,

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements au plus tard le 13 décembre 1996,

2. à partir du 6 janvier 1995, à Luxembourg et ailleurs dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, d'avoir posé un acte de banqueroute simple en vertu de l'article 574,6° du Code de commerce, sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 du Code de commerce et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers n'offrant pas la véritable situation active et passive de la société,

en l'espèce, de ne pas avoir fait l'inventaire prescrit par l'article 9 précité et d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets et irréguliers et n'offrant pas la véritable situation active et passive de la société ;

II. Chèque sans provision

le 29 novembre 1996, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

en infraction à l'article 61 de la loi du 14 mars 1968 sur le chèque,

d'avoir sciemment émis un chèque sans provision préalable, suffisante et disponible,

en l'espèce, d'avoir émis le chèque numéro 19363310942 du compte numéro 29476/041 ouvert à la BQUE.1.) au nom de la société SOC.1.) s.a. sur le montant de 42.341,31 francs français, sans que sur ce compte ne figurait une provision préalable, suffisante et disponible.

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.

L'infraction à l'article 61 de la loi modifiée du 14 mars 1968 sur le chèque est sanctionnée d'une peine d'emprisonnement de un mois à deux ans et d'une amende de 251 euros à 15.000 euros.

Les infractions retenues sub II1) et II2) constituent deux cas de banqueroute simple facultative prévus par l'article 574 alinéas 4 et 6 du Code de commerce.

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 (cf 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 (cf. R.P.D.P.op.cit n°2591 et 2592).

En tenant compte de la conjugaison des deux fautes, le tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

Ainsi les préventions de banqueroute retenues sub I) et sub II1) et II2) ne constituent qu'une seule infraction, laquelle se trouve en concours réel avec la prévention sub III de sorte qu'il y a lieu d'appliquer l'article 60 du Code pénal.

La représentante du Ministère Public ne s'oppose pas à la suspension du prononcé à l'égard du prévenu **P.2.)**.

Le tribunal constate en effet que les conditions d'application de l'article 621 du code d'instruction criminelle sont remplies. Ainsi, le fait retenu à charge de **P.2.)** ne paraît pas de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel supérieur à deux ans et le prévenu n'a pas encore encouru de condamnation irrévocable sans sursis à une peine d'emprisonnement correctionnel ou à une peine plus grave. De plus, il a marqué son accord avec une éventuelle suspension du prononcé à l'audience du 3 mai 2007.

Au vu du dépassement du délai raisonnable et au vu du rôle moins important de **P.2.)** dans la société **SOC.1.)** S.A.,ainsi que compte tenu du fait que le prévenu déclare regretter son geste, il y a lieu de lui accorder la faveur de la suspension du prononcé.

Conformément à l'article 583 du Code de commerce qui prévoit que les jugements rendus en vertu des articles 573 à 578 du Code de commerce doivent être publiés, il y a lieu d'ordonner que le présent ***jugement*** soit ***affiché*** en la salle d'audience du tribunal de Commerce de et à Luxembourg et qu'il y reste exposé pendant la durée de 3 mois et qu'il soit ***inséré*** par extrait dans les journaux « d'Wort » et « Tageblatt ».

AU CIVIL :

A l'audience publique du **3 mai 2007,** Maître Aline ROSENBAUM, avocat, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC.1.)** s.a., anciennement **SOC.1'.)** s.à r.l. s'est constituée partie civile contre les prévenus **P.1.)** et **P.2.)**, préqualifiés, défendeurs au civil.

Elle demande les montants suivants :

- 127.719,70 euros (créances déclarées et acceptées)
- p.m. (créances déclarées restant à vérifier, pour un montant total de 209.671,74 euros)
- p.m. (honoraire du curateur)

total : 127.719,70 euros + p.m.

Il y a lieu de donner acte à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile.

Le tribunal est en principe compétent pour en connaître, eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'égard des prévenus **P.1.)** et **P.2.)**.

Les dommages-intérêts que le tribunal peut accoder le cas échéant à la masse ne seront pas destinés à réparer le préjudice subi par les créanciers du fait de la cessation des paiements de leur débiteur, c'est-à-dire la différence entre le montant des créanciers et le dividende. La cessation de paiements n'est pas comme telle le dommage résultant de l'état de banqueroute. Les dommages-intérêts devront réparer le préjudice particulier découlant d'un ou de plusieurs faits constitutifs de banqueroute (cf A.Honorat note sous Cass.fr., 04.10.1974, D.1975, p.328).

Pour que la constitution de partie civile soit recevable, il faut un préjudice particulier distinct du montant de la créance, résultant directement de l'infraction (cf.M-C SORINDO in « Delit de banqueroute », no 200).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, alors que le curateur, représentant la masse des créanciers, réclame le montant intégral des créances. Or, il n'est pas établi que ce préjudice résulte des infractions retenues à charge des prévenus.

Il résulte de ce qui précède que la demande civile est irrecevable quant au fond.

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'égard du prévenu **P.1.)** et statuant ***contradictoirement*** à l'égard du prévenu **P.2.)**, le prévenu et défendeur au civil **P.2.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense et la représentante du Ministère Public entendue en ses réquisitions,

AU PENAL :

c o n d a m n e le prévenu **P.1.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **18 (DIX-HUIT) MOIS ,** ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 22,81 euros;

d é c l a r e le prévenu **P.2.)** convaincu des infractions retenues à sa charge ;

o r d o n n e la **suspension du prononcé de la condamnation** pour la durée de **5 (CINQ) ANS** ;

a v e r t i t le prévenu **P.2.)** qu'en cas de nouvelle infraction commise pendant le temps d'épreuve et ayant entraîné une condamnation irrévocable à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal de plus de six mois sans sursis, les peines de la première infraction seront prononcées et exécutées sans confusion possible avec celles prononcées du chef de la nouvelle infraction et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al 2 du code pénal ;

a v e r t i t le prévenu **P.2.)** que la révocation de la suspension est facultative si la nouvelle infraction commise pendant le temps d'épreuve a entraîné une condamnation irrévocable à un emprisonnement correctionnel principal sans sursis d'un mois au moins et ne dépassant pas six mois ;

c o n d a m n e le prévenu **P.2.)** aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 22,81 euros ;

c o n d a m n e les prévenus **P.1.)** et **P.2.) solidairement** aux frais de justice pour les infractions commises ensemble;

o r d o n n e que le présent ***jugement*** soit ***affiché*** en la salle d'audience du tribunal de Commerce de et à Luxembourg et qu'il y reste exposé pendant la durée de 3 mois et qu'il soit ***inséré*** par extrait dans les journaux « d'Wort » et « Tageblatt », le tout aux frais des contrevenants.

AU CIVIL :

d o n n e acte à la demanderesse au civil 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 **irrecevable**;

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

Le tout en application des articles 60, 66, 489 du code pénal; articles 8, 9, 10, 11, 574, 577 et 583 du code de commerce, article 6 de la Convention Européenne de la Sauvegarde des Droits de l'Homme; article 61 de la loi modifiée du 14.03.1968; articles 2, 3, 179, 182, 184, 186, 189, 190, 190-1, 194, 195, 621, 622 et 626-1 du code d'instruction criminelle dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Marlyse KAUFFMAN, vice-président, Simone PELLES, premier juge, et Anne-Françoise GREMLING, premier juge, et prononcé, en présence de Simone FLAMMANG, premier substitut du Procureur d'Etat, en l'audience publique dudit tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, date qu'en tête, par Madame Simone PELLES, premier juge-président, assistée du greffier Marion FUSENIG, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.