Jugt no 9 6 8 / 2 0 1 2

Notice no 15728/09/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 (…) (…),
étr. demeurant (…), B-(…),

- p r é v e n u -

F A I T S :

Par citation du **20 septembre 2011**, Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu 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°, 576, 577 du code de commerce ; 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 ; infraction à l'article 163 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 et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal.

Le témoin Maître Emmanuel HUMMEL 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, lesquels furent plus amplement développés par Maître Hugues HIERNAUX, avocat, demeurant 165, avenue de Marlagne, B-5000 Namur.

Le représentant du Ministère Public, Monsieur Guy BREISTROFF, substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et conclut à la condamnation du prévenu **P.1.).**

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 prévenu du **20 septembre 2011 (not : 15728/09/CD)** régulièrement notifiée au prévenu **P.1.)**.

Vu l'ordonnance de renvoi no 320/11 rendue par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du 10 février 2011 renvoyant **P.1.)**, moyennant circonstances atténuantes, devant une chambre correctionnelle du même tribunal du chef de l'infraction de banqueroute frauduleuse.

Vu les procès-verbaux dressés en cause.

Le Ministère Public reproche au prévenu **P.1.)** de s'être, depuis le 17 octobre 2008, date du jugement de faillite, sinon le 17 novembre 2009, date d'un courrier de Maître Emmanuel HUMMEL, au siège de la société **SOC.1.)** s.à r.l., sinon à l'étude Maître Emmanuel HUMMEL, rendu coupable de banqueroute frauduleuse en sa qualité de gérant unique de la société **SOC.1.)** s.à r.l., pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif, notamment le véhicule OPEL MERIVA immatriculé sous le numéro (…) (L) et dont le numéro de châssis est le (…).

Le Ministère Public reproche encore au prévenu **P.1.)** d'avoir, en sa qualité de gérant unique de la société **SOC.1.)** s.à r.l. depuis le 20 juin 2005 au 17

octobre 2008, au siège social de la société **SOC.1.)** s.à r.l., 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'établissements.

Le Ministère Public reproche en outre au prévenu **P.1.)**, de s'être, depuis le 20 juin 2005 au 17 octobre 2008, au siège de la société **SOC.1.)** s.à r.l., rendu coupable 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 au prévenu **P.1.)**, de s'être, depuis un temps non-prescrit, au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, rendu coupable 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 et de ne pas avoir, à partir du 17 novembre 2009, date d'envoi d'un courrier par Maître Emmanuel HUMMEL, curateur de la société en faillite **SOC.1.)** s.à r.l., fourni les renseignements qui lui ont été demandés par le curateur.

Le Ministère Public finalement au prévenu **P.1.)** d'avoir, depuis le 1er août 2007, respectivement le 1er août 2008, au registre de commerce et des sociétés à Luxembourg, omis de procéder à la publication des bilans des années 2006 et 2007 dans le délai légal.

LES FAITS :

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

La société à responsabilité limitée **SOC.1.)** s.à r.l. a été constituée par acte notarié du 23 septembre 2004 sous la dénomination sociale « **SOC.2.)** », société ayant pour objet social le conseil en marketing et communication sous toutes ses formes ainsi que la vente d'espaces publicitaires.

Lors d'une assemblée générale extraordinaire du 20 juin 2005, la dénomination a été changée en **SOC.1.)** s.à r.l. et l'objet social consistait désormais en l'achat, l'importation, le dédouanement, l'agrément et l'immatriculation de voitures automobiles neuves ou usagées en vue de la revente et le commerce de tous produits ou services accessoires ainsi que la location et le leasing de voitures automobiles.

Par jugement commercial numéro 1236/08 rendu en date du 17 octobre 2008 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la société **SOC.1.)** s.à r.l. a été déclarée en faillite et Maître Emmanuel HUMMEL en a été nommé curateur.

Maître Emmanuel HUMMEL a rédigé son rapport d'activité en date du 29 mars 2010.

EN DROIT :

1. Quant à l'irrecevabilité des poursuites :

Le mandataire du prévenu **P.1.)** a soulevé à l'audience publique du 7 février 2012, l'irrecevabilité des poursuites pénales dirigées contre son mandant pour violation de l'article 6-1 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. Le principe du délai raisonnable aurait été violé en l'espèce, alors que son mandant aurait dû être entendu plus tôt sur la disparition de la voiture de la marque Opel Meriva, immatriculée sous le numéro (…) (L).

Aux termes de l'article 6-1 de la CEDH *« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un Tribunal indépendant et impartial établi par la loi (…*)» et l'article 14 (3)c. du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (ci-après. PIDCP) qui dispose que *« toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes (…)à être jugée sans retard excessif ».*

Il incombe à la juridiction de 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.

Or, le caractère raisonnable de la procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et non in abstracto. 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; aucun n'étant toutefois prédominant :1) la complexité de l'affaire en fait et en droit, en nombre de parties, en difficultés de preuves, etc, 2) du comportement du prévenu (sans aller à exiger qu'il facilite la preuve des accusations portées contre lui) et enfin 3) le comportement des autorités nationales compétentes (S. GUINCHARD et J. BUISSON, Procédure pénale, n°376, p. 263).

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).

La question de savoir si le *« délai raisonnable »* a été dépassé dépend dans de nombreux cas, d'un examen attentif des circonstances et des causes de tout retard et non pas simplement de la prise en considération de la durée du laps de temps en question (F. QUILLERE-MAZOUP, La Défense du Droit à un Procès Equitable, p. 233 – 239, éd Bruyland 1999).

En l'espèce, la faillite a été prononcée en date du 17 octobre 2008 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Un premier acte de procédure a été posé en date du 28 juillet 2010 par un courrier adressé par le Ministère Public à la Police Grand-Ducale. **P.1.)** a seulement été entendu en date du 25 janvier 2011 par les agents de police de la Police Judiciaire Fédérale de Huy. L'ordonnance de renvoi a été rendue en date du 10 février 2011 par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour paraître utilement à l'audience publique du 7 février 2012.

Le tribunal constate que les faits reprochés à **P.1.)** ne présentaient en l'occurrence pas une grande complexité et estime dès lors qu'un laps de temps trop important s'est écoulé entre le jugement de faillite et l'audience publique du 7 février 2012.

Il y a dès lors lieu de retenir que le délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, n'a pas été respecté.

Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré par le mandataire du prévenu **P.1.)** du dépassement du délai raisonnable est fondé.

Ni l'article 6-1 précité, ni aucune autre disposition de la Convention ou du droit interne ne précisent cependant les conséquences que le juge du fond qui constate le dépassement du délai raisonnable doit en déduire.

Les conséquences d'un dépassement du délai raisonnable doivent être examinées sous l'angle de la preuve, d'une part, et sous l'angle de la sanction, d'autre part. En effet, la durée anormale de la procédure peut avoir pour résultat la déperdition des preuves de sorte que le juge ne pourrait plus décider que les faits sont établis. Le dépassement du délai raisonnable peut aussi entraîner des conséquences dommageables pour le prévenu (Cass. belge, 27 mai 1992, R.D.P. 1992. 998).

Il y a violation irréparable des droits de la défense lorsque le prévenu ne jouit plus devant le juge du fond de l'exercice entier de ses droits de défense, c'est-à-dire lorsqu'il n'a plus la possibilité de contester la recevabilité des poursuites et le bien- fondé des préventions, de faire valoir tout moyen de défense et de présenter au juge du fond toutes demandes utiles au jugement de la cause.

Ainsi, lorsque le dépassement du délai raisonnable fait obstacle, même partiellement, à l'exercice des droits de la défense, il y a violation de ce principe général du droit, violation irréparable dès lors qu'il est impossible de conjurer les effets du temps écoulé, devant entraîner l'irrecevabilité de l'action publique (F. KUTY, Tendances récentes en matière de délai raisonnable, in Actualités du droit pénal et de procédure pénale, éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, no 88, p. 169).

Une violation irréparable des droits de la défense entraîne l'irrecevabilité des poursuites (Cass, ch. Réun., 16 septembre 1998, affaire dite Augusta-Dassault, J.L.M.B., 1998, page 3430).

Le mandataire de **P.1.)** fait valoir que son mandataire aurait dû être entendu plus tôt sur le sort advenu à la voiture Opel Meriva. **P.1.)** se trouverait actuellement dans l'impossibilité d'entrer en contact avec la personne à qui il aurait prêté ladite voiture et ne pourrait de ce chef faire valoir utilement ses moyens de défense.

Le tribunal constate cependant que ni à lors de son audition par devant les agents de police en date du 25 janvier 2011, ni à l'audience publique du 7 février 2012, **P.1.)** n'a même pas révélé le nom de la personne à qui il aurait prêté la voiture.

Le tribunal en déduit que la défense n'a nullement recherché assistance dans la recherche de la personne et qu'elle ne peut partant se prévaloir du temps écoulé ou d'un dépérissement des preuves.

Le moyen de l'irrecevabilité des poursuites pénales est partant à rejeter.

2. Au fond :

2.1. Quant à l'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 :

Le Ministère Public reproche au prévenu **P.1.)** d'avoir, 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, 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'établissements.

En vertu de l'article 1er de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, nul ne peut à titre principal ou accessoire exercer l'activité d'artisan, de commerçant ou d'industriel, ni une profession libérale

visée à la présente loi sans autorisation écrite. L'article 22 de la même loi institue le non-respect de cette disposition en délit.

Il y a lieu de préciser que constitue l'exercice illicite d'une profession au sens de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, la répétition méthodiques d'actes professionnels fondé sur une organisation ad hoc. Il n'en est pas ainsi d'une prestation isolée (Cass. 10 juillet 1997, P.30, 246)

L'infraction à l'article 1er de la loi modifiée du 28 décembre 1998 étant une infraction purement matérielle, aucune intention dolosive n'est requise.

Questionné sur l'autorisation d'établissement par les agents de police de la Police Judiciaire Fédérale, criminalité économique et financière de Huy en date du 25 janvier 2011, **P.1.)** a déclaré qu'il aurait été titulaire d'une autorisation d'établissement obtenue auprès du notaire Emile SCHLESSER de Luxembourg. Cette déclaration n'est cependant corroborée par aucune pièce du dossier répressif.

Il résulte encore des éléments du dossier répressif et notamment de la déclaration de la taxe sur la valeur ajoutée de l'année 2006 que **P.1.)** a fait un chiffre d'affaires d'environ 1.400.000 euros pour l'année 2006.

Le tribunal retient partant qu'il est à suffisance établi que **P.1.)**, à défaut de pièce versée en cause, n'était pas titulaire d'une autorisation d'établissement pour exercer la profession de commerçant en matière automobile.

Au vu de ce qui précède, l'infraction libellée dans la citation à prévenu sub II) A) à charge du prévenu **P.1.)** est dès lors à retenir à son encontre.

2.2. Quant à l'infraction de banqueroute :

2.2.1. Quant aux conditions de la banqueroute :

Les infractions de banqueroute 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°1232 du 18 novembre 2005 que, par acte passé en date du 20 juin 2005, **P.1.)** a été nommé gérant unique de la société **SOC.1.)** s.à r.l. pour une durée indéterminée, avec tous les pouvoirs pour engager valablement la société, en toutes circonstances, par sa seule signature.

P.1.), sans être pour autant considéré comme commerçant, peut partant être déclaré banqueroutier en sa qualité de dirigeant 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).

A l'audience publique du 7 février 2012, le mandataire du prévenu a contesté la dette de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines en soutenant que les ventes des voitures automobiles ne se seraient pas faites sur le territoire du Grand-Duché du Luxembourg, de sorte que son mandant ne serait redevable d'aucune TVA au Luxembourg.

Il résulte néanmoins des éléments du dossier répressif et notamment du jugement de faillite du 17 octobre 2008 que la société **SOC.1.)** s.à r.l. redevait à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines la somme de 160.291,64 euros et qu'une contrainte lui a été adressée en date du 16 octobre 2006 de même qu'un commandement de payer en date du 26 octobre 2006.

Aucune pièce n'a été versée par la défense permettant de retenir que les montants réclamés par l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines n'étaient pas dus par **P.1.)**. Par ailleurs, il ne résulte d'aucun élément du dossier que **P.1.)** a contesté la créance après avoir reçu la contrainte.

Le passif de la société **SOC.1.)** s.à r.l. s'élève d'après rapport du curateur à 161.789,48 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. a 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).

Il résulte des éléments du dossier et notamment du jugement de faillite du 17 octobre 2008 que la société **SOC.1.)** s.à r.l. redevait à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines la somme de 160.291,64 euros à titre d'arriérés de TVA pour les années 2005 et 2006, amende pour non dépôt de déclaration pour les années 2005 et 2006, intérêts de retard de paiement, frais administratifs et frais de poursuite suivant extrait de compte arrêté en date du 30 avril 2008. Ainsi, une contrainte a été adressée en date du 16 octobre 2006 à la société **SOC.1.)** s.à r.l., suivie d'un commandement de payer dressé en date du 26 octobre 2006 par l'huissier de justice Jean-Lou THILL, un procès-verbal de saisie-exécution converti en acte de carence en date du 17 novembre 2006 ainsi qu'une sommation à tiers détenteur à la banque **BQUE.1.)** s.a. en date du 15 décembre 2006.

Suite au refus de se libérer volontairement, l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines a assigné en date du 30 septembre 2008 la société **SOC.1.)** en faillite.

En assignant en faillite, l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines a manifesté son intention de ne plus accorder de délai de paiement à la société **SOC.1.)** s.à r.l..

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 1236/08 du 17 octobre 2008 avait fixé provisoirement l'époque de la cessation des paiements au 17 avril 2008.

Il résulte du prédit jugement de faillite qu'une contrainte a été adressé en date du 16 octobre 2006 à la société **SOC.1.)** s.à r.l. par l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

Il convient dès lors de fixer la date de la cessation des paiements au 16 octobre 2006.

2.2.2 Quant aux infractions libellées à charge du prévenu :

a) Banqueroute frauduleuse :

Le Ministère Public reproche à **P.1.)** de s'être, depuis le 17 octobre 2008, date du jugement de faillite, sinon le 17 novembre 2009, date d'un courrier de Maître Emmanuel HUMMEL, au siège social de la société **SOC.1.)** s.à r.l., sinon à l'étude de Maître Emmanuel HUMMEL, rendu coupable de banqueroute frauduleuse en sa qualité de gérant unique de la société **SOC.1.)** s.à r.l., pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif, notamment le véhicule OPEL MERIVA immatriculé sous le numéro (…) (L) et dont le numéro de châssis est le (…).

Il résulte d'une fiche de renseignement de la Société Nationale de Contrôle Technique du 5 juin 2009 que la voiture de la marque Opel Meriva, immatriculée sous le numéro (…) et portant le numéro de châssis (…) appartient à la société **SOC.1.)** s.à r.l..

La demande en obtention de la carte grise indique que le détenteur de ce véhicule est **P.1.)**. Une facture du 26 juin 2006 émanant du garage **SOC.3.)** s.a. a néanmoins été adressée à la société **SOC.1.)** s.à r.l. pour un montant de 11.983,47 euros.

Finalement, par courrier entré au Parquet de Luxembourg, la Société Nationale de Contrôle Technique a déclaré que le véhicule en question a été déclaré volé en date du 27 juillet 2009.

Lors de son audition en date du 25 janvier 2011, **P.1.)** a reconnu que la voiture de la marque Opel Meriva était de la propriété de la société **SOC.1.)** s.à r.l.. Il l'aurait prêté à un ami et ignorerait ainsi le devenir de la voiture.

A l'audience publique du 7 février 2012, le prévenu **P.1.)** a maintenu ses déclarations sans néanmoins fournir le nom de son ami auquel il aurait prêté la voiture.

Au vu de toutes ces considérations, le tribunal retient partant qu'au vu des éléments objectifs du dossier répressif, il est établi que le véhicule de la marque OPEL, modèle MERIVA, portant le numéro de châssis (…), était la propriété de la société **SOC.1.)** s.à r.l., ceci conformément au données repris dans le fichier national des véhicules routiers de la Société Nationale de Contrôle Technique du 5 juin 2009.

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.

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

Le jugement de faillite du 17 octobre 2008 préqualifié avait provisoirement fixé l'époque de la cessation des paiements au 17 avril 2008.

Au vu des considérations qui précèdent, le tribunal a fixé l'époque de la cessation des paiements au 16 octobre 2006.

Si permettre à une tierce personne d'utiliser un véhicule dans l'intérêt de la société n'est pas un détournement, force est de constater que les faits allégués par le prévenu ne demeurent qu'au stade de pure allégation.

Force est de plus que le prévenu n'a pas indiqué au curateur le nom du détenteur du véhicule et il a omis de l'indiquer à la police belge lors de son audition.

Ces faits constituent un acte de détournement, acte qui fut commis après la cessation des paiements.

L'infraction de banqueroute frauduleuse est partant établie dans le chef du prévenu.

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

Le Ministère Public reproche au prévenu **P.1.)** de s'être rendu coupable 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 du gérant de la société **SOC.1.)** s.à r.l., **P.1.)**.

Lors de son audition en date du 25 janvier 2011 par les agents de police, **P.1.)** a déclaré qu'il aurait remis ses factures à un dénommé **X.)** de la société **SOC.4.)**.

Il résulte néanmoins d'un courrier adressé en date du 19 novembre 2009 par le curateur, Maître Emmanuel HUMMEL, au juge commissaire, que Monsieur **X.)** déclare ne jamais avoir disposé des pièces comptables de la société **SOC.1.)** s.àr .l..

A l'audience publique du 7 février 2012, le prévenu **P.1.)** a maintenu ses déclarations.

Le tribunal tient cependant à rappeler que le fait qu'une fiduciaire ait été chargée de la comptabilité de la société **SOC.1.)** s.à r.l. ne saurait valoir comme excuse valable dispensant le gérant de la société à respecter ses obligations de tenir une comptabilité régulière et complète telle que prévue par les articles 11 et suivants du code de commerce.

Par ailleurs, aucune pièce du dossier répressif ne permet d'étayer la circonstance que la fiduciaire aurait effectivement été chargée de la part de **P.1.)** de faire la comptabilité de la société **SOC.1.)** s.à r.l.

En tout état de cause, 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, le prévenu était dans l'impossibilité de connaître la situation financière exacte de la société et a 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 son encontre.

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

Le Ministère Public reproche encore au prévenu **P.1.)** de s'être rendu coupable 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** le prévenu **P.1.)** de cette infraction mise à sa charge , à savoir :

*« 1) du 20 juin 2005, date de (i) l'acquisition de 75% des parts sociales et (ii) de sa nomination en tant que gérant unique, au 17 octobre 2008, date du prononcé de la faillite, au siège de la société **SOC.1.)** S.àr.l., établie et ayant eu son siège social à L-(…),*

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour

b) 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.»

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

Il est en outre reproché à **P.1.)** de s'être rendu coupable 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 16 octobre 2006 la situation financière de la société **SOC.1.)** s.à r.l. ne lui permettait plus de faire face à son passif.

Le mandataire de **P.1.)** a exposé à l'audience publique du 7 février 2012, que son mandant aurait été en détention préventive en Belgique depuis 2006.

Il résulte en effet du casier judiciaire de **P.1.)** qu'il a été condamné par un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 9 février 2006 à une peine d'emprisonnement de 18 mois.

Le tribunal constate qu'il appartient au failli de faire l'aveu de la faillite et qu'il doit se déplacer au greffe du tribunal de commerce pour ce faire.

Si, en l'espèce, **P.1.)** n'a pas fait cet aveu dans le mois de la cessation des paiements, force est de constater que ce fait lui fut matériellement impossible.

L'infraction n'est partant pas établie à son encontre.

Il y a partant lieu d'**acquitter** le prévenu **P.1.)** de cette infraction mise à sa charge, à savoir :

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

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 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. »

e) Banqueroute simple pour défaut de fournir les renseignements demandés par le curateur :

Il est encore reproché à **P.1.)** de s'être rendu coupable de banqueroute simple par infraction à l'article 576 du code de commerce, combiné à l'article 489 du code pénal, par le fait de ne pas avoir donné suite au courrier qui lui a été adressé en date du 17 novembre 2009 par Maître Emmanuel HUMMEL, curateur de la société **SOC.1.)** s.à r.l..

Lors de son audition en date du 25 janvier 2011, **P.1.)** a déclaré ne pas se souvenir d'un courrier du 17 novembre 2009. En revanche, il aurait néanmoins reçu deux autres courriers du curateur.

A l'audience publique du 7 février 2012, **P.1.)** a maintenu ses déclarations selon lesquelles il n'aurait pas reçu le courrier du curateur daté au 17 novembre 2009.

Le Ministère Public conclut à l'acquittement du prévenu, alors qu'il ne serait pas établi que **P.1.)** aurait effectivement reçu le courrier en question.

Le tribunal estime qu'au vu de l'incarcération de **P.1.)**, il n'est pas établi à l'exclusion de tout doute qu'il a effectivement reçu le courrier daté au 17 novembre 2009 du curateur, Maître Emmanuel HUMMEL.

Il y a partant lieu d'**acquitter** le prévenu **P.1.)** de cette infraction mise à sa charge, à savoir :

*« 3) après le 17 novembre 2009, date d'envoi d'un courrier par Maître Emmanuel HUMMEL, curateur de la société en faillite **SOC.1.)** S.àr.l., ayant son cabinet à L-1142 Luxembourg, 10, rue Pierre d'Aspelt,*

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. »

f) Omission de dépôt des bilans :

Il est finalement mis à charge du prévenu **P.1.)** d'avoir omis de publié dans le délai légal les bilans des années 2006 et 2007.

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 du prévenu est réputée commise à l'expiration du délai prévu pour l'accomplissement du devoir de publication incombant aux gérants ou administrateurs.

Le tribunal constate que, comme le premier acte de procédure, consistant dans un courrier adressé par le Parquet à la Police Grand-Ducale, a été posé en date du 28 juillet 2010, l'action publique pour l'infraction à l'obligation

légale de publication en rapport avec les bilans pour les années 2006 et 2007 n'est pas prescrite.

Le tribunal constate néanmoins que les bilans relatifs à l'exercice 2006 et 2007 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 et 2007 est partant établi dans le chef du dirigeant de droit de la société en sa qualité de représentant légal de la société.

Au vu de tous les éléments qui précèdent, le prévenu **P.1.)** est partant **convaincu** des infractions suivantes, à savoir :

« I. depuis le 17 novembre 2009, date d'un courrier de Maître Emmanuel HUMMEL, au siège de la société SOC.1.) S.à r.l., établie et ayant eu son dernier siège social à L-(…), sinon à l'étude de Maître Emmanuel HUMMEL, sise au 10, rue Pierre d'Aspel, L-1142 Luxembourg,

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 dissimulé une partie de son actif,

en l'espèce, de s'être rendu coupable de banqueroute frauduleuse en qualité de gérant unique de la société SOC.1.) S.à r.l., pour avoir dissimulé une partie de son actif, notamment le véhicule OPEL MERIVA, immatriculé (…) (L), dont le numéro de châssis est le (…),

II. comme auteur ayant lui-même commis l'infraction en sa qualité de gérant unique (depuis le 20 juin 2005) de la société SOC.1.) S.àr.l., établie et ayant eu son dernier siège social à L-(…), immatriculée au RCS sous le numéro B …, déclarée en état de faillite suivant jugement n° 1236/2008 (faillite n°419/08) du 17 octobre 2008, rendu par la 2ème chambre commerciale du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,

A) Autorisation d'établissement

du 20 juin 2005 (date de (i) l'acquisition de 75% des parts sociales et (ii) de sa nomination en tant que gérant unique, au 17 octobre 2008, date du prononcé de la faillite), au siège de la société SOC.1.) S.àr.l., établie et ayant eu son siège social à L-(…),

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, 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'établissements ;

B) Banqueroute simple

du 20 juin 2005, date de (i) l'acquisition de 75% des parts sociales et (ii) de sa nomination en tant que gérant unique, au 17 octobre 2008, date du prononcé de la faillite, au siège de la société SOC.1.) S.àr.l., établie et ayant eu son siège social à L-(…),

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.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) Défaut de publication de bilans

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

en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales de ne pas avoir publié dans le délai légal l'inventaire, les bilans et les comptes de profits et pertes de l'année 2006 et de l'année 2007 relatifs à la société SOC.1.) S.àr.l.. »

QUANT A LA PEINE :

Les infractions retenues à charge du prévenu **P.1.)** se trouvent en concours réel entre elles.

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.

Aux termes de l'article 22 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, les infractions aux dispositions de l'article 1er de la même loi sont punies d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois ans et d'une amende de 250 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

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.

La banqueroute frauduleuse décriminalisée est condamnée d'après la combinaison des articles 74 et 489 du Code pénal d'une peine d'emprisonnement de 3 mois à 5 ans à laquelle l'article 77 permet d'ajouter une amende de 251 à 10.000 euros.

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 la banqueroute frauduleuse décriminalisée.

Dans l'appréciation de la peine, le tribunal prend en l'espèce en considération la pluralité d'infractions commises par le prévenu. Il convient également de tenir compte de l'important préjudice qu'il a causé aux créanciers, surtout publics.

Tout en tenant compte de la violation des dispositions de l'article 6-1 de la CEDH, le tribunal estime que la gravité des infractions retenues à sa charge justifie la condamnation de **P.1.)** à une peine d'emprisonnement de **6 (six) mois** ainsi qu'à une peine d'amende de **2.500 euros**.

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.

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 du prévenu.

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 et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, et le représentant du Ministère Public entendu en ses réquisitions,

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 **P.1.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **6 (six) mois**,

c o n d a m n e **P.1.)** du chef des infractions retenues à à une amende de **deux mille cinq cents (2.500) euros** et aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 38,12 euros,

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à cinquante (50) 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 « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais du prévenu.

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 et 574 du code de commerce, de l'article 162 et 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, des articles 1er et 22 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales et 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.