

Cour de cassation

chambre commerciale

Audience publique du 8 mars 2017

N° de pourvoi: 15-22337

ECLI:FR:CCASS:2017:CO00314

Publié au bulletin

Cassation

M. Rémery (conseiller doyen faisant fonction de président), président

SCP Marlange et de La Burgade, SCP Nicolaý, de Lanouvelle et Hannotin, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu l'article L. 651-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008 ;

Attendu que si une même personne a été le dirigeant de plusieurs personnes morales, l'insuffisance d'actif que ce texte permet, aux conditions qu'il prévoit, de mettre à sa charge doit comprendre celle de l'ensemble des personnes morales dont cette personne a été le dirigeant et auxquelles la procédure de liquidation judiciaire a été étendue sur le fondement d'une confusion de patrimoines ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Vahedis a été mise en redressement puis liquidation judiciaires les 2 février et 16 mars 2011 ; que, par jugement du 6 novembre 2013, la procédure a été étendue à la SCI Saint Marc ; que le liquidateur a assigné M.

X..., dirigeant des deux sociétés, en paiement de l'insuffisance d'actif ;

Attendu que pour condamner M. X... à supporter l'insuffisance d'actif de la société Vahedis à concurrence de 80 % et à payer au liquidateur une somme provisionnelle de 1 500 000 euros, l'arrêt retient que M. X... ne peut valablement se prévaloir de l'actif de la SCI Saint Marc, malgré la décision d'extension de la procédure à celle-ci en raison de la confusion des patrimoines, les personnalités juridiques de chacune des sociétés subsistant et la faute du dirigeant devant être appréciée à l'égard de chacune des sociétés au regard de la masse active et passive de chacune d'elles ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si M. X... n'était pas aussi le dirigeant de fait ou de droit de la SCI Saint Marc, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

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

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 4 juin 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; 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 d'Aix-en-Provence ;

Condamne M. Y..., en sa qualité de liquidateur de la société Vahedis, 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 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 huit mars deux mille dix-sept.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Marlange et de La Burgade, avocat aux Conseils, pour M. X...

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné M. X... à supporter l'insuffisance d'actif de la société Vahedis à concurrence de 80 % et de l'avoir condamné à payer à maître Y..., ès qualités de liquidateur de la société Vahedis, une somme provisionnelle de 1 500 000 € ;

AUX MOTIFS QUE « (...) sur l'insuffisance d'actif :

Il résulte de l'état des créances ratifié par le juge-commissaire, dont la régularité n'est pas contestable, que le montant total des créances déclarées s'élève à 4 309 240, 86 euros sur lesquels le passif d'ores et déjà admis s'élève à 733 901, 43 euros, dont 633 461, 67 euros échus à titre définitif, Le surplus, soit 3 647 884, 19 euros est contesté, en ce compris la créance de la société Goodyear déclarée pour 2 718 147, 75 euros. Cette contestation n'a effectivement pas été définitivement tranchée, l'appel à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire étant pendant devant la cour.

Maître Y... fait cependant justement valoir que la recevabilité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'est pas subordonnée à l'achèvement des opérations de vérification du passif, dès lors qu'il apparaît avec évidence que l'actif sera insuffisant pour payer le passif. Ainsi, le fait que certaines créances soient contestées ne peut suffire à écarter l'action, dès lors que les créances non contestées sont supérieures aux actifs, la contestation de créances n'ayant pas pour effet d'augmenter l'actif, mais seulement de diminuer le passif.

En l'espèce, la contestation de Jean-Luc X... porte principalement sur la créance de la société Goodyear, qui a procédé à une déclaration de créance pour un montant de 2 718 147, 75 euros à titre chirographaire se composant d'une créance principale à hauteur de 2 137 120, 40 euros outre des intérêts de retard à hauteur de 580 027, 35 euros. Par ordonnance du 29 septembre 2014, le juge-commissaire, après avoir constaté que la SAS Vahedis n'avait contesté la créance qu'à hauteur de la somme de 1 492 593, 66 euros et que la société Goodyear avait justifié de 72, 87 % des documents sollicités par celle-ci, a décidé d'admettre la créance à hauteur de 1 732 179, 47 euros. Le juge-commissaire a, pour le surplus ordonné le sursis à statuer dans l'attente de l'issue de l'information pénale ouverte suite à la plainte déposée à l'encontre de la société Goodyear.

Sur ce dernier point, s'il est effectivement justifié par Jean-Luc X... qu'une plainte a été déposée à l'encontre de la société Goodyear, le 19 juillet 2012 entre les mains du procureur de la république d'Avignon pour des faits de faux et usage de faux et escroquerie, il n'est produit aucun justificatif des suites qui auraient été réservées à cette plainte, alors que près de trois ans se sont écoulés. La SAS Vahedis n'a pas saisi le doyen des juges d'instruction ni le tribunal correctionnel.

D'autre part, sans préjuger de la décision qui sera rendue par la cour d'appel, il convient de relever que la contestation de la SAS Vahedis à l'encontre de la société Goodyear repose principalement sur l'impossibilité pour cette dernière de justifier de l'ensemble des bons de livraison, et les surfacturations qui auraient été opérées.

Or, compte tenu des différentes contestations émises par la SAS Vahedis, le juge-commissaire a, par ordonnance du 18 mai 2011, autorisé, Maître Y..., à se faire assister de Monsieur Guy Z..., expert, à l'effet de :

- rechercher les causes de l'état de cessation des paiements de la société et le cas échéant de relever les fautes de gestion en indiquant leur auteur,
- d'examiner les relations contractuelles entre la société SAS Vahedis et la société Goodyear et d'établir, le cas échéant, les incohérences, manquements dans l'exécution desdites relations contractuelles
- dire si la comptabilité de la SAS Vahedis était régulière et probante
- dire si les états de synthèse arrêtés au 30 juin 2008, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 étaient réguliers et sincères, et représentaient bien l'image fidèle de la situation de la société à ces différentes dates de clôture
- examiner les relations contractuelles entre la SCI Saint Marc et la SAS Vahedis.

Monsieur Z... a établi un pré-rapport le 4 janvier 2012, puis un rapport définitif le 23 octobre 2012. Ces documents ont été régulièrement versés aux débats par Maître Bernard Y..., et ont été précédemment débattus contradictoirement dans les différentes instances ayant donné lieu au report de la date de cessation des paiements, et à l'extension de la procédure à la SCI Saint Marc. Il ne peut dès lors être valablement soutenu par l'appelant que les constatations et conclusions de Monsieur Z... ne lui sont pas opposables, et ne sont pas définitives et ne peuvent permettre de déterminer l'insuffisance d'actif.

Monsieur Z... a en effet, analysé la créance de la société Good Year et indiqué que les premiers impayés remontaient au mois d'août 2007 (109 005. 14e), qu'en apparence la relation Sas Vahedis/ Good Year était une relation de client à fournisseur, mais que Good Year, avait accepté pendant de nombreuses années de voir ses factures non payées aux échéances convenues. D'autre part, au cours des opérations d'expertise et contrairement à ce qui est aujourd'hui soutenu, la SAS Vahedis a admis que la société Good Year détenait une créance à son encontre, s'élevant à 1 859 744, 18 euros au 15 juillet 2009. En outre, il a été justifié que Jean-Luc X... et son épouse, ont accepté par acte sous seing privé en date du 22 avril 2009 de consentir à la société Good Year, un nantissement sur les parts sociales qu'ils détenaient dans la SCI Saint Marc, en garantie d'une créance de 1 500 000 €, l'acte précisant que la créance de la société Good Year

dans les livres de la SAS Vahedis s'élevait à 1 859 744 € au 20 avril 2009.

D'autre part, Monsieur Z... a relevé que suite à des pourparlers, la société Good Year avait décidé de cesser les livraisons à crédit, de pneumatiques, et avait mis en place un système de paiement à la commande, afin de réduire l'encours de la société SAS Vahedis, tout en n'interrompant pas les livraisons. Il a ainsi été convenu que pour chaque commande, la SAS Vahedis adresserait un paiement d'un montant légèrement supérieur à celui de la commande, afin que le surplus vienne en déduction du montant de la créance globale. Ce système a fonctionné jusqu'à ce que Jean-Luc X... décide le 12 novembre 2009 l'annulation d'une commande.

Au vu de ces éléments, et sans qu'il y ait lieu à surseoir à statuer, la créance de la société Goodyear apparaît donc incontestable en son principe, et est, a minima de l'ordre d'un million d'euros en principal, outre les intérêts.

Il s'ensuit que le montant du passif s'élève a minima à plus deux millions d'euros.

En ce qui concerne l'actif, Jean-Luc X... ne peut valablement se prévaloir de l'actif de la SCI Saint Marc, malgré la décision d'extension de la procédure à celle-ci, en raison de la confusion des patrimoines. En effet, malgré l'extension de la procédure, les personnalités juridiques de chacune des sociétés subsistent, et la faute du dirigeant doit être appréciée à l'égard de chacune des sociétés et au regard de la masse active et passive de chacune d'elles.

D'autre part, Jean-Luc X... reproche à Maître Y... de ne pas avoir engagé d'action à l'encontre de la société Goodyear sur le fondement de l'article L. 650-1 du code du commerce, sans préciser en quoi les conditions requises par ces dispositions seraient réunies en l'espèce. Aucune conséquence ne peut dès lors en être tirée quant à l'actif de la SAS Vahedis.

Enfin, Jean-Luc X... est mal fondé à invoquer un crédit de TVA que détiendrait la SAS Vahedis à hauteur de 422 698 €. Monsieur Z... a en effet considéré que cette écriture était incohérente et n'était pas justifiée par des pièces comptables ayant permis la passation des écritures.

Ainsi, d'après les éléments produits par Maître Y..., l'actif de la SAS Vahedis est réduit à la somme de 3 047, 18 euros.

L'insuffisance d'actif, de l'ordre de 2 millions d'euros, est donc incontestable.

Sur les fautes de gestion

Maître Y... reproche en premier lieu à Jean-Luc X..., la tenue d'une comptabilité irrégulière, ce que conteste celui-ci.

Au cours de ces travaux, Monsieur Z... a fait une analyse précise et détaillée des éléments comptables. Il a ainsi, relevé des irrégularités dans la comptabilité, le bloc de la légalité comptable n'étant pas respecté, et ce de façon significative. Il a sollicité Jean-Luc X..., en sa qualité de dirigeant de la société SAS VAHEDIS afin qu'il produise des pièces justificatives à l'appui de ses observations et contestations, sans succès. Il a conclu ses opérations en indiquant que la comptabilité de SAS Vahedis était certes régulière en la forme, mais irrégulière sur le fond, car toutes les écritures n'étaient pas justifiées par des pièces comptables ayant une valeur probante, que les préconisations du plan comptable en matière de fonctionnement et d'utilisation des comptes n'étaient pas respectées et que les soldes de certains comptes n'étaient pas justifiés. Monsieur Z... a ainsi estimé que les comptes annuels de la SAS Vahedis n'étaient ni réguliers, ni sincères et ne donnaient pas une image fidèle du patrimoine de la société en raison d'irrégularités significatives.

Ces irrégularités constituent incontestablement une faute de gestion imputable à Jean-Luc X.... En application des articles L. 123-12 et L. 123-14 du code du commerce, il appartenait en effet à celui-ci, en sa qualité de dirigeant de la société de s'assurer du respect de ces dispositions.

Maître Y... fait également grief à Jean-Luc X... d'avoir poursuivi une activité déficitaire et de n'avoir pris aucune mesure de restructuration.

Jean-Luc X... réfute l'argumentation en contestant le caractère déficitaire de l'activité, soutenant que dans la mesure où la dette de Goodyear n'existe pas, l'activité ne peut être considérée comme déficitaire.

Monsieur Z... a certes stigmatisé les positions de la société Goodyear, il n'a cependant pas suivi Jean-Luc X... dans son argumentation, retenant que l'encours Goodyear avait permis de financer les pertes accumulées au cours des exercices, mais que dès la fin du mois d'août 2007, date des premiers impayés (109 005. 14e), la SAS Vahedis ne pouvait plus faire face avec son actif disponible à son passif exigible, et notamment et principalement à l'endroit de son principal fournisseur Good Year, ce qui caractérisait l'état de cessation des paiements de la société résultant de l'insuffisance des fonds propres, cette insuffisance ayant pour origine les pertes réalisées. L'expert a également émis des doutes sur la réalité et la véracité de la facture émise aux fins de compensation, par la SAS VAHEDIS à l'encontre de la société Goodyear le 2 juillet 2010, à hauteur de 1 492 593 €. Il n'a pu cependant opérer les vérifications sollicitées par la SAS VAHEDIS, celle-ci n'ayant pas fourni les pièces réclamées par l'expert.

D'autre part, le 30 mars 2010, le commissaire aux comptes de la société a établi un rapport spécial d'alerte, en application de l'article 234-2 du code du commerce en relevant que les capitaux propres de la société s'élevaient sur le bilan arrêté au 30 juin 2009 et établie en décembre 2009 à 266 029 €, que suite aux corrections apportées, le niveau des capitaux propres corrigés s'élevait à 2 326 34 €. Le commissaire aux comptes indiquait par ailleurs que la trésorerie de la société ne permettait pas d'honorer

le paiement de la dette de la société Goodyear, certes contestée, mais qui, au 30 juin 2009 s'élevait à 2 049 514 € TTC.

Contrairement à ses allégations, Jean-Luc X... ne justifie pas que cette procédure d'alerte aurait été suivie d'effet.

Jean-Luc X... ne peut donc valablement contester avoir poursuivi une activité durablement déficitaire sans tirer les conséquences financières et/ ou juridique des pertes enregistrées et prendre les mesures qui s'imposaient. Cette situation, contraire aux intérêts de la société et de ses créanciers, est constitutive d'une faute de gestion.

Il est enfin reproché à Jean-Luc X... de ne pas avoir déclaré l'état de cessation des paiements de la société.

Aucune déclaration de cessation des paiements n'a effectivement été déposée, le tribunal de commerce ayant été saisi par assignation délivrée à la requête de l'URSSAF, le 22 juillet 2010.

Dans son jugement du 2 février 2011, ouvrant la procédure de redressement judiciaire, le tribunal de commerce d'Avignon a fixé la date de cessation des paiements au 22 juillet 2010.

Par jugement du 11 juillet 2012, le tribunal de Commerce d'Avignon, se fondant sur les conclusions du rapport de Monsieur Z..., a reporté la date de cessation des paiements de la liquidation judiciaire de la société au 2 août 2009, cette décision étant confirmée par arrêt de la cour d'appel du 23 janvier 2014. Cette décision aujourd'hui définitive s'impose et rend vaines les contestations opposées par Jean-Luc X... sur la date de cessation des paiements et la réalité de celle-ci.

Ces différents manquements par leur répétition, leur importance, et leurs conséquences, ont incontestablement contribué à l'insuffisance d'actif résultant de la procédure collective de la société SAS Vahedis. En effet, les irrégularités comptables ont empêché Jean-Luc X... d'avoir une connaissance exacte de la situation financière de la société, ce qui n'a fait qu'aggraver le déficit, en autorisant la poursuite d'une activité déficitaire, en occultant l'évolution du passif.

D'autre part, l'absence de déclaration de cessation des paiements a rendu impossible l'apurement du passif, la situation de la société étant déjà irrémédiablement compromise lorsque le tribunal a été saisi, ce qui a conduit à la liquidation judiciaire.

Eu égard au montant du passif retenu et de l'insuffisance d'actif prévisible de la SAS Vahedis, et compte tenu de la nature des fautes reprochées à Jean-Luc X..., il convient de condamner celui-ci à supporter cette insuffisance d'actif à concurrence de 80 %, et à verser à Maître Y..., une provision de 1 500 000 €, en application de l'article L. 651-2 du code du commerce (...) » (arrêt attaqué, pp. 8 à 13),

ALORS QUE 1°), les dispositions de l'article L. 651-2 du code de commerce ne peuvent être appliquées que si l'insuffisance d'actif est certaine ; qu'il ressort de l'arrêt attaqué (p. 8, § 3) que le montant total des créances déclarées s'élevait à la somme de 4 309 240, 86 euros ; que le passif admis était de 733 901, 43 euros ; que le surplus, soit la somme de 3 647 884, 19 euros, en ce compris la créance de la société Good Year déclarée pour 2 718 147, 75 euros, était contesté devant un autre juge, et que « cette contestation n'a effectivement pas été définitivement tranchée » ; qu'une telle contestation rendait donc nécessairement incertaines, notamment, la créance déclarée par la société Good Year, et donc l'insuffisance d'actif alléguée ; qu'en prenant néanmoins en compte, pour condamner M. X..., les créances contestées devant un autre juge, qui ne permettaient cependant pas de caractériser une insuffisance d'actif certaine, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

ALORS QUE 2°), en condamnant M. X... eu égard à l'insuffisance d'actif « prévisible » de la SAS Vahedis (arrêt attaqué, p. 13, § 1er), la cour d'appel s'est déterminée par un motif purement hypothétique, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS QUE 3°), lorsque la confusion des patrimoines entre deux sociétés est constatée, c'est la « masse active et passive » totale qui doit être prise en compte pour apprécier s'il existe une insuffisance d'actif et s'il y a lieu de mettre à la charge d'un dirigeant tout ou partie de cette insuffisance ; qu'en retenant au contraire que, malgré l'extension de la procédure, la faute du dirigeant devait être appréciée à l'égard de chacune des sociétés et au regard de la masse active et passive de chacune d'elles, de telle sorte que l'actif de la société à laquelle la procédure avait été étendue ne pouvait être pris en compte, la cour d'appel a violé les articles L. 621-2 et L. 651-2 du code de commerce ;

ALORS QUE 4°), les juges du fond ne peuvent dénaturer les termes clairs et précis des conclusions des parties ; que M. X... faisait valoir (v. ses concl. notifiées le 26 mars 2014, p. 13) que le liquidateur judiciaire aurait dû engager une action à l'encontre de la société Goodyear sur le fondement de l'article L. 650-1 du code de commerce dès lors qu'il disposait de tous les éléments justifiant le caractère frauduleux du concours financier consenti à la SAS Vahedis ; qu'en retenant que M. X... ne précisait pas en quoi les conditions requises par les dispositions de l'article L. 650-1 du code de commerce étaient réunies quand ce dernier faisait état d'un cas de fraude, la cour d'appel a dénaturé les conclusions de M. X... et a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

ALORS QUE 5°), subsidiairement, pour déterminer le montant de l'insuffisance d'actif

mise à la charge d'un dirigeant, le juge doit tenir compte non seulement de la gravité des fautes et du montant de l'insuffisance d'actif mais également de la situation personnelle du dirigeant et de ses facultés contributives ; qu'en condamnant M. X... à supporter l'insuffisance d'actif à concurrence de 80 % et à verser à maître Y... une provision de 1 500 000 €, égard au montant du passif, à l'insuffisance d'actif prévisible de la société Vahedis et à la nature des fautes reprochées sans tenir compte de la situation personnelle du dirigeant et de ses facultés contributives, la cour d'appel a violé l'article L. 651-2 du code de commerce.

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Nîmes, du 4 juin 2015