

**Cour de cassation**  
**chambre commerciale**  
**Audience publique du mardi 10 janvier 2012**  
**N° de pourvoi: 10-24426**  
**Publié au bulletin Cassation**

**Mme Favre (président), président**  
SCP Bouloche, avocat(s)

---

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; que cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance de toute pièce présentée au juge en vue d'influencer sa décision, dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, le 22 octobre 2003, la société Florastyle, dont M. X... était dirigeant, a été mise en liquidation judiciaire, M. A... étant désigné liquidateur ; que, le 18 août 2006, le liquidateur a assigné M. X... en comblement de l'insuffisance d'actif de la société ; que le tribunal a désigné un juge chargé d'établir un rapport qui a été communiqué au procureur de la République et au tribunal mais pas à M. X... malgré la demande de son avocat ; que, par jugement du 10 juin 2009, le tribunal a rejeté la demande présentée par M. X... en irrégularité de la procédure pour absence de communication par le greffe du rapport du juge désigné et l'a condamné au titre du comblement de l'insuffisance d'actif à payer à M. A..., ès qualités, la somme de 118 810 euros ;

Attendu que pour rejeter la demande de M. X... tendant à l'annulation du jugement du 10 juin 2009 et à la communication du rapport établi en première instance, après avoir énoncé que selon les dispositions de l'article 164 du décret du 27 décembre 1985, reprises, sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005, par l'article 318, alinéa 1er, du décret du 28 décembre 2005, la seule communication du rapport du juge désigné par le tribunal concerne le ministère public, l'arrêt en déduit que rien n'oblige le greffe à communiquer ce rapport aux parties ; qu'ayant relevé qu'au cas présent, la liquidation judiciaire de la société Florastyle représentée par M. A..., ès qualités, n'a pas plus bénéficié de la communication écrite du rapport que M. X..., l'arrêt retient que les parties ont été traitées d'égale manière au regard de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'ayant

relevé enfin que M. X... a eu connaissance de l'assignation en comblement de l'insuffisance d'actif à compter du 18 août 2006, tandis que ses conclusions ont été seulement déposées en janvier 2008, l'arrêt en déduit que le temps écoulé a largement permis à M. X... de pouvoir prendre connaissance au greffe du tribunal de l'intégralité du rapport en question ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la faculté de consultation du dossier au greffe, prévue par les dispositions de l'article 164 du décret du 27 décembre 1985 dans sa rédaction issue du décret du 21 octobre 1994, ne dispense pas le greffe de communiquer à la partie qui le demande le rapport communiqué au ministère public, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 juin 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rennes, autrement composée ;

Condamne M. A..., ès qualités, aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande présentée par M. X... ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix janvier deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boulloche, avocat aux Conseils pour M. X....

Le premier moyen de cassation fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la demande de Monsieur X... tendant à l'annulation du jugement et à la communication du rapport établi en première instance, et de l'avoir en conséquence condamné, à payer à Maître A..., ès qualités, la somme de 118. 810 €,

Aux motifs que « l'appelant excipe d'une violation du principe du contradictoire au motif que le rapport du juge Monsieur Y..., n'aurait pas été communiqué à son conseil en dépit de sa demande, et que par courrier du 2 janvier 2008 le Président du Tribunal de Commerce aurait fait savoir que les dispositions de l'article 164 du décret du 25 décembre 1985 prévoient simplement un dépôt au greffe de ce rapport ainsi qu'un avertissement au dirigeant qu'il pouvait prendre connaissance de celui-ci ; que l'argumentation articulée par M. X... est inopérante ; qu'en droit le Tribunal peut d'office ou à la demande des personnes l'ayant saisi, désigner un juge afin d'établir un rapport, mais que cette désignation ayant un caractère facultatif, il a la faculté de prononcer une condamnation en comblement de passif, sans un rapport obligatoire par ce juge (Cass. Com., 24 sept. 2003) ; que les modalités de cette désignation et ses effets sont édictées par l'article 164 du Décret du 27 décembre 1985 en ces termes :

" Pour l'application des articles " L 624-3 à L 624-7 du code de commerce ", le juge désigné par le Tribunal peut se faire assister de toute personne de son choix dont les constatations sont consignées dans son rapport. Ce rapport est déposé au greffe et communiqué par le greffier au Procureur de la République.

Le ou les dirigeants mis en cause sont avertis par le greffier qu'ils peuvent prendre connaissance du rapport et sont convoqués huit jours au moins avant leur audition en chambre du conseil, par acte d'huissier de justice ou dans les formes prévues aux articles 8 et 9.

Le Tribunal statue, sur rapport du juge désigné, par jugement prononcé en audience publique.  
"

Que le régime est identique sous l'empire de la Loi de sauvegarde des entreprises (décret du 28 décembre 2005, article 318, alinéa 1) ; que la seule communication concerne le Ministère Public, si bien que rien n'oblige le greffe à communiquer le rapport aux parties ; que l'appelant soutient que l'égalité des armes et des principes de la contradiction implique nécessairement que la communication de ce rapport ait lieu afin que la procédure soit équitable ; que la jurisprudence de la Cour Européenne citée est toutefois sans application à l'espèce, comme se référant à la communication de pièces qui n'intéressaient qu'une partie au litige et non pas la défense, à proprement dite ; qu'au cas présent, la liquidation judiciaire n'a pas plus bénéficié de la communication écrite du rapport que Monsieur X..., ce qui fait que les parties ont été traitées d'égale manière ; qu'au plan des faits, le moyen soulevé par l'appelant ne saurait non plus prospérer ; que M. X... a eu connaissance de l'assignation depuis le 18 août 2006 et que ses conclusions ont été déposées en janvier 2008 seulement ; que le temps écoulé a largement permis à l'appelant de pouvoir prendre connaissance totalement du rapport en question et ce d'autant plus facilement que son premier conseil exerçait ses activités auprès du Tribunal de commerce de VANNES ; qu'il résulte des pièces et éléments du dossier que M. X... a eu toute possibilité de prendre connaissance du rapport au greffe du tribunal ... » (arrêt p. 4 & 5) ;

Alors que, d'une part, le principe de l'égalité des armes implique que le rapport du juge désigné par le tribunal dans une procédure tendant à la condamnation du dirigeant d'une société au paiement de l'insuffisance d'actif soit communiqué non seulement au procureur de la République mais aussi à l'ensemble des parties, notamment à ce dirigeant ; qu'en décidant que la communication du rapport au dirigeant n'était pas obligatoire, la cour d'appel a violé les articles 6 de la convention européenne des droits de l'homme, L. 624-7 du code de commerce dans sa rédaction en vigueur, 164 du décret du 27 décembre 1985 et 425-2 du code de procédure civile ;

Alors que, d'autre part, le droit à un recours juridictionnel effectif implique que le rapport du juge désigné par le tribunal dans une procédure tendant à la condamnation du dirigeant d'une société au paiement de l'insuffisance d'actif soit communiqué à ce dirigeant ; qu'en décidant que cette communication n'était pas obligatoire, la cour d'appel a violé les articles 6 de la convention européenne des droits de l'homme, L. 624-7 du code de commerce dans sa rédaction en vigueur, 164 du décret du 27 décembre 1985 et 425-2 du code de procédure civile.

Le second moyen de cassation fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné Monsieur X... à payer à Maître A..., ès qualités, la somme de 118. 810 €,

Aux motifs que « la faute doit avoir seulement « contribué » à l'insuffisance d'actif et que le préjudice consiste en l'insuffisance d'actif que révèle la procédure ;

Considérant qu'en l'espèce, l'insuffisance d'actif correspondant à la somme de 237. 620, 01 € n'a jamais été remise en cause et ne peut du reste l'être, au vu des créances vérifiées et admises ;

Que la condition de fond au sens de l'article L 624-3 du code de commerce est remplie ;

Considérant que, il ne saurait non plus être sérieusement dénié que Monsieur X... a poursuivi une exploitation déficitaire en dépit des mises en gardes effectuées, de la connaissance qu'il avait de la situation et qu'il est également indéniable qu'il a tardé à déclarer la cessation des paiements ;

Que l'appelant soutient que les résultats d'exploitation négatifs ainsi que la situation délicate de l'entreprise étaient extérieurs aux dirigeants et qu'il prétend que la situation décrite par le commissaire aux comptes ne suffisait pas à démontrer l'existence d'un comportement inapproprié de sa part ;

Que toutefois la lecture du bilan de 2001 (au 31 juillet) démontre une détérioration flagrante de la situation de l'entreprise se traduisant par :

- un résultat d'exploitation négatif de 130. 606 Francs (19. 910, 76 €)
- un résultat courant avant impôts de -178. 929 Francs (-27. 277, 55 €)
- et dans le cadre du compte de résultat, une perte de 212. 328 Francs (32. 369, 19 €).

Que les fonds propres ont subi consécutivement une dégradation significative ;

Qu'au 31 juillet 2002, la dégradation s'était considérablement aggravée, les comptes annuels faisant ressortir une perte de 68. 510 €, outre un fond de roulement négatif également en baisse ;

Que contrairement aux dires de l'appelant, le rapport du Commissaire aux comptes ne se bornait pas à faire état de difficultés sérieuses ;

Qu'il mentionnait que les mesures de redressement mises en oeuvre ne laissaient pas entrevoir une amélioration de la situation financière dans un avenir prévisible ;

Que la faute de gestion de Monsieur X... est d'autant plus caractérisée que le Commissaire aux comptes avait refusé la certification des comptes arrêtés au 31 juillet 2002 ;

Que les observations du commissaire aux comptes mettaient clairement en exergue que l'activité continuait à générer du passif et relevaient sans équivoque les pertes sus invoquées ainsi que le caractère négatif du fond de roulement ;

Considérant que le dossier établit aussi que Monsieur X... a poursuivi une activité déficitaire dans l'attente du résultat hypothétique du procès qu'il poursuivait contre son propre vendeur ;

Que l'existence d'un procès en cours ne constitue pas un motif légitime autorisant un dirigeant à différer une déclaration de cessation de paiements ;

Que la responsabilité du dirigeant est acquise du seul fait qu'il a poursuivi délibérément une activité déficitaire et a tardé à déposer le bilan, ce qui est le cas en l'espèce ;

Que contrairement à ce que prétend l'appelant, il n'est nullement exigé que la poursuite d'une activité déficitaire suppose l'existence d'un comportement frauduleux ;

Que de même, le fait que la faute de gestion ait concouru au moins partiellement à l'insuffisance d'actif est de nature à justifier la condamnation du dirigeant à supporter la totalité des dettes sociales ;

Considérant que les bilans ont révélé que Monsieur X... a sciemment poursuivi une exploitation déficitaire et qu'aucune mesure n'a été prise par le dirigeant pour permettre à la société de se redresser ;

Que le Commissaire aux comptes l'a confirmé en rappelant que le niveau d'activité de la société ne présentait pas de redressement et que le chiffre d'affaires était en recul d'environ 20 % depuis le début de l'exercice ;

Que la situation était ainsi totalement insusceptible de s'améliorer ;

Que le Tribunal de Commerce a justement relevé que :

" les comptes annuels ne lui (le Commissaire aux comptes) paraissaient pas réguliers et sincères et ne donnaient pas une image fidèle des opérations de l'exercice écoulé et de la situation financière et patrimoniale de la société à la fin de l'exercice ".

Considérant que le seul fait que le Tribunal n'ait pas cru devoir au mois de mai 2003 ouvrir d'office une procédure collective ne constitue pas une circonstance exonératoire de responsabilité pour Monsieur X... ;

Que la poursuite d'une exploitation déficitaire résulte des seuls faits objectifs du dossier qui prouvent que la poursuite de l'exploitation déficitaire a directement conduit à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre de la liquidation judiciaire ;

Que Monsieur X... n'a pas déposé le bilan en temps utile, et que lorsque le jugement déclaratif est intervenu, la situation était irrémédiablement dégradée depuis plusieurs mois, le passage par le redressement judiciaire n'étant pas envisageable ;

Que le jugement de liquidation judiciaire, qui a retenu une date de cessation des paiements antérieure à celles normalement imposée par la loi, n'a pas fait l'objet d'aucun recours de la part de M. X... ;

Considérant qu'enfin, il est constant, qu'au moment du dépôt de bilan l'exploitation était arrêtée depuis plusieurs mois et qu'une grande partie de l'actif avait été cédée ;

Que ceci a, au demeurant, empêché Maître A... d'envisager une éventuelle cession du fonds de commerce puisqu'il n'existait plus ni chambre froide, ni serre, ni véhicule de transport ;

Que Monsieur X... ne pouvait ignorer que ces éléments d'actifs n'existaient plus lors du dépôt de bilan ;

Que le Tribunal de VANNES a, d'ailleurs, mentionné :

" (...) au 31 juillet 2003, date à laquelle la société avait cessé toute activité, et sur le bilan de laquelle il n'existait plus aucun actif (...) "

Que dans ses dernières écritures, Monsieur X... allègue que Maître A... aurait finalement pu réaliser un actif conséquent (35. 831, 83 €) ;

Que cependant, le montant des seules immobilisations corporelles s'élevait au 31 juillet 2002 à la somme de 356. 966 € (comptes de l'exercice clos au 31 juillet 2002) ;

Considérant que Monsieur André X... avait un intérêt direct à la poursuite de son activité dès lors qu'il était garant personnellement de certains engagements de la société ;

Que le Tribunal a justement relevé :

" (...) que cette poursuite abusive d'activités déficitaires était motivée par la volonté pour Monsieur X... d'échapper ou de retarder la mise en oeuvre des garanties personnelles auxquelles il s'était engagé (...) " ;

Que le seul intérêt guidant l'action de Maître A... a été celui des créanciers, ce qui rend totalement gratuites les affirmations de l'appelant selon lesquelles ce mandataire judiciaire aurait agi sous la pression de l'avocat personnel de Monsieur Z... » (arrêt p. 6 à 8),

Alors que, d'une part, dans ses conclusions d'appel, M. X... a soutenu qu'aucune pièce ne permettait d'établir qu'il avait un intérêt direct à la poursuite de l'activité de la société au regard des garanties personnelles qu'il a dû donner ; qu'en décidant que M. X... avait un intérêt direct à la poursuite de l'activité car il était garant personnellement d'engagements de la société, sans répondre à ce moyen ni donc préciser quelles pièces permettraient d'établir l'existence de cet intérêt, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors que, d'autre part, M. X... a également fait valoir qu'il n'était pas établi que la société fût en cessation de paiements avant le 31 juillet 2003, de sorte qu'il ne pouvait lui être reproché d'avoir tardé à déclarer la cessation des paiements que si la situation de la société s'était aggravée entre le 31 juillet 2003 et le 8 octobre 2003, date de la déclaration de cessation des paiements ; qu'en reprochant à M. X... de n'avoir pas déposé le bilan en temps utile, sans répondre à ce moyen, la cour d'appel a derechef violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors en troisième lieu que M. X... a soutenu que la somme de 356. 966 € alléguée comme valeur des immobilisations au 31 juillet 2002 correspondait à la valeur d'origine des immobilisations corporelles, sans tenir compte des amortissements depuis 1989 ; qu'en se bornant à affirmer que le montant des seules immobilisations corporelles s'élevait au 30 juillet 2002 à 356. 966 €, sans répondre aux conclusions de M. X... contestant cette somme, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors qu'enfin, M. X... a soutenu qu'il avait réglé une créance de 15. 500 €, laquelle devait donc être déduite du passif de la société ; qu'en le condamnant à payer la moitié du passif social, sans avoir réduit ce dernier ni répondu au moyen de M. X... sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

---

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Rennes du 8 juin 2010