n° 826/2011

Notice du Parquet: 26172/10/CD

exp x 2
publ

AUDIENCE PUBLIQUE DU 10 MARS 2011

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

Dans la cause du Ministère Public contre

1) P.1.), né le **(…)** à **(…)**, demeurant à **(…)**, L–**(…)**,

2) P.2.), née le **(…)** à **(…)**, demeurant **(…)**, L-**(…)**,

- p r é v e n u s -

FAITS:

Par citation du 5 janvier 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 février 2011 devant le Tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

Banqueroute.

Les prévenus **P.1.)** et **P.2.)** ne comparurent pas à l'audience.

Le témoin Christian STEINMETZ fut entendu en ses déclarations orales, après avoir prêté le serment prévu par la loi.

Le représentant du Ministère Public, Madame Pascale KAELL, substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendu en son réquisitoire.

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

l e j u g e m e n t q u i s u i t :

Vu la citation à prévenu du 5 janvier 2011.

Les prévenus **P.2.)** et **P.1.)** n'ont pas comparu à l'audience du 16 février 2011, il y a partant lieu de statuer par défaut à leur encontre.

Vu l'ensemble du dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice numéro 26172/10/CD et notamment le rapport d'activité de Maître Christian STEINMETZ, avocat à Luxembourg, curateur de la faillite **SOC.1.)** S.A.

Vu le rapport n°2008/2439/171/2009/KL de la police judiciaire, service régional de police spéciales du 24 novembre 2009.

Vu le rapport d'activité du 24 août 2010 de Maître Christian STEIMETZ, avocat à Luxembourg, curateur de la faillite **SOC.1.)** S.A.

Le Ministère public reproche aux prévenus prévenus **P.2.)** et **P.1.)** d'avoir, en leurs qualités d'administrateurs de la société **SOC.1.)** S.A., posé des actes de banqueroute simple, principalement en ne tenant pas les livres de commerce exigés par l'article 8 du code de commerce (actuellement l'article 11 du code de commerce),en ne tenant pas l'inventaire pour cette société tel que exigé par l'article 10 du code de commerce (actuellement l'article 15 du code de commerce), subsidiairement d'avoir tenu des livres et inventaires incomplets en relation avec cette société ; de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social, de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois à partir de la cessation des paiements, de ne pas s'être rendu aux convocations du curateur et de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés, ainsi que de ne pas avoir, en infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, publié les bilans des années 2005 à 2007 dans le délai légal.

La notion de banqueroute simple

Les infractions de banqueroute frauduleuse et de banqueroute simple supposent l'une et l'autre que l'auteur des faits incriminés est commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il est en état de cessation de paiements, c'est-à-dire de faillite ; ces deux conditions doivent être, à peine de nullité, expressément et explicitement constatées, sans qu'il y ait toutefois lieu à employer des termes sacramentels par les juridictions répressives (GARRAUD, Traité du Droit pénal français, t.6, n°2667).

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

L'infraction de banqueroute simple suppose donc que l'auteur des faits incriminés est commerçant ou assimilable à un commerçant et qu'il est en état de cessation de paiements.

a) la qualité de commerçant

Comme au jour de la commission des infractions mises à charge de **P.1.)** et de **P.2.)** seules les personnes physiques pouvaient se voir imputer des infractions, il appartient au Tribunal correctionnel saisi d'infractions, de fait commise par une personne morale, de déterminer la ou les personnes physiques par lesquelles la société agissait, qui sont alors les auteurs des infractions, de fait imputables à la société, et qui doivent répondre en nom personnel de celles-ci.

Aussi, il appartient au juge répressif de rechercher la personne physique sur laquelle pesait la responsabilité pénale d'une infraction de fait imputable à une société commerciale et le ou les dirigeants de personnes morales peuvent, en raison de leur activité au sein de celle-ci, être condamnés du chef de banqueroute sans qu'il soit nécessaire qu'ils soient, eux-mêmes, commerçants, respectivement du chef d'omission de dépôt des comptes annuels au registre de commerce dans le délai imparti.

Le Tribunal tient encore à préciser que les dirigeants de personnes morales peuvent en raison de leur activité, être condamnés du chef de banqueroute, bien qu'ils ne soient pas eux-mêmes commerçant (cf. G. SCHUIND, Traité pratique de Droit criminel, sub art 489-490, n°10 et références citées). Il appartient au juge de rechercher la personne physique, organe ou préposé, sur laquelle pèse la responsabilité pénale d'une infraction commise par une société commerciale (Cass. belge, 1 octobre 1974, Pas. 1974, I, p. 34).

La société anonyme **SOC.1.)** S.A fut constituée le 22 décembre 2005. Au jour de sa création, son conseil d'administration fut composé de **P.1.)** et de **P.2.)** avec un mandat d'administrateur jusqu'à la date de l'assemblée générale de l'année 2011.

Les prévenus avaient de par les statuts de la société, en leur qualité d'administrateur, pouvoir d'engager conjointement la société et de la représenter seul par rapport aux administrations publiques, pendant la période du 22 décembre 2005 jusqu'au 3 mai 2010, jour déclaratif de la faillite. En conséquence, les prévenus sont pénalement responsables pour les faits commis pendant cette période pour compte de la société anonyme **SOC.1.)** S.A.

C'est partant à juste titre que les faits de banqueroute simple relatif à la période comprise entre le 22 décembre 2005 et le 3 mai 2010 date du jugement déclaratif de la faillite, respectivement les faits d'omission de publication dans le délai légal des bilans pour les années 2005 à 2007 leurs sont mis à charge.

b) L'état de faillite

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

La cessation de 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).

Au vu des éléments du dossier répressif et notamment des pièces versées en cause ainsi que du rapport du curateur de la faillite, il faut constater que la société anonyme **SOC.1.)** S.A. est effectivement en état de faillite.

Ainsi, en faisant assigner en faillite la société anonyme **SOC.1.)** S.A., trois des salariés de cette société n'accordaient plus aucun délai de paiement à la société. Par ailleurs, l'huissier de justice chargé de signifier l'assignation en faillite a dû constater qu'en date du 26 mars 2010, qu'il n'y avait aucune trace de la société **SOC.1.)** S.A. à l'adresse de son siège social à L-**(…)**.

De plus, en date du 7 mars 2008, aucun actif saisissable n'a pu être trouvé par l'huissier de justice chargé de l'exécution d'une contrainte du Centre Commun de la Sécurité Sociale ; l'huissier ayant dû rédiger un acte de carence.

Enfin, il résulte encore du rapport d'activité du curateur et de ses déclarations à l'audience que la société anonyme **SOC.1.)** S.A. ne dispose d'aucun actif tandis que le passif de la société est compris entre 200.000 et 250.000.- euros euros.

c) <u>la date de la cessation des paiements</u>

L'époque de la cessation des paiements doit être déterminée. En effet, la date retenue par le jugement du tribunal de commerce déclarant l'état de faillite et la fixation par cette juridiction de la cessation des paiements sont sans effets sur l'exercice de l'action publique du chef de banqueroute (Cass. belge 14 avril 1975, Pas. I, p. 796 ; Trib. Lux. 26 mars 1987, n° 601/87, doc. Crédoc), mais il n'est pas interdit au juge répressif d'adopter cette date, s'il l'estime exacte, sans toutefois se contenter de s'y référer (G. SCHUIND, op. cit., p. 438-N).

Dans le jugement de faillite du 3 mai 2010, le tribunal de commerce a provisoirement fixé l'époque de cessation des paiements au 3 novembre 2009.

Il est établi en cause au vu des développements qui précèdent que le crédit de la société **SOC.1.)** S.A. est ébranlé depuis le 7 mars 2008, date à laquelle l'huissier de justice STEFFEN, chargé de l'exécution d'une contrainte du Centre Commun de la Sécurité sociale n'a pu trouver aucun actif saisissable.

Pour les besoins de la cause, le tribunal correctionnel fixe la cessation des paiements au 15 décembre 2009.

<u>I) Quant aux infractions à l'article 574 6° du Code de commerce</u>

Le Parquet reproche aux prévenus de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, principalement, ne pas avoir tenu pour la société **SOC.1.)** S.A. les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de commerce, de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de commerce, subsidiairement, d'avoir tenu les livres et inventaires relatifs à cette société de manière incomplète et irrégulière, sinon de façon à ce qu'ils ne reflètent pas la situation active et passive.

Il résulte du rapport d'activité du curateur du 24 août 2010 ainsi que de sa déposition à l'audience du 16 février 2011 qu'il n'a reçu aucune comptabilité de la part des administrateurs de la société **SOC.1.)** S.A., de sorte que l'infraction libellée à titre principal est établie dans le chef des deux prévenus.

II) Quant à l'infraction à l'article 573 4° du Code de Commerce

Le Parquet reproche aux prévenus, en l'absence d'un inventaire en bonne et due forme, de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social et des outils de travail, notamment une pelle mécanique, deux bétonneuses, une machine de pose, deux échelles et divers outils et appareils électriques.

Lors de son audition auprès de la police en date du 11 novembre 2009, **P.2.)** a déclaré, que l'actif de la société comprenait outre le capital social, les objets précités.

Il ressort des développements précédents que le curateur n'a pas reçu la moindre comptabilité en relation avec la société **SOC.1.)** S.A. et qu'il n'a pas pu retrouver le moindre actif.

La prévention libellée à l'encontre des deux prévenus est dès lors établie dans leur chef.

III) Quant à l'infraction à l'article 163 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Le Parquet reproche aux prévenus de ne pas avoir publié les bilans des années 2005 à 2007 en relation avec la société **SOC.1.)** S.A..

L'article 163 2° de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales érige en infraction, pour un administrateur d'une société anonyme, le fait de ne pas faire publier les comptes annuels d'une société anonyme au plus tard le 31 juillet de l'année suivant l'exercice comptable concerné.

Il ressort de l'extrait du registre de commerce et des sociétés du 6 avril 2009 qu'il n'y a pas de publications de bilans en relations avec cette société.

La prévention libellée à l'encontre des deux prévenus est dès lors établie dans leur chef.

IV) Quant à l'infraction à l'article 574 4° du Code de commerce

Le Parquet reproche aux prévenus de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation des paiements dans le délai d'un mois de sa survenance.

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

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.

En l'espèce, la date retenue par le tribunal correctionnel pour la cessation des paiements est le 15 décembre 2009.

Il est établi par les éléments du dossier que les prévenus ont volontairement négligé depuis le 15 janvier 2010 de se conformer aux prescriptions en matière d'aveu pour échapper aux dettes contractées antérieurement.

Il y a partant lieu de retenir que **X.)** a violé l'article 440 du Code de commerce auquel renvoie l'article 574 4° du Code de commerce en ne faisant pas l'aveu de la faillite dans le délai légal.

V) Quant à l'infraction à l'article 574 5° du Code de commerce

Le Parquet reproche aux prévenus de ne pas s'être rendu aux convocations qui leur ont été faites par le curateur.

Il ressort du rapport d'activité du curateur ainsi que des explications fournies par le curateur à l'audience qu'une convocation a été envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 28 juillet 2010 à **P.1.)** et qu'un deuxième courrier recommandé avec accusé de réception a été adressé aux prévenus et réceptionné.

Cependant les prévenus ne se sont pas manifestés auprès du curateur.

La prévention libellée à l'encontre des deux prévenus est donc établie dans leur chef.

VI) Quant à l'infraction à l'article 576 du Code de commerce

Le Parquet reproche encore aux prévenus de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés, respectivement d'avoir fourni des renseignements inexacts.

Il ressort des développements précédents que les prévenus ne se sont pas manifestés auprès du curateur de sorte que le curateur n'a pas pu obtenir les renseignements demandés en relation avec la survenance de la faillite de la société **SOC.1.)** S.A.

La prévention libellée à l'encontre des deux prévenus est dés lors établie dans leur chef.

Sur base des éléments du dossier répressif et de l'ensemble des développements précédents, **P.1.)** et **P.2.)** sont convaincus:

*Comme auteurs, ayant eux-mêmes exécuté les infractions en leurs qualités d'administrateurs de la société **SOC.1.)** S.A., ayant eu son dernier siège social à **(…)**,*

*depuis le 22.12.2005 jusqu'à la mise en faillite, à **(…)** (ancien siège) et à **(…)**,*

I) en infraction à l'article 574 6° du Code de commerce, de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour ne pas avoir tenu pour la société ***SOC.1.)*** *les livres de commerce exigés par l'article 11 du Code de Commerce, de ne pas avoir tenu pour cette société l'inventaire exigé par l'article 15 du Code de Commerce;*

II) 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, en l'espèce en l'absence d'inventaire en bonne et due forme de ne pas avoir justifié de l'emploi du capital social et des outils de travail, notamment une pelle mécanique, deux bétonneuses, une machine de pose, deux échelles et divers outils et appareils électriques;

III) en infraction à l'article 163 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 2005 à 2007 dans le délai légal;

IV) depuis le 15 décembre 2009, au greffe du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 574 4° du Code de commerce, 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 dont la date a été fixée au 15 décembre 2009;

depuis le 03.05.2010 en l'étude du curateur de la société ***SOC.1.)****, Me Christian STEINMETZ à Luxembourg, 27 rue Jean-Baptiste Esch,*

V) de s'être rendu coupable de banqueroute simple pour, en infraction à l'article 574 5° du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, de ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par le curateur,

en l'espèce de ne pas s'être rendu aux convocations qui lui ont été faites par Me Christian STEINMETZ le 28 juillet 2010 et le 5 mai 2010;

VI) en infraction à l'article 576 du Code de commerce, article sanctionné par l'article 489 du Code pénal, ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés,

en l'espèce de ne pas avoir fourni au curateur les renseignements demandés.

L'article 573-4 du code de commerce érige en fait de banqueroute obligatoire l'absence de justification de l'emploi du capital social.

L'article 574-4 du code de commerce érige encore en acte de banqueroute simple l'omission de faire aveu de la cessation de paiements dans le mois de sa survenance.

L'article 574 5° du Code de commerce érige également en acte de banqueroute simple le fait pour le failli de ne pas se rendre aux convocations qui lui ont été faites par le curateur.

L'article 574-6 du code de commerce prévoit que pourra être déclaré banqueroutier simple, tout commerçant qui n'a pas tenu une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue de ses activités.

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.

Les infractions établies sous I), III), IV),V), VI) à charge des prévenus constituent cinq cas de banqueroute simple facultative. L'infraction établie sous II) constitue, par contre, un cas de banqueroute simple obligatoire.

Si la banqueroute est facultative, le juge apprécie souverainement si le fait incriminé et établi, doit être sanctionné en tenant compte, par exemple, de la gravité de la faute commise, du préjudice causé ou de la position du failli (cf G. Schuind, op.cit.p. 438 S n°13 et références citées). La faculté d'appréciation que cet article laisse aux juges, appartient aux juridictions de jugement (cf.R.P.D.P.op.cit n°2591 et 2592).

En tenant compte de la conjugaison des infractions de banqueroute simple facultative, le Tribunal estime que les faits encourent la sanction prévue par la loi.

Au vu du caractère obligatoire de la banqueroute pour défaut de justification de l'emploi du capital, ce fait doit encourir la sanction prévue par la loi.

Les cinq préventions de banqueroute simple facultative retenues en l'espèce se trouvent en concours réel entre elles et également en concours réel avec l'infraction d'omission de publication de comptes annuels, ainsi qu'avec l'infraction de défaut de justification de l'emploi du capital, si bien que par application des dispositions de l'article 60 du Code pénal la peine la plus forte sera seule prononcée, le maximum de cette peine pouvant même être élevé au double.

En l'espèce, la peine la plus forte est prévue par les dispositions de l'article 489 du Code pénal.

D'après 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.

En l'espèce, le tribunal constate que les faits commis par les prévenus ont une gravité certaine, qui est amplifiée par les antécédents judiciaires de **P.2.)**.

Le tribunal tient également compte dans la fixation de la peine que les prévenus n'ont pas daigné faire à leurs responsabilités en ne se présentant pas devant le Tribunal.

En conséquence, le Tribunal estime que les infractions commises sont sanctionnées de façon adéquate par une peine d'emprisonnement de 15 mois pour **P.1.)** et par une peine d'emprisonnement de 20 mois pour **P.2.)**.

P A R C E S M O T I F S

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, neuvième chambre, siégeant en matière correctionnelle, **statuant par défaut** à l'égard de **P.1.)** et de **P.2.)**, le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

c o n d a m n e P.1.) du chef des infractions retenues à sa charge et qui se trouvent en concours réel, à une peine d'emprisonnement de quinze (15) mois, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 12,41 euros;

c o n d a m n e P.2.) du chef des infractions retenues à sa charge et qui se trouvent en concours réel, à une peine d'emprisonnement de vingt (20) mois, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 12,41 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 sera inséré par extraits dans les quotidiens « Luxemburger Wort » et « Tageblatt », le tout dans les trois jours à partir du présent jugement, aux frais de **P.1.)** et de **P.2.)**.

Par application des articles 14, 15, 16, 60, 66, 489 du Code pénal; 163 2° de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales; 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196 du Code d'instruction criminelle; 11, 15, 440, 573, 574, 576, 583 du Code de commerce, qui furent désignés à l'audience par Monsieur le premier vice-président.

Ainsi fait et jugé par Prosper KLEIN, premier vice-président, Paul VOUEL, premier juge, et Claude METZLER, juge, prononcé en audience publique au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, Cité Judiciaire, Plateau du St. Esprit, par Monsieur le premier vice-président, en présence de Michèle FEIDER, substitut du Procureur d'Etat et de Georges BIGELBACH, greffier, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.