

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **8 avril 2015**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 360 F-P+B

Pourvoi n° K 13-28.512

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. Joël Olindo, domicilié  
124 vieux chemin de Gairaut, 06100 Nice,

contre l'arrêt rendu le 21 novembre 2013 par la cour d'appel  
d'Aix-en-Provence (8e chambre A), dans le litige l'opposant à la société  
Taddei Ferrari Funel, société civile professionnelle, dont le siège est 54 rue  
Gioffredo, 06000 Nice, agissant par M. Jean-Pierre Funel, pris en qualité de  
liquidateur à la liquidation judiciaire de la société anonyme Cave niçoise,

défenderesse à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 10 mars 2015, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. Arbellot, conseiller référendaire rapporteur, M. Rémerly, conseiller doyen, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Arbellot, conseiller référendaire, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de M. Olindo, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de la société Taddei Ferrari Funel, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 21 novembre 2013), que s'étant rendue caution, par acte du 16 août 1993, d'une dette de M. Olindo envers la société Cave niçoise (la société), Mme Dumoulin a été condamnée, par ordonnance de référé confirmée par un arrêt du 19 juin 1996, à payer des provisions à M. Olindo et à la société ; que celle-ci a été dissoute le 23 mars 1998, M. Olindo étant nommé liquidateur amiable ; qu'un arrêt a cassé sans renvoi l'arrêt du 19 juin 1996 ; que, par arrêt du 5 janvier 2004, devenu irrévocable, la cour d'appel a annulé l'engagement de caution de Mme Dumoulin ; que, par un jugement du 17 septembre 2009, la société a été mise en liquidation judiciaire, Mme Dumoulin déclarant sa créance de restitution des sommes payées en exécution des décisions de référé ; que, le 6 juillet 2012, le liquidateur judiciaire a assigné M. Olindo en paiement de l'insuffisance d'actif de la société ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. Olindo fait grief à l'arrêt de déclarer recevable cette action alors, selon le moyen :

*1°/ que l'article L. 651-2 du code de commerce selon lequel l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ne déroge pas aux dispositions de l'article L. 225-254 du même code selon lequel, l'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général tant sociales qu'individuelles, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation ; qu'il résulte de la combinaison de ces deux textes que si le liquidateur judiciaire peut agir en responsabilité pour insuffisance d'actif pendant une durée de trois ans à compter du jugement de liquidation judiciaire à l'encontre d'un administrateur ou du directeur général, il ne peut fonder son action que sur les seules fautes de gestion non prescrites en vertu de l'article L. 225-254 à la date du jugement de liquidation ; qu'en considérant que l'article L. 651-2 du code de commerce constituerait une dérogation à la prescription de l'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général et en accueillant une action en responsabilité pour insuffisance d'actif sans rechercher ainsi qu'elle y était invitée, si les prétendues fautes de gestion n'étaient pas prescrites à la date*

*de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, la cour d'appel a violé les articles L. 651-2 et L. 225-254 du code de commerce ;*

*2°/ que l'article L. 651-2 du code de commerce selon lequel l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ne déroge pas non plus aux dispositions de l'article 2270-1 ancien du code civil selon lequel les actions en responsabilité extracontractuelles se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation ; qu'il résulte de la combinaison de ces deux textes que si le liquidateur judiciaire peut agir en responsabilité pour insuffisance d'actif pendant une durée de trois ans à compter du jugement de liquidation judiciaire, il ne peut fonder son action que sur des seules fautes de gestion non prescrites en vertu de l'article 2270-1 ancien du code civil, à la date du jugement de liquidation ; qu'en énonçant que l'article L. 651-2 du code de commerce constituerait une dérogation au droit commun de la prescription décennale et en accueillant une action en responsabilité pour insuffisance d'actif sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si les prétendues fautes de gestion n'étaient pas prescrites à la date de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, la cour d'appel a violé les articles L. 651-2 du code de commerce et 2270-1 ancien du code civil ;*

Mais attendu que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est indépendante de l'action spéciale en responsabilité ouverte par l'article L. 225-254 du code de commerce contre les dirigeants d'une société anonyme et de l'action générale en responsabilité civile extracontractuelle et se prescrit, aux termes de l'article L. 651-2, alinéa 3, du code de commerce, par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire, sans considération de la date de commission des fautes de gestion reprochées au dirigeant poursuivi ; qu'ayant constaté que M. Olindo avait été assigné le 6 juillet 2012, tandis que la liquidation judiciaire de la société avait été ouverte le 17 septembre 2009, moins de trois ans auparavant, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action était recevable ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que M. Olindo fait grief à l'arrêt de le condamner à supporter l'insuffisance d'actif alors, selon le moyen :

*1°/ que lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion ; que le dirigeant qui s'est retiré avant le jugement de*

*liquidation judiciaire ne peut être condamné à combler le passif de la société, que si l'insuffisance d'actif existait déjà à la date à laquelle il a cessé ses fonctions ; qu'en statuant comme elle l'a fait, après avoir constaté que la société ayant été dissoute, M. Olindo a perdu sa qualité de dirigeant le 27 mars 1998, soit onze ans avant l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la société le 17 septembre 2009, et sans rechercher si l'insuffisance d'actif existait déjà à la date du 27 mars 1998, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;*

*2°/ que l'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire ; que dès lors ne constitue pas une faute de gestion, le choix de M. Olindo de mettre à exécution l'ordonnance de référé du 19 février 1995 condamnant Mme Dumoulin à payer les sommes litigieuses à la société, au surplus confirmée par l'arrêt de la cour d'appel le 19 juin 1996 et qui n'a été remise en cause que par un arrêt de la cour de cassation du 8 juin 1999 ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 489, 514 du code de procédure civile, L. 651-2 du code de commerce et le principe de proportionnalité ;*

*3°/ que ne constitue pas une faute de gestion le fait pour le dirigeant d'une société d'utiliser les fonds provenant de l'exécution d'une ordonnance de référé exécutoire par provision plutôt que de les consigner, dès lors qu'il les utilise dans l'intérêt de la société ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans constater que les sommes litigieuses n'auraient pas été utilisées pour les besoins de la société et après avoir admis que contrairement à ce qui était prétendu par la société Taddei-Ferrari-Funel, ès qualités, les sommes payées par Mme Dumoulin n'avaient pas servi à financer la souscription de la société Kajau à l'augmentation de capital et n'avaient pas ainsi été « dissipées », la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce et du principe de proportionnalité ;*

*4°/ que le juge doit en toutes circonstances observer et faire observer le principe de la contradiction ; qu'en reprochant à M. Olindo de n'avoir pas fait apparaître comptablement l'aléa attaché à la créance réglée par Mme Dumoulin en provisionnant le remboursement de la créance, écriture impactant les résultats de la société et donc les capitaux propres, de n'avoir pas fait mention au commissaire aux comptes du caractère non définitif de cette créance ni du risque de remboursement, et de n'avoir pas provisionné ce remboursement dans le bilan 1996 ni dans ceux postérieurs, ce qui constituerait une faute de gestion laquelle serait à l'origine d'une suite de décisions faussées, de la vente des divers actifs de la société et de sa dissolution anticipée, sans inviter préalablement les parties à s'expliquer sur cette prétendue faute de gestion qui n'était pas invoquée par la société Taddei-Ferrari-Funel, ès qualités, ainsi que sur ses prétendues*

*conséquences, la cour d'appel a violé les articles 16 du code de procédure civile, 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et le principe de proportionnalité ;*

*5°/ que la preuve d'une faute de gestion incombe au demandeur à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ; qu'en énonçant qu'il ne serait pas démontré que le commissaire aux comptes a été avisé par le gérant, des procédures judiciaires en cours, quand c'est au liquidateur qu'il incombait de démontrer que M. Olindo aurait caché au commissaire aux comptes lequel a approuvé les comptes de la société, malgré l'absence de constitution d'une provision au titre de la créance litigieuse, l'existence d'une procédure en cours portant sur les sommes payées par Mme Dumoulin, la cour d'appel a renversé la charge de la preuve et violé les articles L. 651-2 du code de commerce, 1315 du code civil et le principe de proportionnalité ;*

*6°/ qu'en se bornant à énoncer que l'absence de provisionnement aurait faussé l'opération dite « coup d'accordéon » destinée à apurer les pertes constatées en reconstituant les capitaux propres, que cette faute de gestion serait à l'origine d'une suite de décisions faussées, de la vente des divers actifs de la société et de sa dissolution anticipée, sans caractériser le lien de causalité entre l'absence de provisionnement de la créance, et l'insuffisance d'actif qui plus est constatée onze ans après, la cour d'appel a privé sa décision de base au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce et du principe de proportionnalité ;*

*7°/ qu'en énonçant qu'il apparaît anormal que la « dissolution » de la société n'ait donné lieu à aucune vente de fonds de commerce, grevant encore plus l'actif de cette société, sans répondre aux conclusions de M. Olindo qui faisait valoir que le fonds de commerce donné en location gérance à la société n'était pas sa propriété et ne pouvait par conséquent être cédé, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile et le principe de proportionnalité ;*

Mais attendu qu'après avoir constaté que la société n'avait plus d'actifs, ceux-ci ayant été cédés avant même l'ouverture de la procédure collective, tandis que son passif était constitué par la créance de restitution de Mme Dumoulin, née de l'exécution des décisions de référé à une date à laquelle M. Olindo était dirigeant de la société, l'arrêt en déduit que, dès ce moment, l'insuffisance d'actif était égale au montant de cette créance ; qu'il retient ensuite que la faute de gestion de M. Olindo ne résulte pas de son choix de faire exécuter les décisions de référé, mais de l'absence de toute mesure pour garantir une éventuelle restitution, malgré le caractère non définitif de la créance de la société et les contestations dont elle était l'objet devant le juge du fond, de la dissolution rapide de la société et de la vente dans de mauvaises conditions de tous ses actifs ; que, par ces seuls motifs,

la cour d'appel, usant des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 651-2 du code de commerce et qui n'avait pas à procéder à la recherche inopérante invoquée à la troisième branche, ni à répondre aux conclusions invoquées que ces constatations rendaient inopérantes, a, sans méconnaître le principe de la contradiction ni inverser la charge de la preuve, légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le troisième moyen :

Attendu que M. Olindo fait grief à l'arrêt de dire que les intérêts au taux légal seront dus à compter de l'assignation en application de l'article 1153-1 du code civil alors, selon le moyen, *que les intérêts légaux dus en application de l'article 1153-1 du code civil courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement ; qu'en se fondant pour fixer le point de départ des intérêts légaux à la date de l'assignation, non pas sur sa propre décision distincte, mais au contraire sur une simple application de l'article 1153-1 du code civil, la cour d'appel a violé ce texte ;*

Mais attendu qu'en fixant à une autre date que celle de sa décision le point de départ des intérêts, la cour d'appel n'a fait qu'user de la faculté remise à sa discrétion par l'article 1153-1 du code civil ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. Olindo aux dépens ;

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

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

## MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat aux Conseils, pour M. Olindo

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir constaté que l'action en comblement d'insuffisance d'actif a été engagée par Maître Funel es qualités dans le délai de trois ans de l'article L 651-2 du Code de commerce, d'avoir écarté la fin de non-recevoir tirée de la prescription opposée par M. Olindo, dit que M. Olindo a commis des fautes de gestion ayant contribué en majeure partie à l'insuffisance d'actif et de l'avoir condamné en conséquence à payer à Maître Funel es qualités la somme de 1.220.000 euros avec intérêts au taux légal à compter de l'assignation ;

Aux motifs que M. Olindo fait valoir que les fautes de gestion qui lui sont reprochées remontant pour la moins ancienne à 1998, sont de plus de dix années antérieures à l'ouverture de la procédure collective et de 13 ans à l'assignation en comblement de passif et sont prescrites, tant en application de l'article 2270-1 ancien du Code civil instaurant une prescription décennale des actions délictuelles, que des articles L 225-254 et L 237-12 du Code de commerce prévoyant des prescriptions spéciales plus courtes ; mais que la prescription applicable à l'action en insuffisance d'actif est celle fixée par l'article L 651-2 du Code de commerce qui dispose qu'elle est exercée dans le délai de trois ans à compter du jugement prononçant la liquidation judiciaire ; que cette prescription est dérogoire du droit commun et la circonstance que les fautes de gestion reprochées par le mandataire judiciaire au gérant de la société en liquidation judiciaire dans le cadre de cette action soient antérieures de plus de dix ans à l'action engagée en 2011 est sans emport ; que l'action ayant été engagée dans le délai de trois ans à compter du jugement prononçant la liquidation judiciaire, M. Olindo sera débouté de sa fin de non-recevoir ;

Alors d'une part, que l'article L 651-2 du Code de commerce selon lequel l'action en comblement de passif se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ne déroge pas aux dispositions de l'article L 225-254 du même Code selon lequel, l'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général tant sociales qu'individuelles, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation ; qu'il résulte de la combinaison de ces deux textes que si le liquidateur judiciaire peut agir en comblement de passif pendant une durée de 3 ans à compter du jugement de liquidation judiciaire à l'encontre d'un administrateur ou du directeur général, il ne peut fonder son action que sur les seules fautes de gestion non prescrites en vertu de l'article L 225-254 à la date du jugement de liquidation ; qu'en considérant que

l'article L 651-2 du Code de commerce constituerait une dérogation à la prescription de l'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général et en accueillant une action en comblement de passif sans rechercher ainsi qu'elle y était invitée, si les prétendues fautes de gestion n'étaient pas prescrites à la date de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, la Cour d'appel a violé les articles L 651-2 et L 225-254 du Code de commerce ;

Alors d'autre part et en tout état de cause, que l'article L 651-2 du Code de commerce selon lequel l'action en comblement de passif se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ne déroge pas non plus aux dispositions de l'article 2270-1 ancien du Code civil selon lequel les actions en responsabilité extracontractuelles se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation ; qu'il résulte de la combinaison de ces deux textes que si le liquidateur judiciaire peut agir en comblement de passif pendant une durée de 3 ans à compter du jugement de liquidation judiciaire, il ne peut fonder son action que sur des seules fautes de gestion non prescrites en vertu de l'article 2270-1 ancien du Code civil, à la date du jugement de liquidation ; qu'en énonçant que l'article L 651-2 du Code de commerce constituerait une dérogation au droit commun de la prescription décennale et en accueillant une action en comblement de passif sans rechercher ainsi qu'elle y était invitée, si les prétendues fautes de gestion n'étaient pas prescrites à la date de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, la Cour d'appel a violé les articles L 651-2 du Code de commerce et 2270-1 ancien du Code civil.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que M. Olindo a commis des fautes de gestion ayant contribué en majeure partie à l'insuffisance d'actif, d'avoir condamné en conséquence M. Joël Olindo à payer à Maître Funel es qualités la somme de 1.220.000 euros, dit que les intérêts au taux légal seront dus à compter de l'assignation en application de l'article 1153-1 du Code civil et d'avoir débouté M. Olindo du surplus de ses demandes fins et conclusions ;

Aux motifs que la responsabilité de M. Olindo dans le cadre de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif de l'article L 651-2 du Code de commerce ne peut être recherchée que jusqu'au 27 mars 1998, date à partir de laquelle la société a été dissoute de manière anticipée et où il a perdu la qualité de gérant donc de dirigeant de cette société, pour être désigné liquidateur amiable de la société placée en liquidation amiable ; que sa responsabilité en cette qualité de liquidateur relève d'un autre fondement délictuel distinct de l'action en comblement de passif ; qu'en ce qui concerne l'insuffisance d'actif, il n'est pas sérieusement contestable que Mme Dumoulin est, du fait de la décision de la Cour de cassation en date du 8 juin

1999, titulaire depuis cette date d'une créance en restitution à l'encontre de la société Cave Niçoise qui a reçu paiement le 9 juillet 1996 de la somme de 4.450.000F, M. Olindo recevant quant à lui le même jour, paiement de la somme de 500.000 F, en exécution de la décision de référé cassée et annulée, l'engagement de caution de Mme Dumoulin ayant été déclarée nul pour défaut de cause par arrêt définitif du 5 janvier 2004 ; que la circonstance que Mme Dumoulin soit seule créancière au passif de la société la Cave Niçoise est sans effet dans la présente procédure, étant noté que le jugement ayant prononcé la liquidation judiciaire de la société Cave Niçoise est définitif ; que la créance déclarée est d'un montant de 1.320.325,74 euros soit 643.608,50 euros en principal, 575.923,28 euros en intérêts au taux légal du 31 juillet 1997 au 16 septembre 1999, des frais et débours et 100.000 euros à titre de dommages et intérêts ; que cette créance n'a pas été contestée par la débitrice et figure pour ce montant sur l'état des créances publié au BODAC le 24 juillet 2012 ; que la SA Cave Niçoise qui a été dissoute par anticipation lors de l'assemblée générale du 23 mars 1998 à compter du 1er janvier 1998 et mise en liquidation amiable, son gérant M. Olindo étant nommé liquidateur amiable, n'a plus aucun actif ceux-ci ayant été cédés avant même l'ouverture de la procédure collective, à savoir les matériels servant à l'exploitation du fonds de commerce de restauration pour la somme de 500.000 F le 18 mars 1998 et les trois droits au bail le 29 mars 1995 ; qu'aucune trésorerie n'a été présentée au mandataire judiciaire ; que la société Cave Niçoise présente donc une insuffisance d'actif égale au montant de la créance déclarée au passif ; qu'en ce qui concerne la première faute de gestion reprochée à M. Olindo, soit la « dissipation » de la somme reçue de Mme Dumoulin à titre provisoire, la société Cave Niçoise a choisi de mettre à exécution la décision de référé du 19 février 1995 confirmée par l'arrêt de la cour de céans le 19 juin 1996, à ses risques et périls ; que cette condamnation portait sur l'allocation d'une provision fondée sur l'existence d'une reconnaissance de dette en date du 1er septembre 1993 de M. Benmiloud et de l'engagement de caution de MM Dumoulin conclus le même jour au bénéfice de la SA Cave Niçoise, dont la Cour de cassation a relevé dans son arrêt du 8 juin 1999, soit quelques jours avant le jugement au fond, le caractère sérieusement contestable en raison de l'absence de déclaration de créance par la SA Cave Niçoise au passif de la société Café des Allées et de sa forclusion à le faire au jour de sa renonciation à tous ses droits à l'encontre de cette société, contrepartie des engagements précités ; que ce moyen a toujours été dans le débat et a été constaté par l'arrêt au fond de la cour de céans du 5 janvier 2004 qui a réformé le jugement du TGI de Grasse du 11 juin 1999 ayant dit valable l'engagement de caution ; que M. Olindo, gérant de la société Cave Niçoise, connaissant parfaitement le caractère non définitif et contesté de la créance de la société, se devait d'agir avec prudence de manière à en assurer la restitution ; qu'il était tenu de faire apparaître comptablement l'aléa attaché à cette créance en raison des procès en cours, et donc à tout le moins d'en provisionner le remboursement, écriture impactant les résultats de la société et donc les capitaux propres ;

qu'il ne résulte pas des rapports du commissaire aux comptes versé aux débats qu'il ait fait mention du caractère non définitif de cette créance ni du risque de remboursement, la mention que la société « a encaissé ses principales créances » figurant dans celui du 17 février 1997 sur l'exercice de 9 mois arrêté au 30 septembre 1996 ne le démontrant pas ; que ce remboursement n'a pas été provisionné dans le bilan 1996 ni dans ceux postérieurs, ce qui constitue une faute de gestion imputable à M. Olindo ; que la société pour apurer ses dettes, a procédé à une opération dite « coup d'accordéon » le 13 juin 1997 (augmentation de capital de 4.900.000 F par création d'actions nouvelles réservées à la société Kajau qui les a souscrites par compensation avec sa créance de 4.925.311 F inscrite au bilan, puis réduction du capital d'une somme de 7.892.500 F pour le ramener à la somme de 1.127.500F) avec l'aval du commissaire aux comptes donné au regard des renseignements en sa possession ; que l'absence de provisionnement du remboursement de la somme reçue de Mme Dumoulin a faussé cette opération reposant sur des comptes erronés quant aux résultats et pertes de la société, étant relevé que le commissaire aux comptes avait mis en exergue dans ses rapports sur les deux derniers exercices la précédant que du fait des pertes constatées les capitaux propres étaient inférieurs à la moitié du capital social, situation que l'opération réalisée le 13 juin 1997 avait pour but d'apurer en reconstituant les capitaux propres, et qui n'a été en réalité qu'apparemment rétablie ; qu'en ce qui concerne la faute de gestion consistant dans le démantèlement du fonds de commerce et sa disparition sans indemnité, la société Cave Niçoise a cédé les droits au bail dont elle était titulaire sur les locaux sis 5 rue Masséna à Nice à la société Masséna 5 dont la société Parashop Diffusion est associée au prix de 4.900.000 F, dont 395.333 F pour les immobilisations payables comptants à concurrence de 900.000 F et à terme en huit ans pour la somme de 4.000.000 F outre intérêts au taux de 8% l'an payable semestriellement à termes échus, étant noté qu'elle a continué à exploiter son activité de manière estivale dans la cour des immeubles sur laquelle elle bénéficiait d'un droit de jouissance ; que la société Cave Niçoise ne pouvait céder le droit au bail de locaux dont la SCI Olindo est propriétaire alors qu'il ne résulte pas des pièces produites qu'elle était titulaire du droit au bail, lesdits locaux ayant été donnés à bail à la société Serapol, puis par acte du 7 février 1994, à la société Toscana et enfin le 18 mars 1998 à la société Nouvelle Cave Niçoise, sans lien avec la SA Cave Niçoise la situation florissante de cette société créée en 1998 ne pouvant être comparée avec celle de la société Cave Niçoise rappelée ci-dessus et la confusion invoquée entre les deux sociétés n'étant pas établie par les éléments du dossier ; qu'il ne peut être reproché à M. Olindo de n'avoir pas cédé un droit au bail dont la société n'était pas titulaire ; que par ailleurs, M. Olindo, toujours en qualité de gérant de la société Cave Niçoise a cédé le 18 mars 1998, le matériel de restauration au prix de 500.000 F à Mme Lemièrre gérante de la SA Nouvelle Cave Niçoise et l'assemblée générale mixte de la société Cave Niçoise a prononcé par anticipation la dissolution de la société à compter du 1er janvier 1998 et mis

la société en liquidation amiable ; que cette décision a été prise au vu des rapports de gestion du conseil d'administration et du commissaire aux comptes sur l'exercice clos au 30 septembre 1997 après « l'apurement » des pertes réalisés le 13 juin 2007 (en réalité 1997), se soldant par une perte nette comptable de 139.705 F, soit un total de report à nouveau de – 279.503 F, sans toujours que n'ait été provisionné au bilan le remboursement de la somme de 4.500.000 F reçue de Mme Dumoulin ni que ne soit démontré que le commissaire aux comptes ait été avisé par le gérant des procédures judiciaires en cours ; que là encore cette décision n'a pas été arrêtée au regard de la réalité de la situation de la société Cave Niçoise, étant relevé qu'elle n'avait plus alors d'activité ; qu'ainsi la faute de gestion de M. Olindo est à l'origine d'une suite de décisions faussées, de la vente des divers actifs de la société et de sa dissolution anticipée, étant noté que le paiement échelonné sur 8 ans du prix de 4.000.000 F des droits au bail cédés en 1995 et des intérêts semestriels était en cours en 1998 ; que cette faute a contribué dans sa majeure partie, à l'insuffisance d'actif constatée ; que M. Olindo sera en conséquence condamné à contribuer à l'insuffisance d'actif à concurrence de la somme de 1.220.000 euros ;

Et aux motifs adoptés du jugement qu'à la date du 8 juin 1999, la société Cave Niçoise se trouvait avec une dette certaine, liquide et exigible correspondant au remboursement des sommes telles que définies par l'arrêt du 8 juin 1999, à laquelle s'ajoute les intérêts légaux et les nombreux frais de poursuite ; que l'insuffisance d'actif résulte de l'utilisation des sommes provisionnelles reçues avant décision définitive de la Cour de cassation au profit de la SA Cave Niçoise par M. Olindo ; qu'il apparaît au Tribunal que cette seule disposition revêt un caractère singulièrement fautif et grave dans le cadre d'une gestion d'entreprise de la part de son dirigeant ; que la relation de cause à effet entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif est effectivement liée comme le souligne le mandataire « à la consommation active et définitive de la créance provisoire et contentieuse » ; qu'au surplus M. Olindo après avoir reçu à titre provisionnel les sommes fixées par la Cour d'appel en juillet 1996 a également dès 1998, dissout la société Cave Niçoise en donnant bail commercial en sa qualité de gérant de la SCI Joël propriétaire des murs à une société dénommée SARL Nouvelle Cave Niçoise sans vente de fonds de commerce et en cédant le matériel de la SA Cave Niçoise ; qu'il apparaît anormal que la « dissolution » de la SA Cave Niçoise n'ait donné lieu à aucune vente de fonds de commerce grevant encore plus l'actif de la SA Cave Niçoise alors que les éléments du fonds de commerce « cave niçoise » représentée par la clientèle, l'enseigne et le nom commercial valorisaient une valeur marchande encrée dans le tissu niçois depuis 1945 ;

1°- Alors que lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant

de cette insuffisance d'actif sera supporté en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion ; que le dirigeant qui s'est retiré avant le jugement de liquidation judiciaire ne peut être condamné à combler le passif de la société, que si l'insuffisance d'actif existait déjà à la date à laquelle il a cessé ses fonctions ; qu'en statuant comme elle l'a fait, après avoir constaté que la société ayant été dissoute, M. Olindo a perdu sa qualité de dirigeant le 27 mars 1998, soit 11 ans avant l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la société le 17 septembre 2009, et sans rechercher si l'insuffisance d'actif existait déjà à la date du 27 mars 1998, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 651-2 du Code de commerce ;

2°- Alors que l'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire ; que dès lors ne constitue pas une faute de gestion, le choix de M. Olindo de mettre à exécution l'ordonnance de référé du 19 février 1995 condamnant Mme Dumoulin à payer les sommes litigieuses à la société, au surplus confirmée par l'arrêt de la cour d'appel le 19 juin 1996 et qui n'a été remise en cause que par un arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1999 ; qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé les articles 489, 514 du Code de procédure civile, L 651-2 du Code de commerce et le principe de proportionnalité ;

3°- Alors que ne constitue pas une faute de gestion le fait pour le dirigeant d'une société d'utiliser les fonds provenant de l'exécution d'une ordonnance de référé exécutoire par provision plutôt que de les consigner, dès lors qu'il les utilise dans l'intérêt de la société ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans constater que les sommes litigieuses n'auraient pas été utilisées pour les besoins de la société la Cave Niçoise et après avoir admis que contrairement à ce qui était prétendu par Maître Funel, les sommes payées par Mme Dumoulin n'avaient pas servi à financer la souscription de la société Kajau à l'augmentation de capital et n'avaient pas ainsi été « dissipées », la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 651-2 du Code de commerce et du principe de proportionnalité ;

4°- Alors que le juge doit en toutes circonstances observer et faire observer le principe de la contradiction ; qu'en reprochant à M. Olindo de n'avoir pas fait apparaître comptablement l'aléa attaché à la créance réglée par Mme Dumoulin en provisionnant le remboursement de la créance, écriture impactant les résultats de la société et donc les capitaux propres, de n'avoir pas fait mention au commissaire aux comptes du caractère non définitif de cette créance ni du risque de remboursement, et de n'avoir pas provisionné ce remboursement dans le bilan 1996 ni dans ceux postérieurs, ce qui constituerait une faute de gestion laquelle serait à l'origine d'une suite de décisions faussées, de la vente des divers actifs de la société et de sa dissolution anticipée, sans inviter préalablement les parties à s'expliquer sur

cette prétendue faute de gestion qui n'était pas invoquée par Maître Funel, ainsi que sur ses prétendues conséquences, la Cour d'appel a violé les articles 16 du Code de procédure civile, 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le principe de proportionnalité ;

5°- Alors que la preuve d'une faute de gestion incombe au demandeur à l'action en comblement de passif ; qu'en énonçant qu'il ne serait pas démontré que le commissaire aux comptes a été avisé par le gérant, des procédures judiciaires en cours, quand c'est à Maître Funel qu'il incombait de démontrer que M. Olindo aurait caché au commissaire aux comptes lequel a approuvé les comptes de la société, malgré l'absence de constitution d'une provision au titre de la créance litigieuse, l'existence d'une procédure en cours portant sur les sommes payées par Mme Dumoulin, la Cour d'appel a renversé la charge de la preuve et violé les articles L 651-2 du Code de commerce, 1315 du Code civil et le principe de proportionnalité;

6°- Alors qu'en se bornant à énoncer que l'absence de provisionnement aurait faussé l'opération dite « coup d'accordéon » destinée à apurer les pertes constatées en reconstituant les capitaux propres, que cette faute de gestion serait à l'origine d'une suite de décisions faussées, de la vente des divers actifs de la société et de sa dissolution anticipée, sans caractériser le lien de causalité entre l'absence de provisionnement de la créance, et l'insuffisance d'actif qui plus est constatée 11 ans après, la Cour d'appel a privé sa décision de base au regard de l'article L 651-2 du Code de commerce et du principe de proportionnalité ;

7°- Alors qu'en énonçant qu'il apparaît anormal que la « dissolution » de la SA Cave Niçoise n'ait donné lieu à aucune vente de fonds de commerce, grevant encore plus l'actif de la SA Cave Niçoise, sans répondre aux conclusions de M. Olindo qui faisait valoir que le fonds de commerce donné en location gérance à la société la Cave Niçoise n'était pas sa propriété et ne pouvait par conséquent être cédé, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile et le principe de proportionnalité.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que les intérêts au taux légal seront dus à compter de l'assignation en application de l'article 1153-1 du Code civil ;

Aux motifs que les intérêts au taux légal seront dus à compter de l'assignation en application de l'article 1153-1 du Code civil ;

Alors que les intérêts légaux dus en application de l'article 1153-1 du Code civil courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement ; qu'en se fondant pour fixer le point de départ des intérêts

légaux à la date de l'assignation, non pas sur sa propre décision distincte, mais au contraire sur une simple application de l'article 1153-1 du Code civil, la Cour d'appel a violé la disposition précitée.