Jugt no 6 1 6 / 2014

Notice no 11359/13/CD

disjonction sub 1)	
2	**ex.p.+ s**
1	**étr**
1	**publ.jugt.**

AUDIENCE PUBLIQUE DU 20 FEVRIER 2014

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

dans la cause du Ministère Public contre

1. **X.)**,
né le (…) à (…) (Grèce),
demeurant à (…), L-(…),

2. **Y.)**,
né le (…) à (…) (Grèce),
demeurant à (…), D-(…),

- p r é v e n u s -

en présence de:

Maître Aziza GOMRI, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en sa qualité de curateur de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l., établie et ayant eu son siège social à (…), L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(…), déclarée en état de faillite suivant jugement numéro 1347/2011 du 7 octobre 2011 du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale,

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

F A I T S :

Par citation du **30 décembre 2013,** le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis les prévenus de comparaître à l'audience publique du **5 février 2014** devant le Tribunal correctionnel de ce siège, pour y entendre statuer sur la prévention suivante:

Banqueroute simple.

A l'audience publique du **5 février 2014,** le vice-président constata l'identité du prévenu **Y.)** et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le Tribunal.

Le prévenu **X.)** ne comparut pas, de sorte que la représentante du Ministère Public, Colette LORANG, substitut du Procureur d'Etat, demanda la disjonction des poursuites dirigées contre **X.)** de celles dirigées contre **Y.)**.

Les témoins Maître Nathalie OLLAGNIER et Maître Aziza GOMRI furent entendus, chacun séparément, en leurs déclarations orales, après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du code d'instruction criminelle.

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

Maître Marc MODERT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, exposa plus amplement les moyens de défense du prévenu **Y.)**.

Ensuite Maître Aziza GOMRI, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, se constitua partie civile en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC1.)** s.à r.l. contre le prévenu **Y.)**. Elle donna lecture des conclusions écrites qu'elle déposa ensuite sur le bureau du Tribunal et qui furent signées par le vice-président et par le greffier.

La représentante du Ministère Public, Colette LORANG, substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et conclut à la condamnation du prévenu **Y.)**.

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

J U G E M E N T qui suit:

Vu la citation à prévenus du **30 décembre 2013** (**not. 11359/13/CD**) régulièrement notifiée à **Y.)**.

Il y a lieu d'ordonner la disjonction des poursuites pénales dirigées contre **X.)** de celles dirigées contre **Y.)**, alors que **X.)** n'a pas valablement pu être touché.

Vu les procès-verbaux et rapports dressés en cause.

AU PENAL :

Le Ministère Public reproche au prévenu **Y.)** les infractions suivantes :

*« comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l., établie et ayant son siège social à* (…)*, L-*(…)*, immatriculée au RCS sous le numéro B*(…)*, déclarée en état de faillite suivant jugement commercial numéro 1347/2011 (faillite numéro 642/2011 du 7 octobre 2011 du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale),*

*I) depuis un temps non encore prescrit et au moins depuis 2009, au siège de la société **SOC1.)** s.à r.l., ayant eu son siège social à* (…)*, L-*(…)*,*
sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes,

1) de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

principalement
*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 **SOC1.)** s.à r.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du code de commerce ainsi que l'inventaire exigé par l'article 15 du code de commerce,*

subsidiairement
en infraction à l'article 574 6° du code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du code pénal, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète et irrégulière et d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive ;

2) 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;

II) depuis un temps non encore prescrit et notamment le 1er août 2010 (pour les comptes annuels de 2009) et depuis le 1er août 2011 (pour les comptes annuels de 2010) au siège de la société ***SOC1.)*** *s.à r.l., à* (…)*, L-*(…)*,*
sans préjudice des indications de temps et de lieux plus exactes,

en infraction à l'article 163 2° et 197 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir publié les bilans des années 2009 et 2010 dans le délai légal ;

III) depuis un temps non prescrit, mais au plus tard à partir du 7 mai 2011, au greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :
en infraction aux articles 440 et 574 4° du code de commerce, sanctionnés par l'article 489 du code pénal, de ne pas avoir fait l'aveu de cessation de paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements;

IV) depuis le 14 octobre 2011, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :
en infraction aux articles 574-5 et 576 du code de commerce sanctionnés par l'article 489 du code pénal,

en ce qui concerne ***Y.)****, d'avoir omis de se rendre à la convocation que le curateur de la faillite* ***SOC1.)*** *s.à r.l. lui a adressée en date du 13 octobre 2011 et réceptionnée le 14 octobre 2011 par lettre recommandée et en refusant de la sorte toute collaboration. »*

1. Les faits :

Les éléments du dossier répressif, l'instruction menée à l'audience publique du 5 février 2014, ainsi que les déclarations des témoins, Maître Nathalie OLLAGNIER et Maître Aziza GOMRI, ont permis d'établir les faits suivants :

La société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l. a été constituée par acte notarié du 8 mars 2000. Au moment de la constitution de la société **SOC1.)** s.à r.l., toutes les parts sociales ont été souscrites intégralement par l'associé unique **Y.)**. Il résulte encore des statuts que **Y.)** a été nommé gérant unique de la société **SOC1.)** s.à r.l., engageant la société sous sa seule signature.

La société **SOC1.)** s.à r.l. avait pour objet social l'importation et l'exportation de et vers la Grèce et tous autres pays faisant partie de l'Union Européenne, des

produits alimentaires, tels que vins, huiles, olives, fromages ou autres, ainsi que la vente de ces produits.

Par une assemblée générale extraordinaire du 13 octobre 2009, **Y.)** a cédé 200 parts sociales à **X.)**.

Par jugement commercial numéro 1347/2011 rendu en date du 7 octobre 2011 par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la société **SOC1.)** s.à r.l. a été déclarée en faillite sur assignation de la société à responsabilité limitée FIDUCIAIRE **SOC2.)** s.à r.l. et Maître Nathalie OLLAGNIER a été nommée curatrice de la faillite.

Maître Nathalie OLLAGNIER a déposé son rapport d'activité en date du 19 avril 2012 au Parquet de Luxembourg.

Maître Aziza GOMRI a été nommé curateur en remplacement de Maître Nathalie OLLAGNIER en date du 25 septembre 2013.

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 **SOC1.)** 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 d'une résolution prise par l'associé unique en date du 8 mars 2000, valablement publiée au mémorial, que **Y.)** a été nommé gérant unique de la société **SOC1.)** s.à r.l..

Y.), sans être pour autant considéré comme commerçant, peut partant être déclaré banqueroutier en sa qualité de dirigeant de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** 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 du rapport d'activité du curateur que le passif de la société **SOC1.)** s.à r.l. s'élève à 40.901,21 euros pour un actif de 2.227,82 euros, de sorte que le passif social était tel qu'il était impossible de l'honorer.

De plus, la fiduciaire **SOC2.)** s.à r.l. a reçu un titre exécutoire le 2 février 2011 à l'égard de la société **SOC1.)** s.à r.l. pour un montant total de 3.292,38 euros. Suite au commandement à payer de l'huissier en justice du 26 mai 2011, la société **SOC1.)** s.à r.l. n'a toujours pas su régler sa dette, de sorte que l'huissier a même dû dresser un procès-verbal de carence le 14 juillet 2011.

La société **SOC1.)** 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).

En assignant en faillite, la société FIDUCIAIRE **SOC2.)** s.à r.l. a manifesté son intention de ne plus accorder de délai de paiement à la société **SOC1.)** s.à r.l..

Il en résulte que la société **SOC1.)** 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 des paiements 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 1347 /2011 du 7 octobre 2011 avait fixé provisoirement l'époque de la cessation des paiements au 7 avril 2011.

Il résulte des éléments du dossier répressif qu'un commandement à payer a été adressé en date du 26 mai 2011 à la société **SOC1.)** s.à r.l. au nom de son créancier la société FIDUCIAIRE **SOC2.)** s.à r.l.. Etant donné que la société **SOC1.)** s.à r.l. n'a pas donné de suite, faute de possibilité de payer cette dette, ce commandement a été suivi en date du 14 juillet 2011 par un procès-verbal de saisie-exécution converti en acte de carence.

Il convient dès lors de fixer la date de la cessation des paiements au 14 juillet 2011, date du procès-verbal de carence de l'huissier de justice.

2.2 Quant aux infractions libellées à charge de Y.) :

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

Le Ministère Public reproche au prévenu **Y.)** 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 l'article 15 du code de commerce, sinon, à titre subsidiaire, pour avoir tenu les livres et inventaires de manière incomplète ou irrégulière, respectivement de manière à ce qu'ils ne reflètent pas la véritable situation active et passive.

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 **SOC1.)** s.à r.l., **Y.)**.

Lors de son audition par devant les agents de police en date du 2 juillet 2012, **Y.)** a déclaré que la comptabilité de la société **SOC1.)** s.à r.l. a été confiée à la fiduciaire FIDUCIAIRE **SOC2.)** s.à r.l..

Or, le fait qu'une fiduciaire ait été chargée de la comptabilité de la société **SOC1.)** 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, à l'audience publique du 5 février 2014, Maître Nathalie OLLAGNIER a expliqué qu'elle a reçu des factures dans un classeur, ne correspondant néanmoins pas à une comptabilité en bonne et due forme au sens des article 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 en l'occurrence.

Il ne résulte pas non plus du dossier répressif et des déclarations du curateur, que le prévenu aurait tenu un inventaire conforme à la loi.

En ne tenant pas 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 au vu du passif réel de 40.901,21 euros qui s'était finalement accumulé au moment de la mise en faillite.

Il y a dès lors lieu de retenir le prévenu dans les liens de l'infraction lui reprochée sub I)1) principalement de la citation à prévenu.

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

Le Ministère Public reproche encore au prévenu **Y.)** 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 visé 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 ; CSJ, arrêt no 56/11 du 2 février 2011).).

En l'occurrence, il résulte néanmoins des déclarations du curateur qu'aucun document comptable, et notamment grand livre, 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 **Y.)** de cette infraction mise à leur charge , à savoir :

*« comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l., établie et ayant son siège social à* (…)*, L-*(…)*, immatriculée au RCS sous le numéro B*(…)*, déclarée en état de faillite suivant jugement commercial numéro 1347/2011 (faillite numéro 642/2011 du 7 octobre 2011 du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale),*

*depuis un temps non encore prescrit et au moins depuis 2009, au siège de la société **SOC1.)** s.à r.l., ayant eu son siège social à* (…)*, L-*(…)*, sans préjudice des indications de temps et de lieux 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) Omission de dépôt des bilans :

Il est encore mis à charge du prévenu **Y.)** d'avoir omis de publier dans le délai légal les bilans des années 2009 et 2010 de la société **SOC1.)** s.à r.l..

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 telle 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.

Lors de son audition en date du 2 juillet 2012 devant les agents de police, **Y.)**, dont la qualité de gérant de la société est établie, a déclaré que l'expert comptable a refusé d'établir les bilans de 2009 et de 2010 en raison du fait que la société **SOC1.)** s.à r.l. n'avait pas d'argent pour le payer.

Or, le fait que le gérant a remis les documents comptables à un expert comptable, ne saurait le dispenser de son obligation de veiller à la publication des comptes annuels de la société.

Le Tribunal constate ainsi que les bilans relatifs à l'exercice 2009 et 2010 n'ont pas été déposés 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 des bilans et des comptes profits et pertes pour l'année 2009 et 2010 est partant établie dans le chef du dirigeant de droit de la société, en sa qualité de représentant légal de la société **SOC1.)** s.à r.l., de sorte qu'il est à retenir dans les liens de l'infraction lui reprochée sub II) de la citation à prévenu.

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

Il est encore reproché à **Y.)** 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 cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir 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.

Il est constant en cause et non contesté par le prévenu qu'il ne s'est jamais rendu au greffe du Tribunal de commerce, bien qu'il ait été obligé de ce faire, conformément à l'article 440 du code de commerce, entre le 14 juillet 2011 et le 14 août 2011.

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 26 mai 2011, la situation financière de la société **SOC1.)** 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, le prévenu **Y.)** s'est désintéressé du sort de sa société et a 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 du prévenu ce fait de banqueroute simple facultatif.

Le prévenu est donc également à retenir dans les liens de la prévention lui reprochée sub III) de la citation à prévenu.

e) Banqueroute simple pour défaut de collaboration avec le curateur :

Le Ministère Public reproche finalement à **Y.)** de s'être rendu coupable de l'infraction de banqueroute simple, par infraction aux articles 574 5° et 576 du code de commerce, combiné à l'article 489 du code pénal, par le fait de ne s'être rendu à la convocation du curateur lui adressée en date du 13 octobre 2011 et d'avoir refusé toute collaboration.

Lors de son audition par devant les agents de police en date du 2 juillet 2012, **Y.)** a déclaré avoir remis tous les documents de la société **SOC1.)** s.à r.l. au curateur.

A l'audience publique du 5 février 2014, **Y.)** a encore soutenu avoir été à plusieurs reprises au bureau du curateur.

Il résulte des déclarations des curateurs Maître Nathalie OLLAGNIER et Maître Aziza GOMRI que **Y.)** a collaboré avec eux dès le début et d'avoir tout fait pour aider activement le curateur dans sa tâche.

L'infraction n'est dès lors pas établie, ni en fait et ni en droit, de sorte qu'il y a lieu d'**acquitter** le prévenu **Y.)** de cette infraction mise à sa charge par le Ministère Public :

*« comme auteur ayant lui-même exécuté l'infraction en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée **SOC1.)** s.à r.l., établie et ayant son siège social à* (…)*, L-*(…)*, immatriculée au RCS sous le numéro B*(…)*, déclarée en état de faillite suivant jugement commercial numéro 1347/2011 (faillite numéro 642/2011 du 7 octobre 2011 du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale),*

depuis le 14 octobre 2011, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, sans préjudice quant aux indications de temps et de lieux plus exactes,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :
en infraction aux articles 574-5 et 576 du code de commerce sanctionnés par l'article 489 du code pénal,

*en ce qui concerne **Y.)**, d'avoir omis de se rendre à la convocation que le curateur de la faillite **SOC1.)** s.à r.l. lui a adressée en date du 13 octobre 2011 et réceptionnée le 14 octobre 2011 par lettre recommandée et en refusant de la sorte toute collaboration. »*

Au vu du dossier répressif, de l'instruction à l'audience et des aveux du prévenu, **Y.)** est partant **convaincu** des infractions suivantes:

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

en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée SOC1.) s.à r.l., établie et ayant son siège social à (…)***, L-***(…)***, immatriculée au RCS sous le numéro B***(…)***, déclarée en état de faillite suivant jugement commercial numéro 1347/2011 (faillite numéro 642/2011 du 7 octobre 2011 du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale),***

I) depuis un temps non encore prescrit et au moins depuis 2009, au siège de la société SOC1.) s.à r.l., 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, article sanctionné par l'article 489 du code pénal, de ne pas avoir tenu pour la société SOC1.) s.à r.l. les livres de commerce exigés par l'article 11 du code de commerce ainsi que l'inventaire exigé par l'article 15 du code de commerce,

II) depuis un temps non encore prescrit et notamment depuis le 1er août 2010 (pour les comptes annuels de 2009) et depuis le 1er août 2011 (pour les comptes annuels de 2010) au siège de la société SOC1.) s.à r.l., à (…)***, L-*** (…)***,***

en infraction à l'article 163 2° et 197 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée par la suite, de ne pas avoir publié les bilans des années 2009 et 2010 dans le délai légal ;

III) depuis un temps non prescrit, mais au plus tard à partir du 14 août 2011, au greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour :

en infraction aux articles 440 et 574 4° du code de commerce, sanctionnés par l'article 489 du code pénal, de ne pas avoir fait l'aveu de cessation de paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements ».

3. <u>Quant à la peine :</u>

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).

Les deux faits de banqueroute simple se trouvent en concours réel avec l'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 retenue à charge du prévenu **Y.)**.

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 489 du code pénal, ceux qui, dans les cas prévus par le code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute simple, seront condamnés à une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans.

L'omission de soumettre et de publier le bilan est punie, en application des articles 162 et 163 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, d'une amende de 500 euros à 25.000 euros.

La peine la plus forte est partant celle prévue par l'article 489 du code pénal.

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.

Il y a partant lieu de condamner **Y.)** à une peine d'emprisonnement de **2 mois**.

Comme **Y.)** n'a pas encore subi jusqu'à ce jour de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et qu'il ne paraît pas indigne de la clémence du Tribunal au vu de son repentir sincère, le Tribunal lui accorde la faveur du **sursis intégral** quant à la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

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.

<u>AU CIVIL :</u>

A l'audience publique du **5 février 2014**, Maître Aziza GOMRI, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en sa qualité de curateur de la faillite de la société **SOC1.)** s.à r.l., se constitua partie civile contre le prévenu **Y.)**.

La demanderesse au civil réclame le montant total de 46.007,23.- euros à titre de réparation du dommage matériel subi par la société **SOC1.)** en faillite, montant se composant comme suit :

- 41.657,23 euros correspondant au montant total des déclarations de créances inscrites au tableau des créances sous le numéros 1 à 8

- 4.350,00 euros correspondant au prix des biens meubles et du stock tel que repris dans la facture de la société **SOC1.)** s.à r.l. daté du 3 janvier 2011

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

Concernant le montant de 4.350,00 euros, il y a lieu de rappeler que la partie civile n'aura qualité pour exercer l'action civile que si elle justifie d'un intérêt, c'est-à-dire si elle établit que le dommage dont elle se plaint est la suite immédiate et directe d'un fait constituant une infraction (Cour 10 janvier 1985, P. 26, 247).

Or, aucune infraction n'est reprochée au prévenu **Y.)** en relation causale avec cette facture.

Le Tribunal est dès lors incompétent pour connaître de ce poste.

En ce qui concerne le montant de 41.657,23 euros, le Tribunal est en principe compétent pour en connaître, eu égard à la décision à intervenir à l'égard de **Y.)**.

Les dommages-intérêts que le Tribunal peut accorder 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 du prévenu.

Il résulte de ce qui précède que la demande civile est irrecevable pour le surplus.

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 défendeur au civil, **Y.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, la demanderesse au civil entendue en ses conclusions et la représentante du Ministère Public entendue en ses réquisitions,

o r d o n n e la **disjonction** des poursuites pénales dirigées contre **X.)** de celles dirigées contre **Y.) ;**

r é s e r v e les frais de la poursuite dirigée contre **X.)**;

AU PENAL :

a c q u i t t e le prévenu **Y.)** du chef des infractions non établie à sa charge;

c o n d a m n e le prévenu **Y.)** du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **deux (2) mois,** ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 64,07 euros ;

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 **Y.)** 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 ;

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.

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 incompétent pour connaître du poste relatif à la somme de 4.350,00 euros ;

se d é c l a r e compétent pour en connaître pour le surplus ;

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.

En application des articles 14, 15, 60, 66 et 489 du code pénal, des articles 8, 9, 10, 11, 15, 440 et 574 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 1, 2, 3, 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 626, 627, 628 et 628-1 du code d'instruction criminelle, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Vincent FRANCK, vice-président, Patrice HOFFMANN, juge, et Joëlle DIEDERICH, juge, et prononcé en présence d'Yves SEIDENTHAL, substitut du Procureur d'Etat, en l'audience publique du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, date qu'en tête, par le vice-président, assisté du greffier assumé Tahnee WAGNER, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.