

COUR DE CASSATION

Audience publique du **22 mars 2016**

Irrecevabilité et Cassation

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 258 F-P+B

Pourvois n° F 14-10.066
X 14-14.980

JONCTION

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 les pourvois n° F 14-10.066 et X 14-14.980 formés par M. Jérôme Cabooter, domicilié 4 boulevard Mickaël Faradav, 77000 Marne-la-Vallée, agissant en qualité de mandataire *ad hoc* de la société Clinique Armand Brillard, désigné en remplacement de M. Yvon Le Taillanter par jugement du tribunal de commerce de Créteil du 6 novembre 2013,

contre deux arrêts rendus les 14 mars et 26 septembre 2013 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 6), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Bred banque populaire, dont le siège est 18 quai de la Rapée, 75012 Paris,

2°/ à Société générale de santé clinique, société anonyme, dont le siège est 96 avenue d'Iéna, 75116 Paris,

3° à la société Hôpital privé Armand Brillard, société en nom collectif, dont le siège est 3-5 avenue Watteau, 94130 Nogent-sur-Marne,

4° à la société Médifutur, société anonyme, dont le siège est 96 avenue d'Iéna, 75116 Paris,

5° à la société Sochipard, société anonyme, dont le siège est 30 rue Notre-Dame des Victoires, 75002 Paris, prise en la personne de son liquidateur amiable, M. Gilles Grange, domicilié 31 quai de Dion Bouton, 92800 Puteaux,

défenderesses à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi n° X 14-14.980, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 9 février 2016, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. Marcus, conseiller rapporteur, M. Rémerly, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Marcus, conseiller, les observations de la SCP Rousseau et Tapie, avocat de M. Cabooter, ès qualités, de la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat de la société Bred banque populaire, l'avis de Mme Beaudonnet, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Joint les pourvois n° F 14-10.066 et X 14-14.980, qui attaquent le même arrêt ;

Sur la recevabilité du pourvoi n° F 14-10.066, examinée d'office après avertissement délivré aux parties :

Vu l'article 613 du code de procédure civile ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que le délai de pourvoi en cassation ne court, à l'égard des décisions rendues par défaut, même pour les parties qui ont comparu devant les juges du fond, qu'à compter du jour où l'opposition n'est plus recevable ;

Attendu que M. Cabooter, en qualité de mandataire *ad hoc* de la société Clinique Armand Brillard (la société CAB), s'est pourvu en cassation le 3 janvier 2014 contre des arrêts rendus les 14 mars et 26 septembre 2013 par défaut, signifiés le 6 janvier 2014 ; que le délai d'opposition n'avait pas couru à la date du pourvoi ;

D'où il suit que le pourvoi n'est pas recevable ;

Sur le pourvoi n° X 14-14.980 :

Sur la recevabilité du pourvoi, en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 14 mars 2013, examinée d'office après avertissement délivré aux parties :

Vu l'article 537 du code de procédure civile ;

Attendu que les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours ;

Attendu que le pourvoi est dirigé contre l'arrêt du 14 mars 2013 qui, dans son dispositif, révoque l'ordonnance de clôture, invite les parties à accomplir des diligences, fixe la date de la nouvelle ordonnance de clôture et celle de l'audience des plaidoiries ;

D'où il suit que le pourvoi n'est pas recevable ;

Sur le pourvoi, en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 26 septembre 2013 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société CAB, en redressement judiciaire depuis le 7 mars 1996, a fait l'objet d'un plan de cession partiel le 7 mars 1997 ; que M. Le Taillenter, désigné commissaire à l'exécution du plan, a assigné la société Bred banque populaire (la banque), pour soutien abusif de la société CAB ; qu'il a été nommé mandataire *ad hoc*, le 12 juin 2007, et remplacé ultérieurement par M. Cabooter ; qu'un arrêt du 10 septembre 2010, devenu irrévocable, a dit que la banque, qui avait soutenu abusivement la société CAB, du 10 juin 1992 au 7 mars 1996, date d'ouverture de la procédure collective, était tenue de réparer le préjudice subi pendant cette période et, sur son montant, a ordonné une expertise ;

Sur la recevabilité du premier moyen, contestée par la défense :

Attendu que la banque soutient que le moyen est nouveau, au motif qu'il est prétendu pour la première fois devant la Cour de cassation que le passif antérieur au soutien abusif aurait dû être pris en compte ;

Mais attendu que, dans ses conclusions, le mandataire *ad hoc* demandait que fussent comparés les capitaux propres de la société CAB à la date de l'octroi du soutien fautif, avec inclusion des dettes antérieures, avec ceux existant à la date d'ouverture de la procédure collective ; que le moyen, qui n'est pas nouveau, est donc recevable ;

Et sur le moyen :

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que l'établissement de crédit qui a fautivement retardé l'ouverture de la procédure collective de son client n'est tenu de réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi contribué à créer ; que le montant de l'aggravation de l'insuffisance d'actif est égal à la différence entre le montant de l'insuffisance d'actif à la date à laquelle le juge statue et le montant de l'insuffisance d'actif au jour de l'octroi du soutien abusif ;

Attendu que pour constater qu'il n'existe plus d'insuffisance d'actif que la banque ait contribué à créer et qu'elle soit tenue de réparer, et rejeter la demande de dommages-intérêts du mandataire *ad hoc*, l'arrêt, après avoir énoncé que le préjudice indemnisable suppose que soit démontrée au préalable l'insuffisance d'actif résiduelle appréciée au jour de la décision et une aggravation imputable au soutien fautif accordé par la banque, retient que l'actif s'élève à 4 455 451,50 euros tandis que le passif prenant uniquement en compte les créances nées après le 10 juin 1992 est au maximum de 3 042 540,30 euros, et en déduit qu'il ne subsiste aucune insuffisance d'actif à la charge de la banque ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

DÉCLARE IRRECEVABLE le pourvoi n° F 14-10.066 ;

DÉCLARE IRRECEVABLE le pourvoi n° X 14-14.980, en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt rendu le 14 mars 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 septembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; 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 Paris, autrement composée ;

Condamne la société Bred banque populaire aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à M. Cabooter, en qualité de mandataire *ad hoc* de la société Clinique Armand Brillard, la somme de 3 000 euros et rejette sa demande ;

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 vingt-deux mars deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi n° X 14-14.980 par la SCP Rousseau et Tapie, avocat aux Conseils, pour M. Cabooter, ès qualités

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief aux arrêts attaqués d'AVOIR constaté qu'il n'existe plus d'aggravation d'insuffisance d'actif que la BRED ait contribué à créer et qu'elle soit tenue de réparer et d'AVOIR débouté Me Le Taillanter, es qualités, aux droits duquel se trouve aujourd'hui Me Jérôme Cabooter, de sa demande de dommages-intérêts ;

AUX MOTIFS, résultant de l'arrêt du 14 mars 2013, QUE :

« Considérant qu'il a été irrévocablement jugé que la Bred avait soutenu abusivement la CAB à compter du 10/6/1992 jusqu'à l'ouverture de la procédure collective, c'est à dire jusqu'au 16/3/1996, et que la Bred était tenue de réparer le préjudice subi par Maître Le Taillanter, es qualités ; Considérant que le préjudice causé par le soutien abusif de la Bred est constitué par l'aggravation de l'insuffisance d'actif entre la date à laquelle le soutien est devenu abusif et la date de l'ouverture de la procédure collective que ses agissements fautifs ont retardée ; Considérant que la détermination de l'aggravation de l'insuffisance d'actif suppose que soit préalablement établie l'insuffisance d'actif ; Considérant que l'existence et le montant de l'insuffisance d'actif doivent être appréciés au moment où la cour statue, en ce sens que l'actif est désormais totalement réalisé et que son chiffrage est définitif ; Considérant que l'insuffisance d'actif est égale à la différence entre l'actif et le passif ; Considérant que l'actif est constitué par l'ensemble des avoirs de l'entreprise, tels qu'ils figurent au bilan, tels qu'ils ont été recensés par le commissaire priseur, en l'espèce tels qu'ils ont été réalisés et d'une manière générale de tous les fonds dont le mandataire judiciaire a bénéficié pour indemniser les créanciers ; que le passif est composé par les créances définitivement admises au passif de la procédure collective et qui n'ont fait l'objet d'aucune renonciation ; Considérant que le préjudice indemnisable, dans le cas d'espèce, suppose que soit démontrée au préalable une insuffisance d'actif résiduelle, et une aggravation imputable au soutien fautif accordé par la Bred ; Considérant que la cour a, dans l'arrêt du 10/9/2010, désigné Monsieur Nussenbaum afin de disposer de tous éléments permettant de déterminer l'aggravation de l'insuffisance d'actif de la CAB du 10/6/1992 à la date d'ouverture de la procédure collective ; que cet expert (page 8 du rapport d'expertise) a posé en principe que le calcul de l'aggravation de l'insuffisance d'actif supposait de déterminer dans quelle mesure le montant des capitaux propres de la société CAB avait diminué entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996 puis a estimé que le montant de la situation nette de la société CAB avait évolué d'un montant positif de 33.659.226 FF

au 10/6/1992 à un montant négatif de 55.982.700 FF au 7/3/1992 et a donc conclu que l'aggravation de l'insuffisance d'actif entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996 représentait un montant de 89.641.926 FF ; Considérant que, ce faisant, l'expert a fait totalement abstraction des règles du droit des procédures collectives, qui ont été ci-dessus rappelées, qu'il a utilisé des notions comptables qui sont hors de propos et inadaptées au présent litige, qu'il a fait état de constatations et d'anomalies qui ne peuvent être imputées à faute à la Bred de sorte que ses calculs ne peuvent être utilisés pour chiffrer le préjudice que la banque a l'obligation de réparer ; Considérant qu'il s'évince de ce qui précède que les conclusions du rapport de Monsieur Non-admissionbaum doivent être écartées ; Considérant qu'une expertise a été ordonnée par le tribunal de commerce de Créteil, dans le cadre de l'action engagée par Maître Le Taillanter, es qualités, contre les dirigeants de la société CAB sur le fondement de l'article L. 624-3 du code de commerce, dans sa rédaction applicable en l'espèce, et confiée à Monsieur Vulliez ; Considérant que cet expert a correctement défini l'insuffisance d'actif ; que, cependant, ses travaux ne sont pas totalement utilisables par la cour dans le cadre de la présente instance pour deux raisons : d'abord, parce qu'ils ont été clôturés en 2002 et que depuis tous les actifs ont été réalisés, et que le mandataire judiciaire a perçu des fonds qui ont modifié le montant de l'insuffisance d'actif, ensuite, parce que le passif n'est pas daté et que, pour définir le montant des dommages-intérêts qui doivent être mis à la charge de la Bred, qui ne peut être déclarée responsable ni du passif né avant la date à laquelle elle aurait dû mettre fin à ses concours, ni de celui né postérieurement à l'ouverture de la procédure judiciaire, il faut déterminer quelles sont les créances qui ont pris naissance entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996 ; Considérant qu'il y a donc lieu de renvoyer l'affaire à la mise en état, d'inviter Maître Le Taillanter à produire un état complet des actifs réalisés et des sommes qu'il a perçues ainsi qu'un état du passif dans lequel il reprendra le tableau de Maître Vulliez, en faisant abstraction des créances Sochipard, qui ne doivent plus être comptabilisées au passif, compte tenu de la transaction intervenue, et en mentionnant le nouveau montant de la créance fiscale, après dégrèvement d'office, et indiquera pour chaque créance sa date de naissance, ou la période à laquelle elle se rapporte ;

ET AUX MOTIFS, résultant de l'arrêt du 26 septembre 2013, QUE :

« Considérant que par arrêt du 10 septembre 2010, la cour a infirmé le jugement du tribunal de commerce de Créteil et a déclaré que l'action de Maître Le Taillanter était recevable ; que sur le fond, la cour a retenu qu'il y a eu soutien abusif de la part de la Bred au 10 juin 1992 et que ce soutien abusif n'a pu qu'entraîner un préjudice ; qu'elle a ordonné une expertise aux fins d'obtenir tous les éléments pour déterminer l'aggravation de l'insuffisance d'actif ; que la cour a enfin déclaré la Bred irrecevable en ses demandes en garantie formées à l'encontre des sociétés du groupe GSG et de la société Sochipard, anciennement dénommée Banque Rivaud ;

Considérant que le pourvoi formé par la Bred contre cet arrêt a été rejeté par la cour de cassation, de sorte qu'il est irrévocable ; Considérant que Monsieur Nussenbaum, expert désigné par la cour dans l'arrêt du 10/9/2010, a clos son rapport le 29/5/2012 ; qu'il a exposé (page 8 du rapport d'expertise) "la méthodologie de détermination de l'aggravation de l'insuffisance d'actif" et posé en principe que "le calcul de l'aggravation de l'insuffisance d'actif suppose de déterminer dans quelle mesure le montant des capitaux propres de la société CAB ont diminué entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996" ; qu'il a précisé que ce calcul se heurtait à deux difficultés, relevé tout d'abord que les comptes de la société avaient fait l'objet de réserves de la part des commissaires aux comptes concernant l'absence de provisionnement de la valeur comptable de certaines de ses participations et des avances consenties à celles-ci, de sorte qu'il fallait prendre en compte les "bilans redressés", noté ensuite que le calcul devait être réalisé à des dates pour lesquelles il n'existait pas d'arrêté des comptes, de sorte qu'il fallait retenir les données comptables de l'exercice clos le plus proche des dates où le calcul devait être effectué, soit en l'espèce ceux clos le 31/12/1991 et le 31/12/1996, ainsi qu'une fraction du résultat hors élément exceptionnel de l'exercice suivant en appliquant un prorata temporis ; que l'expert a conclu que la situation nette de la société CAB (capitaux propres corrigés) s'élevait à 33.659.226 FF au 10/6/1992, (capitaux propres au 31/12/1991 : 84.691.000 FF - les provisions sur titres Médicus et Médifrance, les provisions sur les avances consenties à Médifrance, la quote part du résultat de l'exercice 1992), que le montant des capitaux propres de la société CAB, qui s'élevait à 5.732 KF, au 31/12/1995 devait être ajusté pour prendre en compte des provisions, au titre du fonds de commerce, au titre de la participation dans HPAB, au titre du poste "créances clients" et "débiteurs divers" ainsi qu'une fraction de la perte de l'année 1996, de sorte que les capitaux propres corrigés au 10/6/1992 de chiffreraient à - 55.982.700 FF ; qu'il a dit que l'aggravation de l'insuffisance d'actif de la société CAB entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996 représentait donc un montant de 89.641.926 FF ; qu'il a d'autre part indiqué que les sommes perçues par Maître Le Taillanter représentaient un montant global de 112.346.819 FF, abandons de créances compris ; Considérant que la cour, dans l'arrêt du 14/3/2013, a retenu que l'expert avait utilisé des notions comptables qui étaient inadaptées à la solution du litige, et fait état de constatations et d'anomalies qui ne pouvaient être imputées à la Bred ; qu'elle a dit que l'insuffisance d'actif avait été correctement définie dans l'expertise de Monsieur Vulliez, expert désigné par le tribunal de commerce de Créteil, dans le cadre de l'action engagée par Maître Le Taillanter, es qualités, contre les dirigeants de la société CAB sur le fondement de l'article L. 624-3 du code de commerce, dans sa rédaction applicable en l'espèce, en retenant que ses travaux n'étaient pas totalement utilisables par la cour dans le cadre de la présente instance pour deux raisons : d'abord parce que compte tenu de la date de l'ouverture de la procédure collective, tous les actifs avaient été réalisés et qu'il y avait lieu de les chiffrer définitivement, ensuite parce que

le passif n'était pas daté et que pour définir le montant des dommages-intérêts qui devaient être mis à la charge de la Bred, il fallait déterminer quelles étaient les créances restées impayées qui avaient pris naissance entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996 ; qu'elle a donc renvoyé l'affaire à la mise en état ; Considérant que c'est dans cet état que l'affaire se présente devant la cour ; Considérant que Maître Le Taillanter, es qualités, rappelle les principes juridiques applicables à l'instance, notamment la règle positive de l'indemnisation appropriée dite de la réparation intégrale selon laquelle l'indemnisation doit compenser tout le dommage, étant à préciser que les règles propres de la procédure collective ont ici une incidence, l'auteur de la faute n'étant tenu de réparer que l'insuffisance d'actif résiduelle qui constitue le plafond de l'indemnisation ; qu'en ce qui concerne le lien de causalité, il estime que la cour de cassation "n'a jamais exigé que la partie victime rapporte la preuve supplémentaire qu'un lien de causalité soit démontré entre la faute et telle ou telle opération (anormale ou non) réalisée par le débiteur pendant la période considérée et ayant contribué à l'aggravation d'insuffisance d'actif (que) tout au contraire c'est cette aggravation que l'établissement de crédit a contribué à créer qui dans sa globalité est considérée par elle comme ayant un rapport de causalité avec la faute, analyse qui s'impose dès lors qu'il n'est pas contestable que sans la faute (le soutien abusif) il n'y aurait pas eu survie artificielle de la débitrice ... qu'une telle exigence serait directement contraire à la règle dite de la réparation intégrale" ; Qu'il chiffre le montant de l'actif à 4.109.974,90 € ; qu'il déduit du passif arrêté par l'expertise Vulliez (13.203.299,456), le montant de la production de la société Socphipard, soit 6.950.150,706, ainsi que la somme de 1.023.859,806 au titre du dégrèvement fiscal ; que le passif actualisé se chiffre selon lui ainsi à 5.229,289 € et l'insuffisance d'actif résiduelle à 1.119.314,10 € (5.229.2896 - 4.109.974,906) ; Considérant que la BRED soutient que les créanciers de ta CAB ne subissent aucun préjudice qui n'aurait déjà été réparé, qu'il n'y a plus d'insuffisance d'actif, ce qu'a indiqué Monsieur Nussenbaum et rappelle que la réparation du préjudice n'a pas pour objet l'enrichissement de la victime ; qu'elle critique les calculs du liquidateur judiciaire en prétendant qu'il y a lieu d'ajouter à l'actif 345.425 € restitués par Socphipard, 76.224 € d'indemnité transactionnelle, versée par cette société et le montant de la condamnation prononcée contre les époux Haouzi soit 1.300.0006, ce qui chiffre l'actif à 5.755.4506, c'est à dire à un montant supérieur à celui du passif, selon Maître Le Taillanter (5.229.289 €), et laisse subsister un boni de liquidation ; Considérant que la mission du juge est de trancher un litige né et actuel existant entre les parties et non de procéder à de simples constatations ou à des donner acte, ne correspondant pas à des prétentions au sens de l'article 4 du code de procédure civile ; qu'il n'y a donc pas lieu pour la cour de "constater" ou de "donner acte" ; Considérant qu'il a été irrévocablement jugé que la Bred avait soutenu abusivement la CAB à compter du 10/6/1992 jusqu'à l'ouverture de la procédure collective, c'est à dire jusqu'au 16/3/1996, et que la Bred était tenue de réparer le préjudice subi par Maître Le Taillanter es qualités ;

Considérant que le préjudice causé par le soutien abusif est constitué par l'aggravation de l'insuffisance d'actif entre la date à laquelle le soutien est devenu abusif et la date de l'ouverture de la procédure collective que ses agissements fautifs ont retardée ; Considérant que la détermination de l'aggravation de l'insuffisance d'actif suppose que soit préalablement établie l'insuffisance d'actif ; Considérant que l'existence et le montant de l'insuffisance d'actif doivent être appréciés au moment où la cour statue ; Considérant que l'insuffisance d'actif est égale à la différence entre l'actif et le passif ; Considérant que l'actif est constitué par les avoirs de l'entreprise, tels qu'ils figurent au bilan, et tels qu'ils ont été recensés par le commissaire priseur, et d'une façon générale par toutes les sommes qui ont été encaissées par le mandataire judiciaire à la suite des opérations de liquidation ; que le passif est constitué par les créances définitivement admises au passif de la procédure collective ; Considérant que le préjudice indemnisable, dans le cas d'espèce, suppose que soit démontrée au préalable une insuffisance d'actif résiduelle, et une aggravation imputable au soutien fautif accordé par la Bred ; Considérant que le rapport de Monsieur Nussenbaum qui fait totalement abstraction des règles du droit applicable et des principes ci-dessus rappelés, et qui, notamment, ne contient aucun développement sur les opérations de liquidation des actifs ni aucun examen des créances définitivement admises et nées à compter du 10/6/1992 jusqu'à l'ouverture de la procédure collective, doit être écarté des débats ; Considérant que le rapport de Monsieur Vulliez a été régulièrement versé aux débats ; qu'il ne fait l'objet d'aucune contestation, en ce qui concerne ses données chiffrées ; Considérant que cet expert a précisé que le montant des actifs recouvrés s'élevait à 26.460.000 FF, (4.033.8016), ce chiffre comprenant les actifs cédés dans le cadre du plan, les actifs cédés hors plan et un actif cédé pour 30.000 FF (en l'espèce un parking) ; Considérant qu'il est constant qu'un protocole a été conclu entre le mandataire judiciaire et la société Socphipard aux termes duquel celle-ci, d'une part, a renoncé à ses créances et, d'autre part, a restitué 345.425,47 euros (2.265.842,6 FF) au titre des répartitions effectuées et versé 76.225 € (500.000 FF) au titre d'une indemnité transactionnelle ; que la société Socphipard a donc versé en tout à la procédure collective 421.650,47 € ou 2.765.845,8 FF ; Considérant que les sommes perçues par le mandataire judiciaire doivent être intégrées dans le montant de l'actif qui se chiffre donc à 26.460.000 FF + 2.765.845,80 FF soit 29.225.845,80 FF ou 4.455.451,5 € ; Considérant que l'expert a évalué le passif à la somme totale de 86.607.967 FF (13.203.299 €) ; que ce passif comprend les créances déclarées par la société Socphipard (11.710.000 FF + 3"3.880.00 (JFF), par des avoués (37.365 FF et 41.555 FF), la BNP (79.358 FF), le Crédit Lyonnais (2.561.600 FF), la société Factorem (5.673 FF), Monsieur Haouzi au titre de son compte courant (1.991.693 FF), la banque Hervet (1.821.286 FF), LHB (3.855.420 FF + 52.620 FF), Médecus Maître Baronnie (3.339.241 FF), Organic (20.662 FF), recette des impôts, (17.579.142 FF), le Trésor Public (359.968 FF + 1.098.015 FF + 11.805 FF), l'UFB (105.760 FF), le syndicat de copropriété (4.860 FF), la Société

Générale (7.861.495 + 2.295 FF), le Trésor Public SCI Watteau (188.154 FF) ; Considérant tout d'abord que c'est à bon droit que l'expert a exclu du passif, d'une part, les créances de la Bred qui les a cédées à la société GSC laquelle ne les a pas déclarées au passif, d'autre part, le compte courant de la société HPAB dans la CAB, que la société HPAB a abandonné ; Considérant ensuite que le passif doit être diminué, compte tenu du protocole intervenu, du montant des créances déclarées par la société Socphipard ; Considérant qu'il résulte des déclarations de créances versées aux débats par Maître Le Taillanter, es qualités, que ne peuvent être comptabilisées, compte tenu de leur date de naissance, les créances, du Crédit lyonnais, afférentes à des prêts souscrits le 4/1/1990 et le 21/5/1990, de Monsieur Haouzi (le compte courant ayant été alimenté par un prêt de la Bred du 2/1/1992), de la banque Hervet (le prêt datant du 1/9/1988), de l'UFB, (le contrat fondant la créance datant du 19/6/1987), de la Société Générale (l'ouverture de crédit datant du 19/2/1992) ; Considérant que seules doivent être prises en compte les créances qui sont nées, à compter du 10/6/1992, c'est à dire les créances déclarées par les avoués (arrêts de 1995), la BNP (6 mars 1996), Factorem (février 1996), LHB (28/4/1993), Médicus maître Baronnie (1995 début 1996), la copropriété (début 1996) ; Considérant que le compte s'établit donc ainsi : $37.365 + 41.555 + 79.358 + 5.673 + 3.855.420 + 52.620 + 3.339.241 + 4.860 = 7.416.092$ FF soit 1.130.575,9 € ; Considérant, d'autre part, qu'il n'est pas contesté que la créance déclarée par la recette des impôts à hauteur de 17.579.142 FF a été diminuée, à la suite d'une procédure engagée par la procédure collective, d'une somme 6.716.080 FF ; qu'elle se chiffre donc à $17.579.142$ FF - $6.716.080$ FF = $10.863.060$ FF ; "Considérant que les créances fiscales et sociales sont difficiles à dater ; que certaines sont pour partie afférentes à la période litigieuse et pour partie à une période antérieure ou postérieure ; qu'en toutes hypothèses, leur total s'élève à $20.662 + 10.863.060 + 359.968 + 1.098.015 + 11.805 + 188.154 = 12.541.664$ FF soit 1.911.964,4 € ; Considérant que le montant total du passif découlant du soutien abusif de la BRED se chiffre donc, au maximum, à la somme de $1.130.575,96 + 1.911.964,46$ soit $3.042.540,36$; Considérant, en conséquence, que compte tenu du montant de l'actif (4.455.4516), il ne subsiste aucune insuffisance d'actif qui puisse être mise à la charge de la BRED ; Considérant que Maître Le Taillanter, es qualités, sera donc débouté de ses demandes » ;

ALORS QUE l'établissement de crédit auquel il est reproché d'avoir, par ses agissements, retardé l'ouverture de la procédure collective, est tenu de réparer l'aggravation de l'insuffisance d'actif que ces agissements ont contribué à créer ; qu'en prenant en considération, pour évaluer le préjudice subi par la Clinique Armand Brillard, l'ensemble de l'actif réalisé sans prendre en considération la totalité du passif de celle-ci, la cour d'appel, qui n'a pas statué au regard de l'insuffisance d'actif de la société, n'a pas pu déterminer l'aggravation de l'insuffisance d'actif imputable au soutien abusif de la banque et a violé l'article 1382 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief aux arrêts attaqués d'AVOIR constaté qu'il n'existe plus d'aggravation d'insuffisance d'actif que la BRED ait contribué à créer et qu'elle soit tenue de réparer et d'AVOIR débouté Me Le Taillanter, es qualités, aux droits duquel se trouve aujourd'hui Me Jérôme Cabooter, de sa demande de dommages-intérêts ;

AUX MOTIFS, résultant de l'arrêt du 14 mars 2013, QUE :

« Considérant qu'il a été irrévocablement jugé que la Bred avait soutenu abusivement la CAB à compter du 10/6/1992 jusqu'à l'ouverture de la procédure collective, c'est à dire jusqu'au 16/3/1996, et que la Bred était tenue de réparer le préjudice subi par Maître Le Taillanter, es qualités ; Considérant que le préjudice causé par le soutien abusif de la Bred est constitué par l'aggravation de l'insuffisance d'actif entre la date à laquelle le soutien est devenu abusif et la date de l'ouverture de la procédure collective que ses agissements fautifs ont retardée ; Considérant que la détermination de l'aggravation de l'insuffisance d'actif suppose que soit préalablement établie l'insuffisance d'actif ; Considérant que l'existence et le montant de l'insuffisance d'actif doivent être appréciés au moment où la cour statue, en ce sens que l'actif est désormais totalement réalisé et que son chiffrage est définitif ; Considérant que l'insuffisance d'actif est égale à la différence entre l'actif et le passif ; Considérant que l'actif est constitué par l'ensemble des avoirs de l'entreprise, tels qu'ils figurent au bilan, tels qu'ils ont été recensés par le commissaire priseur, en l'espèce tels qu'ils ont été réalisés et d'une manière générale de tous les fonds dont le mandataire judiciaire a bénéficié pour indemniser les créanciers ; que le passif est composé par les créances définitivement admises au passif de la procédure collective et qui n'ont fait l'objet d'aucune renonciation ; Considérant que le préjudice indemnisable, dans le cas d'espèce, suppose que soit démontrée au préalable une insuffisance d'actif résiduelle, et une aggravation imputable au soutien fautif accordé par la Bred ; Considérant que la cour a, dans l'arrêt du 10/9/2010, désigné Monsieur Nussenbaum afin de disposer de tous éléments permettant de déterminer l'aggravation de l'insuffisance d'actif de la CAB du 10/6/1992 à la date d'ouverture de la procédure collective ; que cet expert (page 8 du rapport d'expertise) a posé en principe que le calcul de l'aggravation de l'insuffisance d'actif supposait de déterminer dans quelle mesure le montant des capitaux propres de la société CAB avait diminué entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996 puis a estimé que le montant de la situation nette de la société CAB avait évolué d'un montant positif de 33.659.226 FF au 10/6/1992 à un montant négatif de 55.982.700 FF au 7/3/1992 et a donc conclu que l'aggravation de l'insuffisance d'actif entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996 représentait un montant de 89.641.926 FF ; Considérant que, ce faisant, l'expert a fait totalement abstraction des règles du droit des procédures collectives, qui ont été ci-dessus rappelées, qu'il a utilisé des

notions comptables qui sont hors de propos et inadaptées au présent litige, qu'il a fait état de constatations et d'anomalies qui ne peuvent être imputées à faute à la Bred de sorte que ses calculs ne peuvent être utilisés pour chiffrer le préjudice que la banque a l'obligation de réparer ; Considérant qu'il s'évince de ce qui précède que les conclusions du rapport de Monsieur Nussenbaum doivent être écartées ; Considérant qu'une expertise a été ordonnée par le tribunal de commerce de Créteil, dans le cadre de l'action engagée par Maître Le Taillanter, es qualités, contre les dirigeants de la société CAB sur le fondement de l'article L. 624-3 du code de commerce, dans sa rédaction applicable en l'espèce, et confiée à Monsieur Vulliez ; Considérant que cet expert a correctement défini l'insuffisance d'actif ; que, cependant, ses travaux ne sont pas totalement utilisables par la cour dans le cadre de la présente instance pour deux raisons : d'abord, parce qu'ils ont été clôturés en 2002 et que depuis tous les actifs ont été réalisés, et que le mandataire judiciaire a perçu des fonds qui ont modifié le montant de l'insuffisance d'actif, ensuite, parce que le passif n'est pas daté et que, pour définir le montant des dommages-intérêts qui doivent être mis à la charge de la Bred, qui ne peut être déclarée responsable ni du passif né avant la date à laquelle elle aurait dû mettre fin à ses concours, ni de celui né postérieurement à l'ouverture de la procédure judiciaire, il faut déterminer quelles sont les créances qui ont pris naissance entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996 ; Considérant qu'il y a donc lieu de renvoyer l'affaire à la mise en état, d'inviter Maître Le Taillanter à produire un état complet des actifs réalisés et des sommes qu'il a perçues ainsi qu'un état du passif dans lequel il reprendra le tableau de Maître Vulliez, en faisant abstraction des créances Sochipard, qui ne doivent plus être comptabilisées au passif, compte tenu de la transaction intervenue, et en mentionnant le nouveau montant de la créance fiscale, après dégrèvement d'office, et indiquera pour chaque créance sa date de naissance, ou la période à laquelle elle se rapporte ;

ET AUX MOTIFS, résultant de l'arrêt du 26 septembre 2013, QUE :

« Considérant que par arrêt du 10 septembre 2010, la cour a infirmé le jugement du tribunal de commerce de Créteil et a déclaré que l'action de Maître Le Taillanter était recevable ; que sur le fond, la cour a retenu qu'il y a eu soutien abusif de la part de la Bred au 10 juin 1992 et que ce soutien abusif n'a pu qu'entraîner un préjudice ; qu'elle a ordonné une expertise aux fins d'obtenir tous les éléments pour déterminer l'aggravation de l'insuffisance d'actif ; que la cour a enfin déclaré la Bred irrecevable en ses demandes en garantie formées à l'encontre des sociétés du groupe GSG et de la société Sochipard, anciennement dénommée Banque Rivaud ; Considérant que le pourvoi formé par la Bred contre cet arrêt a été rejeté par la cour de cassation, de sorte qu'il est irrévocable ; Considérant que Monsieur Nussenbaum, expert désigné par la cour dans l'arrêt du 10/9/2010, a clos son rapport le 29/5/2012 ; qu'il a exposé (page 8 du rapport d'expertise) "la méthodologie de détermination de l'aggravation de

l'insuffisance d'actif" et posé en principe que "le calcul de l'aggravation de l'insuffisance d'actif suppose de déterminer dans quelle mesure le montant des capitaux propres de la société CAB ont diminué entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996" ; qu'il a précisé que ce calcul se heurtait à deux difficultés, relevé tout d'abord que les comptes de la société avaient fait l'objet de réserves de la part des commissaires aux comptes concernant l'absence de provisionnement de la valeur comptable de certaines de ses participations et des avances consenties à celles-ci, de sorte qu'il fallait prendre en compte les "bilans redressés", noté ensuite que le calcul devait être réalisé à des dates pour lesquelles il n'existait pas d'arrêté des comptes, de sorte qu'il fallait retenir les données comptables de l'exercice clos le plus proche des dates où le calcul devait être effectué, soit en l'espèce ceux clos le 31/12/1991 et le 31/12/1996, ainsi qu'une fraction du résultat hors élément exceptionnel de l'exercice suivant en appliquant un prorata temporis ; que l'expert a conclu que la situation nette de la société CAB (capitaux propres corrigés) s'élevait à 33.659.226 FF au 10/6/1992, (capitaux propres au 31/12/1991 : 84.691.000 FF - les provisions sur titres Médicus et Médifrance, les provisions sur les avances consenties à Médifrance, la quote part du résultat de l'exercice 1992), que le montant des capitaux propres de la société CAB, qui s'élevait à 5.732 KF, au 31/12/1995 devait être ajusté pour prendre en compte des provisions, au titre du fonds de commerce, au titre de la participation dans HPAB, au titre du poste "créances clients" et "débiteurs divers" ainsi qu'une fraction de la perte de l'année 1996, de sorte que les capitaux propres corrigés au 10/6/1992 de chiffreraient à - 55.982.700 FF ; qu'il a dit que l'aggravation de l'insuffisance d'actif de la société CAB entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996 représentait donc un montant de 89.641.926 FF ; qu'il a d'autre part indiqué que les sommes perçues par Maître Le Taillanter représentaient un montant global de 112.346.819 FF, abandons de créances compris ; Considérant que la cour, dans l'arrêt du 14/3/2013, a retenu que l'expert avait utilisé des notions comptables qui étaient inadaptées à la solution du litige, et fait état de constatations et d'anomalies qui ne pouvaient être imputées à la Bred ; qu'elle a dit que l'insuffisance d'actif avait été correctement définie dans l'expertise de Monsieur Vulliez, expert désigné par le tribunal de commerce de Créteil, dans le cadre de l'action engagée par Maître Le Taillanter, es qualités, contre les dirigeants de la société CAB sur le fondement de l'article L. 624-3 du code de commerce, dans sa rédaction applicable en l'espèce, en retenant que ses travaux n'étaient pas totalement utilisables par la cour dans le cadre de la présente instance pour deux raisons : d'abord parce que compte tenu de la date de l'ouverture de la procédure collective, tous les actifs avaient été réalisés et qu'il y avait lieu de les chiffrer définitivement, ensuite parce que le passif n'était pas daté et que pour définir le montant des dommages-intérêts qui devaient être mis à la charge de la Bred, il fallait déterminer quelles étaient les créances restées impayées qui avaient pris naissance entre le 10/6/1992 et le 7/3/1996 ; qu'elle a donc renvoyé l'affaire à la mise en état ; Considérant que c'est dans cet état que l'affaire se

présente devant la cour ; Considérant que Maître Le Taillanter, es qualités, rappelle les principes juridiques applicables à l'instance, notamment la règle positive de l'indemnisation appropriée dite de la réparation intégrale selon laquelle l'indemnisation doit compenser tout le dommage, étant à préciser que les règles propres de la procédure collective ont ici une incidence, l'auteur de la faute n'étant tenu de réparer que l'insuffisance d'actif résiduelle qui constitue le plafond de l'indemnisation ; qu'en ce qui concerne le lien de causalité, il estime que la cour de cassation "n'a jamais exigé que la partie victime rapporte la preuve supplémentaire qu'un lien de causalité soit démontré entre la faute et telle ou telle opération (anormale ou non) réalisée par le débiteur pendant la période considérée et ayant contribué à l'aggravation d'insuffisance d'actif (que) tout au contraire c'est cette aggravation que l'établissement de crédit a contribué à créer qui dans sa globalité est considérée par elle comme ayant un rapport de causalité avec la faute, analyse qui s'impose dès lors qu'il n'est pas contestable que sans la faute (le soutien abusif) il n'y aurait pas eu survie artificielle de la débitrice ... qu'une telle exigence serait directement contraire à la règle dite de la réparation intégrale " ; Qu'il chiffre le montant de l'actif à 4.109.974,90 € ; qu'il déduit du passif arrêté par l'expertise Vulliez (13.203.299,456), le montant de la production de la société Socphipard , soit 6.950.150,706, ainsi que la somme de 1.023.859,806 au titre du dégrèvement fiscal ; que le passif actualisé se chiffre selon lui ainsi à 5.229,289 € et l'insuffisance d'actif résiduelle à 1.119.314,10 € (5.229.2896 - 4.109.974,906) ; Considérant que la BRED soutient que les créanciers de la CAB ne subissent aucun préjudice qui n'aurait déjà été réparé, qu'il n'y a plus d'insuffisance d'actif, ce qu'a indiqué Monsieur Nussenbaum et rappelle que la réparation du préjudice n'a pas pour objet l'enrichissement de la victime ; qu'elle critique les calculs du liquidateur judiciaire en prétendant qu'il y a lieu d'ajouter à l'actif 345.425 € restitués par Socphipard, 76.224 € d'indemnité transactionnelle, versée par cette société et le montant de la condamnation prononcée contre les époux Haouzi soit 1.300.0006, ce qui chiffre l'actif à 5.755.4506, c'est à dire à un montant supérieur à celui du passif, selon Maître Le Taillanter (5.229.289 €), et laisse subsister un boni de liquidation ; Considérant que la mission du juge est de trancher un litige né et actuel existant entre les parties et non de procéder à de simples constatations ou à des donner acte, ne correspondant pas à des prétentions au sens de l'article 4 du code de procédure civile ; qu'il n'y a donc pas lieu pour la cour de "constater" ou de "donner acte" ; Considérant qu'il a été irrévocablement jugé que la Bred avait soutenu abusivement la CAB à compter du 10/6/1992 jusqu'à l'ouverture de la procédure collective, c'est à dire jusqu'au 16/3/1996, et que la Bred était tenue de réparer le préjudice subi par Maître Le Taillanter es qualités ; Considérant que le préjudice causé par le soutien abusif est constitué par l'aggravation de l'insuffisance d'actif entre la date à laquelle le soutien est devenu abusif et la date de l'ouverture de la procédure collective que ses agissements fautifs ont retardée ; Considérant que la détermination de l'aggravation de l'insuffisance d'actif suppose que soit préalablement établie

l'insuffisance d'actif ; Considérant que l'existence et le montant de l'insuffisance d'actif doivent être appréciés au moment où la cour statue ; Considérant que l'insuffisance d'actif est égale à la différence entre l'actif et le passif ; Considérant que l'actif est constitué par les avoirs de l'entreprise, tels qu'ils figurent au bilan, et tels qu'ils ont été recensés par le commissaire priseur, et d'une façon générale par toutes les sommes qui ont été encaissées par le mandataire judiciaire à la suite des opérations de liquidation ; que le passif est constitué par les créances définitivement admises au passif de la procédure collective ; Considérant que le préjudice indemnisable, dans le cas d'espèce, suppose que soit démontrée au préalable une insuffisance d'actif résiduelle, et une aggravation imputable au soutien fautif accordé par la Bred ; Considérant que le rapport de Monsieur Nussenbaum qui fait totalement abstraction des règles du droit applicable et des principes ci-dessus rappelés, et qui, notamment, ne contient aucun développement sur les opérations de liquidation des actifs ni aucun examen des créances définitivement admises et nées à compter du 10/6/1992 jusqu'à l'ouverture de la procédure collective, doit être écarté des débats ; Considérant que le rapport de Monsieur Vulliez a été régulièrement versé aux débats ; qu'il ne fait l'objet d'aucune contestation, en ce qui concerne ses données chiffrées ; Considérant que cet expert a précisé que le montant des actifs recouverts s'élevait à 26.460.000 FF, (4.033.8016), ce chiffre comprenant les actifs cédés dans le cadre du plan, les actifs cédés hors plan et un actif cédé pour 30.000 FF (en l'espèce un parking) ; Considérant qu'il est constant qu'un protocole a été conclu entre le mandataire judiciaire et la société Socphipard aux termes duquel celle-ci, d'une part, a renoncé à ses créances et, d'autre part, a restitué 345.425,47 euros (2.265.842,6 FF) au titre des répartitions effectuées et versé 76.225 € (500.000 FF) au titre d'une indemnité transactionnelle ; que la société Socphipard a donc versé en tout à la procédure collective 421.650,47 € ou 2.765.845,8 FF ; Considérant que les sommes perçues par le mandataire judiciaire doivent être intégrées dans le montant de l'actif qui se chiffre donc à 26.460.000 FF + 2.765.845,80 FF soit 29.225.845,80 FF ou 4.455.451,5 € ; Considérant que l'expert a évalué le passif à la somme totale de 86.607.967 FF (13.203.299 €) ; que ce passif comprend les créances déclarées par la société Socphipard (11.710.000 FF + 3"3.880.00 (JFF), par des avoués (37.365 FF et 41.555 FF), la BNP (79.358 FF), le Crédit Lyonnais (2.561.600 FF), la société Factorem (5.673 FF), Monsieur Haouzi au titre de son compte courant (1.991.693 FF), la banque Hervet (1.821.286 FF), LHB (3.855.420 FF + 52.620 FF), Médecus Maître Baronnie (3.339.241 FF), Organic (20.662 FF), recette des impôts, (17.579.142 FF), le Trésor Public (359.968 FF + 1.098.015 FF + 11.805 FF), l'UFB (105.760 FF), le syndicat de copropriété (4.860 FF), la Société Générale (7.861.495 + 2.295 FF), le Trésor Public SCI Watteau (188.154 FF) ; Considérant tout d'abord que c'est à bon droit que l'expert a exclu du passif, d'une part, les créances de la Bred qui les a cédées à la société GSC laquelle ne les a pas déclarées au passif, d'autre part, le compte courant de la société HPAB dans la CAB, que la société HPAB a

abandonné ; Considérant ensuite que le passif doit être diminué, compte tenu du protocole intervenu, du montant des créances déclarées par la société Socphipard ; Considérant qu'il résulte des déclarations de créances versées aux débats par Maître Le Taillanter, es qualités, que ne peuvent être comptabilisées, compte tenu de leur date de naissance, les créances, du Crédit lyonnais, afférentes à des prêts souscrits le 4/1/1990 et le 21/5/1990, de Monsieur Haouzi (le compte courant ayant été alimenté par un prêt de la Bred du 2/1/1992), de la banque Hervet (le prêt datant du 1/9/1988), de l'UFB, (le contrat fondant la créance datant du 19/6/1987), de la Société Générale (l'ouverture de crédit datant du 19/2/1992) ; Considérant que seules doivent être prises en compte les créances qui sont nées, à compter du 10/6/1992, c'est à dire les créances déclarées par les avoués (arrêts de 1995), la BNP (6 mars 1996), Factorem (février 1996), LHB (28/4/1993), Médicus maître Baronnie (1995 début 1996), la copropriété (début 1996) ; Considérant que le compte s'établit donc ainsi : $37.365 + 41.555 + 79.358 + 5.673 + 3.855.420 + 52.620 + 3.339.241 + 4 860 = 7.416.092$ FF soit $1.130.575,9$ € ; Considérant, d'autre part, qu' il n'est pas contesté que la créance déclarée par la recette des impôts à hauteur de $17.579.142$ FF a été diminuée, à la suite d'une procédure engagée par la procédure collective, d'une somme $6/716.080$ FF ; qu'elle se chiffre donc à $17.579.142$ FF - $6.716.080$ FF = $10.863.060$ FF ; Considérant que les créances fiscales et sociales sont difficiles à dater ; que certaines sont pour partie afférentes à la période litigieuse et pour partie à une période antérieure ou postérieure ; qu'en toutes hypothèses, leur total s'élève à $20.662 + 10.863.060 + 359.968 + 1.098.015 + 11.805 + 188.154 = 12.541.664$ FF soit $1.911.964,4$ € ; Considérant que le montant total du passif découlant du soutien abusif de la BRED se chiffre donc, au maximum, à la somme de $1.130.575,96 + 1.911.964,46$ soit $3.042.540,36$; Considérant, en conséquence, que compte tenu du montant de l'actif ($4.455.4516$), il ne subsiste aucune insuffisance d'actif qui puisse être mise à la charge de la BRED ; Considérant que Maître Le Taillanter, es qualités, sera donc débouté de ses demandes » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE le juge qui s'écarte des conclusions d'un rapport d'expertise judiciaire doit énoncer les motifs qui ont déterminé sa conviction ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a écarté le rapport d'expertise judiciaire établi par M. Nussenbaum aux motifs, dans son arrêt du 14 mars 2013, que celui-ci aurait « fait totalement abstraction des règles de droit des procédures collectives », qu'il aurait « utilisé des notions comptables hors de propos et inadaptées », qu'il aurait « fait état de constatations et d'anomalies qui ne [pourraient] être imputées à faute à la Bred » et aux motifs encore, dans son arrêt du 26 septembre 2013, que l'expert aurait « fait totalement abstraction du droit applicable et des principes [applicables à la cause] » sans avoir, dans aucune de ces deux décisions, explicité en quoi ; qu'elle a ainsi privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'à tout le moins, en statuant de la sorte, la cour d'appel, qui s'est fondée sur des motifs totalement péremptoires, a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile et le principe suivant lequel le juge ne peut statuer par voie d'affirmation générale.