

COUR DE CASSATION

Audience publique du **4 novembre 2014**

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 941 F-P+B

Pourvoi n° M 13-24.028

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par M. Jean-François Darcel,
domicilié 6 rue des Frères Gasnier, 49080 Bouchemaine,

contre l'arrêt rendu le 17 janvier 2012 par la cour d'appel d'Angers
(chambre commerciale), dans le litige l'opposant :

1^o/ à M. Franklin Bach, domicilié 1 rue d'Alsace, BP 92126,
49021 Angers cedex 02, pris en qualité de liquidateur à la liquidation
judiciaire de la société Servial,

2^o/ au procureur général près la cour d'appel d'Angers,
domicilié en cette qualité, Parquet général, Palais de justice, rue Waldeck
Rousseau, 49043 Angers cedex 01,

défendeurs à la cassation ;

M. Bach, ès qualités, a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Le demandeur au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 23 septembre 2014, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. Zanoto, conseiller rapporteur, M. Rémerly, conseiller doyen, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Zanoto, conseiller, les observations de Me Foussard, avocat de M. Darcel, de la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat de M. Bach, ès qualités, l'avis de M. Le Mesle, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par M. Darcel que sur le pourvoi incident relevé par M. Bach, en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société Servial ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Servial (la société) ayant été mise en redressement puis liquidation judiciaires les 20 décembre 2006 et 31 janvier 2007, le liquidateur a, le 27 janvier 2010, assigné son président, M. Darcel, en paiement de l'insuffisance d'actif et en prononcé d'une mesure d'interdiction de gérer ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, qui est préalable :

Attendu que le liquidateur fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré irrecevable, comme prescrite, sa demande tendant à voir prononcer une interdiction de gérer à l'encontre de M. Darcel alors, selon le moyen, *qu'en cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation judiciaire, qui marque l'ouverture d'une nouvelle procédure à l'encontre du débiteur en difficulté, le délai de prescription de l'action aux fins d'interdiction de gérer court à compter du jugement de liquidation ; qu'en déclarant prescrite l'action aux fins d'interdiction de gérer diligentée par le liquidateur contre M. Darcel au motif que cette action avait été introduite plus de trois ans après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la société Servial, alors qu'en présence d'une procédure de redressement judiciaire ultérieurement convertie en liquidation judiciaire, le délai de prescription devait courir à compter du jugement ayant prononcé la liquidation, soit en l'espèce le 31 janvier 2007, de sorte que l'action introduite*

le 27 janvier 2010 était recevable, la cour d'appel a violé l'article L. 653-1 du code de commerce ;

Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 653-1, II du code de commerce que les actions engagées aux fins de voir prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer à l'égard des dirigeants personnes physiques se prescrivent par trois ans à compter du jugement qui prononce l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ; qu'ayant relevé que la procédure de redressement judiciaire de la société avait été ouverte le 20 décembre 2006 et que l'assignation aux fins de voir prononcer une mesure d'interdiction de gérer avait été délivrée au dirigeant social le 27 janvier 2010, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action était prescrite ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le pourvoi principal :

Attendu que les deux premiers moyens de ce pourvoi ne sont pas de nature à permettre son admission ;

Mais sur le troisième moyen de ce pourvoi :

Vu l'article L. 651-2, alinéa 1er, du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité ;

Attendu que pour condamner M. Darcel au paiement d'une somme de 400 000 euros au titre de l'insuffisance d'actif au motif que ce dernier a omis de déclarer l'état de cessation des paiements de la société dans le délai légal, l'arrêt, après avoir constaté une forte dégradation du résultat d'exploitation et du résultat courant de la société, en 2004 et 2005, lesquels sont devenus négatifs, une absence de rentabilité de la société à partir de 2004, le rejet de chèques sans provision, en août 2005, pour un montant d'environ 10 000 euros, et la décision de la banque, en septembre 2005, de mettre un terme définitif à l'ouverture de crédit jusqu'ici consentie, retient qu'à compter du 8 juin 2006, date à laquelle M. Darcel a évoqué avec le commissaire aux comptes de la société la nécessité de prendre des mesures de redressement, la société était en état de cessation des paiements ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser, en l'absence de précisions sur l'actif disponible, l'état de cessation des paiements au 8 juin 2006, lequel constituait la condition nécessaire pour que soit retenue contre le dirigeant la déclaration tardive de cet état, la cour d'appel, qui a pris cette faute de gestion en considération, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et attendu que la condamnation au titre de l'insuffisance d'actif ayant été prononcée en considération de plusieurs fautes de gestion, la cassation encourue à raison de l'une d'entre elles entraîne la cassation de l'arrêt ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi incident ;

Et sur le pourvoi principal :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a rejeté les exceptions de nullité et déclaré irrecevable, comme prescrite, la demande tendant à voir prononcer une interdiction de gérer à l'encontre de M. Darcel, l'arrêt rendu le 17 janvier 2012, entre les parties, par la cour d'appel d'Angers ; remet, en conséquence, sur les autres points, 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 d'Angers, autrement composée ;

Condamne M. Bach, en qualité de liquidateur de la société Servial, aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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 partiellement 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 quatre novembre deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par Me Foussard, avocat aux Conseils pour M. Darcel

PREMIER MOYEN DE CASSATION

L'arrêt attaqué encourt la censure ;

EN CE QU'il a écarté la demande en nullité visant la saisine du tribunal ainsi que le jugement de première instance, puis accueilli comme fondée la demande visant à faire supporter l'insuffisance d'actif de la société SERVIAL et condamné Monsieur DARCEL à payer la somme de 400.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE le procureur général près la cour d'appel d'ANGERS a déposé ses conclusions le 19 septembre 2011 (arrêt, p. 4 alinéa 4) ; qu'il conclut à la nullité du jugement, faute de référence au rapport du juge commissaire (arrêt, p. 7 alinéa 4) ; qu'il ajoute que l'exception de nullité visant les conditions de l'audition de Monsieur DARCEL doit être écartée (arrêt, p. 7 alinéa 5) ; qu'il conclut en outre, indépendamment à la condamnation de Monsieur DARCEL au paiement d'une somme de 991.395 euros au titre de l'insuffisance d'actif (arrêt, p. 7 alinéa 7)

ALORS QUE lorsque le ministère public prend des conclusions, l'arrêt doit mentionner à quelle date ces conclusions ont été communiquées aux parties à l'instance ; que faute de ce faire, l'arrêt doit être censuré pour violation des articles 16 et 425 du code de procédure civile ;

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

L'arrêt attaqué encourt la censure ;

EN CE QU'il a écarté la demande en nullité visant la saisine du tribunal ainsi que le jugement de première instance, puis accueilli comme fondée la demande visant à faire supporter l'insuffisance d'actif de la société SERVIAL et condamné Monsieur DARCEL à payer la somme de 400.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE « dans sa version codifiée issue du décret du 23 décembre 2006, l'article R 662-12 du code de commerce disposait, et dispose toujours, que le tribunal statue sur rapport du juge commissaire en ce qui concerne l'interdiction de gérer prévue à l'article L 653-8 du même code ; que par décret du 23 décembre 2006 applicable, sur ce point, aux procédures collectives ouvertes à compter du 1er janvier 2006, l'article 76 du décret n'en excluant l'application qu'aux procédures ouvertes avant cette date, cette disposition a été étendue à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ; que la loi ne prévoyant pas de formalisme particulier, le rapport peut être oral ou écrit ; que le non-respect par le tribunal de cette disposition édictée dans le cadre de l'organisation judiciaire, dans l'intérêt d'une meilleure administration de la justice et non dans l'intérêt de l'une ou l'autre des parties, constitue une nullité de fond qui peut être invoquée en tout état de cause en application de l'article 117 du code de procédure civile ; que M. Darcel, qui ne l'avait certes pas fait, dans ses premières conclusions déposées le 16 mars 2011, reste donc

recevable à proposer cette exception de nullité dans ses dernières conclusions ; que si le jugement critiqué ne fait certes nulle mention du rapport du juge commissaire se trouve néanmoins dans le dossier de première instance un document daté du 13 octobre 2010 intitulé "Rapport du juge commissaire (..) Responsabilité pour insuffisance d'actif (...) Interdiction de gérer (...), comportant les mentions suivantes: "Nous, Jean Yves Souron Barbault, juge commissaire de la SAS Servial (...), dressons le présent rapport au tribunal saisi sur le fondement des dispositions des articles L 651-1 et suivants et L 653-1 et suivants du code de commerce à l'égard de M. Jean François Darcel, PDG de la SAS Servial. Je souscris aux demandes du liquidateur et m'en remets à la sagesse du tribunal. Fait à Angers le 13 octobre 2010." ; que par ailleurs, la note d'audience du 13 octobre 2010 signée par le greffier, indique en page 6 que le président du tribunal de commerce, M. Simon a fait lecture du rapport du juge commissaire avant que le ministère public soit entendu en ses observations et que l'affaire soit mise en délibéré au 8 décembre 2010 ; qu'il s'ensuit que le tribunal de commerce a donc bien statué sur le rapport du juge commissaire, au sens de l'article R 662-12 du code de commerce, ce qui prive de toute efficacité l'exception de nullité soulevée de ce chef par M. Darcel » ;

ALORS QUE, premièrement, le liquidateur, face au moyen tiré de l'absence de rapport, n'a pas soutenu que les insuffisances du jugement étaient palliées par les éléments figurant au dossier de la procédure (conclusions du 4 octobre 2011, pp. 5 et 6) et n'a pas davantage visé, dans les pièces produites, les éléments figurant éventuellement au dossier de la procédure (conclusions du 4 octobre 2011, pp. 34-36) ; que les conclusions du procureur général en date du 16 septembre 2011, qui ont été déposées au dossier le 19 septembre 2011, concluant à l'irrégularité de la procédure pour absence de rapport, ne pouvaient par hypothèse conclure à la régularité de la procédure à raison des pièces figurant au dossier de la procédure ; qu'elles n'étaient pas davantage assorties de production concernant les éléments figurant au dossier de la procédure ; qu'en statuant comme ils l'ont fait au motif que si le jugement ne faisait pas état d'un rapport, un rapport émanant du juge commissaire figurant au dossier, et si le jugement ne faisait pas davantage état de sa lecture, un document émanant du greffier mentionnait cette lecture ; les juges du fond ont relevé un moyen d'office et faute d'avoir invité les parties et notamment Monsieur DARCEL à s'expliquer, ont violé l'article 16 du code de procédure civile.

ALORS QUE, deuxièmement, si à raison de l'effet dévolutif, les juges du second degré peuvent connaître de l'affaire, ayant le pouvoir de la réexaminer en fait et en droit, cette circonstance ne peut entraîner le caractère inopérant d'un moyen visant la procédure de première instance ou le jugement de première instance, que pour autant que les juges du second degré s'abstiennent de se référer à ladite procédure de première instance ou audit jugement, et notamment s'abstiennent d'incorporer à leur arrêt un élément du jugement et plus spécialement un élément du dispositif ; que tel n'est pas le cas en principe dès lors notamment que les juges du second degré, pour statuer, s'agissant de l'insuffisance d'actif, se sont appropriés un élément du dispositif des premiers juges ; que de ce point de vue également l'arrêt encourt la censure au regard de l'article 16 du code de procédure civile ;

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

L'arrêt attaqué encourt la censure ;

EN CE QU'il a écarté la demande en nullité visant la saisine du tribunal ainsi que le jugement de première instance, puis accueilli comme fondée la demande visant à faire supporter l'insuffisance d'actif de la société SERVIAL et condamné Monsieur DARCEL à payer la somme de 400.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE « il enfin reproché à M. Darcel d'avoir tardé à déposer le bilan alors que la situation était manifestement obérée ; qu'au vu des arguments développés par Maître Bach, il apparaît que ce dernier reproche, dans les faits., également à l'appelant d'avoir maintenu trop longtemps une activité déficitaire ; qu'il être rappelé que le juge saisi sur le fondement de l'article L 651-2 du code de commerce n'est pas lié par la date de cessation des paiements retenue par le tribunal de commerce dans le cadre de la procédure collective ; qu'il ressort des pièces produites que l'activité de la société était déficitaire en 2004 (-106 494 euros pour un chiffre d'affaires de 4 589 750 euros) ainsi qu'en 2005 (-57 795 euros pour un chiffre d'affaires de 5 673 993 euros) ; que le montant de ces déficits ramenés au chiffre d'affaires ne paraît certes pas renvoyer une image préoccupante de la situation de la société, l'existence d'un déficit modéré ne suffisant pas à laisser suspecter une cessation des paiements ; que cependant, en l'espèce, la réalité est toute autre ; qu'en effet pour l'année 2004 le résultat d'exploitation était de - 482 344 euros (contre +118 428 euros en 2003) et le résultat du compte courant était de - 624 313 euros (contre + 23 604 euros en 2003) ; que pour l'année 2005 le résultat d'exploitation était de - 246 498 euros et le résultat de compte courant de - 261 652 euros ; que l'évolution de ces chiffres démontre en réalité une absence absolue de rentabilité de la société à compter de 2004, ainsi que le souligne d'ailleurs Maître Rousseau dans son rapport, étant observé que pour l'année 2006, la situation arrêtée au 31 octobre 2006 faisait déjà apparaître un résultat négatif de 590 000 euros, l'ampleur de l'insuffisance d'actif constatée à ce jour permettant de retenir que la situation de la société n'a finalement fait que s'aggraver en 2006 ; que le montant d'apparence modérée des déficits de 2004 et 2005 ne s'explique en réalité que par l'importance des sommes portées au bilan au chapitre des résultats exceptionnels: 465 402 euros en 2004 et 203 857 euros en 2005 qui sont venus réduire le montant réel du déficit mais qui résultent ; - pour l'année 2004 , de cessions d'immobilisations pour 192 000 euros et de l'abandon, assorti d'une clause de retour à meilleure fortune , par la société mère Érin Finances pour 275 000 euros ; - pour l'année 2005, de cessions d'immobilisations pour 74 000 euros et de l'abandon de loyers, toujours, sous les mêmes réserves par la société Érin Finances pour la somme de 120 000 euros ; qu'il s'ensuit que M. Darcel, dont l'expérience du monde des affaires résulte de son implication dans de nombreuses sociétés telle que révélée par les pièces produites aux débats, ne pouvait se méprendre sur la viabilité de la société qui ne parvenait finalement à minorer le déficit qu'en cédant une partie de ses actifs et en bénéficiant d'un abandon conditionnel de loyers dont rien ne lui assurait la pérennité alors, par ailleurs, que les signaux d'alerte se sont multipliés à compter de 2005 ; qu'ainsi : - en août 2005 des chèques sans provisions ont été rejetés pour environ 10 000 euros par la Caisse d'épargne qui a refusé de dépasser le découvert de 30 00 euros qu'elle avait consenti à la société Servial étant observé qu'il fallait que la trésorerie de la société soit en bien piteux état pour qu'elle ne puisse honorer une somme de 10 000 euros, - en septembre 2005, la Caisse d'épargne a définitivement privé la société Servial de toute ouverture de crédit et l'a enjointe d'avoir à régulariser sa situation,- en juin 2006, le commissaire aux comptes (Audicom) a invité M. Darcel à tout mettre en oeuvre pour s'assurer de l'existence et de la conservation des actifs de l'entreprise en menaçant si la situation n'évoluait pas d'émettre des réserves sur l'exercice suivant, voire de refuser de certifier les comptes annuels, - en juin 2006,

le même commissaire aux comptes (cf pièce 62) a fait part à M. Darcel de ses préoccupations quant à la situation de la société ; qu'il sera ici observé que M. Darcel, alors que l'absence de rentabilité de la société Servial était avérée, n'a pas hésité à aggraver encore la situation en achetant le 2 février 2006, du matériel à la société Erin Finances pour la somme non négligeable de 126 895 euros ; qu'il doit donc être retenu M. Darce' a manqué à ses obligations de dirigeant en prolongeant au-delà du raisonnable l'activité de la société Servial dont le défaut de rentabilité était patent, l'appelant lui-même reconnaissant que la société avait été, notamment, victime des effets de la grippe aviaire ; qu'alors que la loi lui faisait obligation de déposer le bilan dans un délai maximal de 45 jours suivant la cessation des paiements, force est de constater que M. Darce' ne s'est finalement résolu à déposer le bilan, le 18 décembre 2006, qu'après que le commissaire aux comptes (Audicom) ait menacé de déclencher une procédure d'alerte ; que compte tenu de la valeur des actifs de la société, du montant du passif qui n'a pu se constituer, par son ampleur, pendant les seuls 45 jours qui ont précédé la date de déclaration des paiements, des indicateurs concernant la situation de trésorerie figurant dans le rapport de Maître Rousseau, la cour retient que la cessation des paiements était acquise au 8 juin 2006, date à laquelle M. Darcel a évoqué avec le commissaire aux comptes la nécessité de prendre des mesures pour assurer le redressement de l'entreprise ; que la poursuite de l'activité déficitaire et le retard pris par M. Darcel à déposer le bilan, auxquels n'est sans doute pas étranger le fait qu'il s'investissait, sur la même période dans l'activité de la société Servicash qui avait elle-même racheté les sociétés Epigram et Resto Viandes, ont contribué à l'insuffisance d'actif, le déficit s'étant encore plus largement creusé sur l'année 2006 au vu des chiffres qui ont plus haut été rappelés »

ALORS QUE, si les juges du fond ne sont pas tenus par la date de cessation des paiements qui a été retenue par le juge, lorsqu'il a ouvert la procédure collective, ils ont néanmoins l'obligation, dans le cadre d'une action visant à faire supporter l'insuffisance d'actif à un dirigeant, de caractériser l'état de cessation des paiements dès lors qu'ils retiennent une date distincte de celle figurant dans la décision ouvrant la procédure collective ; que la cessation des paiements s'entend de l'impossibilité pour l'entreprise de faire face au passif exigible au moyen de son actif disponible ; qu'en s'abstenant de s'expliquer au cas d'espèce sur le passif exigible à la date du 8 juin 2006 qu'il retenait, ainsi que l'actif disponible, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles L.651-2 et L.631-4 du code de commerce.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat aux Conseils pour M. Bach, ès qualités,

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré irrecevable, comme prescrite, la demande de Maître BACH tendant à voir prononcer une interdiction de gérer à l'encontre de M. Jean François DARCEL ;

AUX MOTIFS QUE : « si en application des dispositions de l'article 910 du code de procédure civile applicable à l'instance en cours et de l'article 771 du même code auquel il renvoie, le conseiller de la mise en état est seul compétent pour statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance, les parties n'étant plus recevables à soulever ces exceptions et incidents après le dessaisissement du conseiller de la mise en état, il reste que la prescription de l'action n'est pas une exception de procédure mais une fin de non-recevoir, laquelle ne constitue, en outre, pas un incident mettant fin à l'instance au sens de l'article 771 susvisé. Dès lors M. DARCEL est parfaitement recevable à soulever devant la cour la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action aux fins d'interdiction de gérer. Aux termes de l'article L 653-1 du code de commerce, les actions engagées aux fins de voir prononcer des sanctions à l'égard des dirigeants, se prescrivent par trois ans à compter du jugement qui prononce l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Il résulte de ces dispositions que le point de départ de la prescription est, en l'espèce, le jugement du 20 décembre 2006 qui a ouvert la procédure de redressement judiciaire de sorte que le délai de prescription expirait le 20 décembre 2009. L'assignation aux fins de voir prononcer une mesure d'interdiction de gérer a été délivrée le 27 janvier 2010, de sorte que l'action est prescrite »

ALORS QU' en cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation judiciaire, qui marque l'ouverture d'une nouvelle procédure à l'encontre du débiteur en difficulté, le délai de prescription de l'action aux fins d'interdiction de gérer court à compter du jugement de liquidation ; qu'en déclarant prescrite l'action aux fins d'interdiction de gérer diligentée par Maître BACH contre Monsieur DARCEL au motif que cette action avait été introduite plus de trois ans après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la société Servial, alors qu'en présence d'une procédure de redressement judiciaire ultérieurement convertie en liquidation judiciaire, le délai de prescription devait courir à compter du jugement ayant prononcé la liquidation, soit en l'espèce le 31 janvier 2007, de sorte que l'action introduite le 27 janvier 2010 était recevable, la Cour d'appel a violé l'article L.653-1 du code de commerce.