Jugt no 9 6 6 / 2 0 1 2

Notice no 16364/09/CD

AUDIENCE PUBLIQUE DU 1er MARS 2012

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

dans la cause du Ministère Public contre

publication

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

P.2.),
ex.p. née le **(…)** à **(…)** (Belgique),
étr. demeurant **(…)**, L-**(…)**,

- p r é v e n u s -

F A I T S :

Par citation du **6 septembre 2011**, Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis les prévenus de comparaître à l'audience publique du **16 novembre 2011** devant le tribunal correctionnel de ce siège, pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

Infractions aux articles 440, 573 4°, 574 4°, 574 6° et 577 2° du code de commerce ; infractions aux articles 163 et 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

A cette date, l'affaire fut remise contradictoirement et reparut utilement à l'audience publique du **7 février 2012**.

A l'audience publique du **7 février 2012**, Madame le vice-président constata l'identité du prévenu **P.1.)** et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal.

Maître Alain GROSS, avocat, demeurant à Luxembourg, demanda l'autorisation de représenter la prévenue **P.2.)**.

Le témoin Maître Marguerite RIES fut entendu en ses déclarations orales, après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du code d'instruction criminelle.

Le prévenu **P.1.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Alain GROSS, avocat, demeurant à Luxembourg, exposa plus amplement les moyens de défense des prévenus **P.1.)** et **P.2.)**.

Le représentant du Ministère Public, Monsieur Guy BREISTROFF, substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et conclut à la condamnation des prévenus **P.1.)** et **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 la citation à prévenus du **6 septembre 2011** (**not. no 16364/09/CD**) régulièrement notifiée aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)**.

Vu l'ordonnance de renvoi no 107/11 rendue par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du 19 janvier 2011, confirmée par un arrêt no 145/11 rendu en date du 11 mars 2011 par la chambre du conseil de la Cour d'appel, renvoyant **P.1.)** et **P.2.)**, moyennant circonstances atténuantes, devant une chambre correctionnelle du même tribunal du chef de l'infraction de banqueroute frauduleuse, sinon de l'infraction d'abus de biens sociaux, de différents chefs de banqueroute simple et de l'infraction de non dépôt des bilans.

Vu l'instruction menée en cause par le juge d'instruction.

Vu les rapports et procès-verbaux dressés en cause.

Le Ministère Public reproche aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)** de s'être, en avril 2006, lors de la clôture du compte courant n°**NO.1.)** de la société **SOC.1.)** s.à

r.l. inscrit dans les livres de la banque **BQUE.1.)** s.a., rendus coupables de banqueroute frauduleuse en sa qualité de gérant technique, en ce qui concerne **P.1.)** et en sa qualité de gérant administratif en ce qui concerne **P.2.)**, de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** s.à r.l., pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif social de la prédite société, notamment par l'effet de procéder au virement du montant de 266.075,44 euros, représentant le solde du compte **BQUE.1.) LU NO.1.)** appartenant à la société **SOC.1.)** s.à r.l. sur le compte privé **BQUE.1.) LU NO.2.)** dont **P.1.)** et **P.2.)** sont les titulaires, sinon, à titre subsidiaire, d'avoir, de mauvaise foi fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à celle-ci en transférant le montant de 266.075,44 euros, représentant le solde du compte **BQUE.1.) LU NO.1.)** appartenant à la société **SOC.1.)** s.à r.l. sur le compte privé **BQUE.1.) LU NO.2.)** dont **P.1.)** et **P.2.)** sont les titulaires.

Le Ministère Public reproche encore aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)** de s'être, depuis un temps non prescrit, au siège social de la société **SOC.1.)** s.à r.l., rendus coupables de l'infraction de banqueroute simple par le fait de ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire en bonne et due forme, sinon, à titre subsidiaire, par le fait d'avoir tenu les livres et inventaires de manière incomplète ou irrégulière, ainsi que de l'infraction de banqueroute simple par le fait de ne pas avoir, en l'absence d'inventaire en bonne et due forme, justifié de l'emploi du capital social.

Le Ministère Public reproche en outre aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)**, de s'être, depuis un temps non-prescrit, au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, rendus coupables de l'infraction de banqueroute simple par le fait de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai imparti.

Le Ministère Public finalement aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)** d'avoir, depuis le 1er août 2007, au registre de commerce et des sociétés à Luxembourg, omis de procéder à la publication de l'inventaire, du bilan et du compte de profits et pertes de l'année 2006 dans le délai légal.

1. Les faits :

Les éléments du dossier répressif, l'instruction à l'audience publique du 7 février 2012, ainsi que les déclarations du témoin, Maître Marguerite RIES, ont permis d'établir les faits suivants :

La société à responsabilité limité **SOC.1.)** s.à r.l. a été constituée par acte notarié du 22 avril 1988 sous la dénomination de **P.1.)** s.à r.l..

Par acte notarié du 6 décembre 2005, la société **P.1.)** s.à r.l. a changé sa dénomination sociale en celle de **SOC.1.)** s.à r.l..

Par acte notarié du 20 juin 2006, tant **P.1.)** que **P.2.)** ont chacun cédé au prix d'un euro l'intégralité de ses 625 parts sociales à **A.)**.

Le 22 mai 2008, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a prononcé la liquidation judiciaire de la société **SOC.1.)** s.à r.l. pour infractions à la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. En effet, depuis le 25 juin 2006, date de dépôt du bilan du 31 décembre 2005, aucun bilan ou compte de profits et pertes approuvé par l'assemblée générale n'a été déposé au registre de commerce et des sociétés.

Maître Marguerite RIES, nommée liquidateur de la société **SOC.1.)** s.à r.l., a fait en date du 27 janvier 2009, l'aveu de la cessation des paiements au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Par jugement commercial numéro 104/09 rendu en date du 28 janvier 2009 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la société **SOC.1.)** s.à r.l., en dissolution et liquidation judiciaire, a été déclarée en faillite et Maître Marguerite RIES a été nommée curateur de la faillite.

Maître Marguerite RIES a rédigé son rapport d'activité en date du 23 mars 2009.

2. En droit :

2.1. Quant aux conditions de la banqueroute :

Les infractions de banqueroute frauduleuse et simple supposent que l'auteur des faits incriminés est commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il est en état de cessation de paiement, c'est-à-dire de faillite. Ces deux conditions doivent, à peine de nullité, être expressément et explicitement constatées par les juridictions répressives. (Garraud, Traité du Droit pénal français, t.6, n°2667).

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.)** s.à r.l. se trouve effectivement en état de faillite.

Le juge répressif, pour la déclaration de 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.

a) la qualité de commerçant :

En principe, seuls les commerçants peuvent être déclarés en état de faillite.

Les dirigeants de personnes morales peuvent cependant, 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).

En l'espèce, il résulte du mémorial C n°1708 du 13 septembre 2006 que par acte notarié du 20 juin 2006, **P.1.)**, en sa qualité de gérant technique, et **P.2.)**, en sa qualité de gérant administratif, ont cédé l'intégralité du capital social représenté par 1.250 parts à **A.)**.

Cependant, **P.1.)** et **P.2.)** n'ont pas démissionné en leur qualité de gérant technique, respectivement de gérant administratif.

P.1.) et **P.2.)**, sans être pour autant considérés comme commerçants, peuvent partant être déclarés banqueroutiers en leur qualité de dirigeants de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** s.à r.l..

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 résulte des éléments du dossier répresif et notamment de l'aveu de cessation des paiements dressés en date du 27 janvier 2009 que Maître Marguerite RIES, en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société **SOC.1.)** s.à r.l. en dissolution et liquidation judicaire, a déclaré que la prédite société a cessé ses paiements.

Il résulte de plus du rapport d'activité du curateur que le passif de la société **SOC.1.)** s.à r.l. s'élève à 229.049,27 euros pour un actif inexistant, de sorte que le passif social était tel qu'il était impossible de l'honorer.

La société **SOC.1.)** s.à r.l. avait dès lors cessé ses paiements.

L'**ébranlement du crédit** peut provenir tant de l'impossibilité d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes, c'est-à-dire pour mettre fin à la cessation de paiements, que du refus des créanciers d'accorder des délais de paiement ; l'ébranlement du crédit implique un élément supplémentaire à la cessation de paiement, qui est le refus de tout crédit par les créanciers, par les fournisseurs et par les bailleurs de fonds, en raison d'une carence notoire (TA Lux. (com.), 7 juin 1985, faillite n° 31/85 ; TA Lux (com.), 20 juin 1986, n° 36964 du rôle). Ainsi, l'ébranlement du crédit, qui n'est qu'une modalité que la cessation des paiements doit revêtir pour justifier une déclaration de faillite, peut provenir tant de l'impossibilité pour le créancier d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes que du refus des créanciers de lui accorder des délais de paiement (TA Lux., 29 janvier 1988, n° 57/88).

Tel que précisé ci-avant, la société **SOC.1.)** s.à r.l. n'avait plus aucun actif.

Il en résulte que la société **SOC.1.)** s.à r.l. se trouvait également en état d'ébranlement de crédit et par voie de conséquence en état de faillite.

c) L'époque de la cessation des paiements :

Enfin, 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 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. I, p.796 ; Trib. Lux 26 mars 1987, n°601/87 doc. Credoc), 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).

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

Le jugement déclaratif de faillite numéro 104/09 du 28 janvier 2009 avait fixé provisoirement l'époque de la cessation des paiements au 28 juillet 2008.

Il résulte des éléments du dossier répressif et notamment des documents relatifs au compte courant numéro **NO.1.)** ouvert au nom de la société **SOC.1.)** s.à r.l. qu'en date du 6 avril 2006 le prédit compte a été clôturé et le solde a été transféré vers le compte numéro **NO.2.)** ouvert au nom de **P.1.)** et **P.2.)**.

A partir de ce moment, la société **SOC.1.)** s.à r.l. ne disposait plus d'aucun actif.

Il convient dès lors de fixer la date de la cessation des paiements au 6 avril 2006.

2.2 Quant aux infractions libellées à charge du prévenu :

a) Banqueroute frauduleuse :

Le Ministère Public reproche à **P.1.)** et **P.2.)** de s'être, en avril 2006, lors de la clôture du compte courant n°**NO.1.)** de la société **SOC.1.)** s.à r.l. inscrit dans les livres de la banque **BQUE.1.)** s.a., rendus coupables de banqueroute frauduleuse en sa qualité de gérant technique, en ce qui concerne **P.1.)**, et en sa qualité de gérant administratif, en ce qui concerne **P.2.)**, de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** s.à r.l., pour avoir détourné ou dissimulé une partie de l'actif social de la prédite société, notamment par l'effet de procéder au virement du montant de 266.075,44 euros, représentant le solde du compte **BQUE.1.) LU NO.1.)** appartenant à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** s.à r.l. sur le compte privé **BQUE.1.) LU NO.2.)** dont **P.1.)** et **P.2.)** sont les titulaires, sinon, à titre subsidiaire, d'avoir, de mauvaise foi fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à celle-ci en transférant le montant de 266.075,44 euros, représentant le solde du compte **BQUE.1.) LU NO.1.)** appartenant à la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** s.à r.l. sur le compte privé **BQUE.1.) LU NO.2.)** dont **P.1.)** et **P.2.)** sont les titulaires.

Lors de son audition en date du 16 décembre 2009 par les agents de police, **P.1.)** a déclaré que le solde après impôts, à savoir le montant de 184.354,39 euros a été viré sur son compte privé numéro **LU NO.2.)** auprès de la **BQUE.1.)**.

Par devant le juge d'instruction en date du 7 décembre 2010, **P.1.)** a confirmé ses déclarations en précisant que 20% du solde de 266.075,44 euros ont été payés aux impôts.

Il résulte d'un courrier de la **BQUE.1.)** du 9 juin 2009, et notamment des pièces y annexées, que le solde total de 266.073,44 euros a été viré sur le compte privé des époux **P.1.)-P.2.)**.

Finalement, de la pièce intitulée « Relevé compte 05.04.06.09.24 page 1 **SOC.1.)** S.à r.l. » résulte la mention manuscrite suivante : *« Bonjour, veuillez svpl liquider le présent compte ainsi que tout autre cpt ou sous-compte éventuel, pour le crédit du cpt **LU NO.2.)** de M et Mme **P.1.)-P.2.)**. La société **SOC.1.)** s.à r.l. n'existera plus dans les prochains jours. Merci ».*

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.

A l'audience publique du 7 février 2012, le mandataire des prévenus **P.1.)** et **P.2.)** a contesté qu'il y aurait eu détournement au préjudice de la société **SOC.1.)** s.à r.l.. En effet, le montant viré sur le compte privé des époux **P.1.)-P.2.)** aurait été légitime, alors qu'il aurait constitué le bénéfice de la société.

Il résulte néanmoins des éléments du dossier répressif et notamment des jugements pris à l'encontre de la société **SOC.1.)** s.à r.l. qu'il aurait dû y avoir

des provisions en raison de vices et malfaçons existant dans deux résidences, et plus particulièrement le montant de 60.538,77 euros en ce qui concerne la résidence **RES.1.)** et le montant de 139.633,46 euros en ce qui concerne la résidence **RES.2.)**.

Le tribunal retient dès lors qu'il y a eu détournement de l'actif de la société **SOC.1.)** s.à r.l..

Si ce détournement a eu lieu avant la cessation de paiement, il est incontestable qu'il a conduit à celle-ci

Les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** sont dès lors à retenir dans les liens de l'infraction mise à leur charge sub A) 1) à titre principal par le Ministère Public.

Comme cependant uniquement 219.986,84 euros furent virés sur le compte privé des époux **P.1.)-P.2.)**, l'infraction n'est établie que pour ce montant.

b) Banqueroute simple pour défaut de tenir les livres de commerce et l'inventaire prévus par le code de commerce :

Le Ministère Public reproche aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)** de s'être rendus coupables de l'infraction de banqueroute simple par infraction à l'article 574 6° du code de commerce, combiné à l'article 489 du code pénal, pour ne pas avoir tenu les livres de commerce et l'inventaire prévus par la loi sur les sociétés commerciales, sinon, à titre subsidiaire, pour avoir tenu les livres et inventaires de manière incomplète ou irrégulière.

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 de la société, en l'occurrence des gérants de la société **SOC.1.)** s.à r.l., **P.1.)** et **P.2.)**.

Le curateur est formel pour dire qu'il ne disposait d'aucun document comptable au sens des articles 11 et suivants du code de commerce.

Concernant l'application de l'article 574, 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.

Comme en omettant de tenir les livres comptables, les prévenus étaient dans l'impossibilité de connaître la situation financière exacte de la société et ont

pu minimiser le passif de celle-ci, ce fait de banqueroute simple facultatif est d'une gravité telle qu'il y a lieu de le retenir à leur encontre.

c) Banqueroute simple pour défaut de justifier de l'emploi du capital social :

Le Ministère Public reproche encore aux prévenus **P.1.)** et **P.2.)** de s'être rendus coupables de l'infraction de banqueroute simple par infraction à l'article 573 4° du code de commerce, combiné à l'article 489 du code pénal, pour ne pas avoir justifié, en l'absence d'inventaire en bonne et due forme, de l'emploi du capital social.

Le tribunal tient néanmoins à relever que le comportement visée par l'infraction prévue à l'article 573 4° exige qu'il y ait effectivement un inventaire (G. Schuind, Traité pratique de droit criminel, 3e édition, t.I, n°28, page 439D).

En l'occurrence, il résulte néanmoins des déclarations du curateur qu'aucun document comptable n'existait, entrainant ainsi l'inexistence d'un inventaire tel que prévu à l'article 15 du code de commerce.

Une des conditions constitutive de l'infraction à l'article 573 4° n'étant pas remplie, il y a partant lieu d'**acquitter** les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** de cette infraction mise à leur charge , à savoir :

*« comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant technique (**P.1.**)) et de gérant administratif (**P.2.**)) de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** S.àr.l. (anciennement **P.1.)** S.à r.l.), établie et ayant eu son dernier siège social à L-**(...)**, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n° B**(...)**, déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n° 104/09 (faillite n° 044/09) du 28 janvier 2009 par la IIème chambre commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,*

*B) depuis un temps non prescrit, au siège de la société **SOC.1.)** S.àr.l. (anciennement **P.1.)** S.à r.l.), établie et ayant eu son dernier siège social à L-**(...)**,*

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

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

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 »

c) Banqueroute simple pour défaut de faire l'aveu de la faillite dans le délai légal :

Il est en outre reproché à **P.1.)** et **P.2.)** de s'être rendus coupables de l'infraction de banqueroute simple par infraction à l'article 574 4° du code de commerce, combiné à l'article 489 du code pénal, en omettant de faire l'aveu de la faillite dans le mois de la survenance de la cessation des paiements.

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

Ainsi, il incombe à tout commerçant, respectivement à tout gérant, voir administrateur de société, de faire dans le mois de la survenance, 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.

Au vu des développements ci-dessus énoncés, il est établi qu'au 6 avril 2006, la situation financière de la société **SOC.1.)** s.à r.l. ne lui permettait plus de faire face à son passif. Ainsi, en laissant quotidiennement augmenter les créances accrues aux tiers et en omettant de faire l'aveu de la cessation des paiements, les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** se sont désintéressés du sort de leur société et ont volontairement négligé de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu.

Au vu de la répercussion directe de ce fait sur les droits d'éventuels créanciers chirographaires, le tribunal estime qu'il y a lieu de retenir à charge des prévenus ce fait de banqueroute simple facultatif.

d) Omission de dépôt des bilans :

Il est finalement mis à charge des prévenus **P.1.)** et **P.2.)** d'avoir omis de publier dans le délai légal les bilans de l'année 2006.

Suivant l'article 163 point 2 (ancien point 3) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales : *« Sont punis…les gérants ou*

les administrateurs qui n'ont pas soumis à l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et l'attestation de la personne chargée du contrôle ainsi que les gérants ou les administrateurs qui n'ont pas fait publier ces documents et ce en infraction aux prescriptions respectives des articles 75, 132, 197 et 341 de la …loi (du 10 août 1915) et l'article 79 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ».

L'article 75 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises exige que le dépôt des bilans se fasse dans le mois de leur approbation.

L'infraction à l'article 163 telles que libellée à charge des prévenus est réputée commise à l'expiration du délai prévu pour l'accomplissement du devoir de publication incombant aux gérants ou administrateurs.

Le tribunal constate néanmoins que les bilans relatifs à l'exercice 2006 n'ont pas été déposé conformément aux exigences des articles 163 et 252 de la prédite loi du 10 août 1915.

Les infractions prévues à l'article 163 point 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales constituent un délit purement matériel qui existe par le seul fait de l'inexécution de l'acte prescrit, partant indépendamment de la volonté et de l'intention de leur auteur (Cour d'appel, chambre correctionnelle, 27 avril 1999).

L'infraction d'absence de publication de l'inventaire, du bilan et du compte profit et pertes pour l'année 2006 est partant établi dans le chef des dirigeants de droit de la société en leur qualité de représentant légal de la société **SOC.1.)** s.à r.l..

Au vu de tous les éléments qui précèdent, les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** sont partant **convaincus** des infractions suivantes, à savoir :

« ***comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant technique (P.1.)) et de gérant administratif (P.2.)) de la société à responsabilité limitée SOC.1.) S.àr.l. (anciennement P.1.) S.à r.l.), établie et ayant eu son dernier siège social à L-(...), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n° B(...), déclarée en état de faillite suivant jugement commercial n° 104/09 (faillite n° 044/09) du 28 janvier 2009 par la IIème chambre commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,***

A) en avril 2006, lors de la clôture du compte-courant N° NO.1.) de la société SOC.1.) S.àr.l. inscrit dans les livres de BQUE.1.) S.A.,

de s'être rendus coupables de banqueroute frauduleuse, pour, en infraction à l'article 577 2° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, avoir détourné et dissimulé une partie de l'actif social de la société à responsabilité limitée SOC.1.) S.àr.l. (anciennement P.1.) S.àr.l.) et notamment par l'effet de procéder au virement du montant de 219.986,84€, représentant le solde du compte BQUE.1.) LU NO.1.) appartenant à la société à responsabilité limitée SOC.1.) S.àr.l. (anciennement P.1.) S.àr.l.) sur le compte privé BQUE.1.) LU NO.2.) dont P.1.) et P.2.) sont les titulaires.

B) depuis un temps non prescrit, au siège de la société SOC.1.) S.àr.l. (anciennement P.1.) S.à r.l.), établie et ayant eu son dernier siège social à L-(...),

de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas avoir tenu pour la société SOC.1.) S.àr.l. 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) ;

C) depuis un temps non-prescrit, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendus coupables de banqueroute simple pour :

en infraction à l'article 440 du Code de Commerce et à l'article 574 4° du Code de commerce article 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 ;

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

en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales de ne pas avoir publié dans le délai légal l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes de l'années 2006. »

Quant à la peine :

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).

Ainsi, les infractions retenues sub B) et C) à charge des prévenus **P.1.)** et **P.2.)** se trouvent en concours réel avec les infractions retenues sub A) et sub D) à leur charge.

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 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 pourra également être prononcée en application de l'article 77 du code pénal.

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'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 est donc celle prévue pour l'infraction de banqueroute frauduleuse.

Le tribunal estime que le fait de laisser une société qui doit faire face à des revendications de créanciers privés sans moyens de subsistance est d'une gravité non négligeable qui requiert une condamnation à une peine d'emprisonnement.

Au vu des parts actives de chacun des prévenus dans la gestion de la société, le tribunal prononce à l'encontre de **P.1.)** une peine d'emprisonnement de **9 mois** et à l'encontre de **P.2.)** une peine d'emprisonnement de **4 mois**.

P.1.) et **P.2.)** n'ont pas encore subi de condamnation qui empêche le tribunal de les faire bénéficier d'un sursis à exécution et, en raison du fait que le montant détourné a été intégralement remboursé à la société **SOC.1.)** s.à r.l., ils méritent également pareille faveur.

Il y a partant lieu d'accorder à **P.1.)** et **P.2.)** la faveur du sursis quant à l'intégralité de la peine d'emprisonnement à prononcer à leur encontre.

La publication obligatoire de la condamnation prévue par la l'article 583 du code de commerce n'est pas une peine, mais une mesure de sûreté prescrite dans l'intérêt des tiers.

Cette publication est obligatoire, si bien que le tribunal ne peut omettre de la prononcer.

Il y a partant lieu d'ordonner que le présent jugement soit affiché en la salle d'audience du tribunal de commerce à Luxembourg où il restera exposé pendant la durée de trois mois et sera inséré par extrait dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt, le tout aux frais des prévenus.

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 **contradictoirement,** le prévenu **P.1.)** entendu en ses explications et moyens de défense, le mandataire des prévenus entendu en ses conclusions et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

P.1.) :

a c q u i t t e le prévenu **P.1.)** de l'infraction non établie à sa charge ;

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 **9 (neuf) mois**,

d i t qu'il sera **sursis** à l'exécution de **l'intégralité** de cette peine d'emprisonnement;

a v e r t i t le prévenu P.1.) 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 d'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la peine d'emprisonnement 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;

P.2.) :

a c q u i t t e la prévenue **P.2.)** de l'infraction non établie à sa charge ;

c o n d a m n e la prévenue **P.2.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **4 (quatre) mois**,

d i t qu'il sera **sursis** à l'exécution de **l'intégralité** de cette peine d'emprisonnement;

a v e r t i t la prévenue P.2.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, elle aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la peine d'emprisonnement 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;

c o n d a m n e les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** solidairement aux frais de leur poursuite pénale, ces frais liquidés à 73,49 euros ;

o r d o n n e que le présent jugement sera affiché en la salle d'audience du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, où il restera exposé pendant trois mois, et qu'il sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais des prévenus.

En application des articles 14, 15, 16, 28, 29, 30, 60, 66 74, 77 et 489 du code pénal, des articles 8, 9, 10, 11, 15, 440, 574 et 577 du code de commerce, des articles 162 et 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ainsi que des articles 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du code d'instruction criminelle, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Alexandra HUBERTY, vice-président, Patrice HOFFMANN, juge, et Joëlle DIEDERICH, juge, et prononcé, en présence de Sonja STREICHER, substitut du Procureur d'Etat, en l'audience publique dudit tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, date qu'en tête, par Madame le vice-président, assistée du greffier Marion FUSENIG, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.