

**Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 9 septembre 2020, 18-12.444, Inédit****Cour de cassation - Chambre commerciale**

N° de pourvoi : 18-12.444
ECLI:FR:CCASS:2020:CO00418
Non publié au bulletin
Solution : Cassation partielle

Audience publique du mercredi 09 septembre 2020

Décision attaquée : Cour d'appel de Nancy, du 20 décembre 2017

Président
Mme Mouillard (président)

Avocat(s)
SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Piwnica et Molinié, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano

Texte intégral**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

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

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 9 septembre 2020

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 418 F-D

Pourvoi n° Y 18-12.444

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 9 SEPTEMBRE 2020

M. O... X..., domicilié [...], a formé le pourvoi n° Y 18-12.444 contre l'arrêt rendu le 20 décembre 2017 par la cour d'appel de Nancy (5e chambre commerciale), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. M... S..., domicilié [...],

2°/ à la société Finadvance associés, société par actions simplifiée,

3°/ à la société Finadvance, société anonyme, agissant tant en son nom personnel qu'en qualité de société de gestion du FCPI Finadvance Capital III, ayant toutes deux leur siège [...],

4°/ à M. E... Y..., domicilié [...],

5°/ à Mme B... Q..., domiciliée [...], prise en qualité de liquidateur à la liquidation judiciaire de la société Intergestion,

6°/ à la société [...], société civile professionnelle, dont le siège est [...], prise en qualité de liquidateur à la liquidation judiciaire de la société Intergestion,

7°/ à la société Chubb European Group PLC, dont le siège est [...], venant aux droits de la société Chubb Insurance Company of Europe SE,

8°/ à M. T... N..., domicilié [...], pris en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finadvance et Finadvance et associés,

9°/ à M. T... U... , domicilié [...], pris en qualité de mandataire judiciaire des sociétés Finadvance et Finadvance et associés,

défendeurs à la cassation.

Les sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, M. N..., en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance et associés, M. U... , en qualité de mandataire des sociétés Finadvance SA et Finadvance et associés, ont formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

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

Les demandeurs au pourvoi incident invoquent, à l'appui de leur recours, les six moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Riffaud, conseiller, les observations de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de M. X..., de la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de Mme Q..., ès qualités, et de la société [...], ès qualités, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat des sociétés Finadvance associés, Finadvance SA, de M. N..., en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, et M. U... , en qualité de mandataire judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, après débats en l'audience publique du 3 juin 2020 où étaient présents Mme Mouillard, président, M. Riffaud, conseiller rapporteur, M. Rémy, conseiller doyen, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par M. X..., que sur le pourvoi incident relevé par la société Finadvance SA, la société Finadvance associés, M. N..., en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, et M. U... , en qualité de mandataire judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance associés ;

Donne acte à M. X... du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre MM. S..., Y... et la société Chubb European Group PLC venant aux droits de la société Chubb Insurance Company of Europe SE ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que la société Intergestion, ayant pour société mère la société SDCI, a été cédée en 2006 au fonds d'investissement Finadvance par une opération d'achat avec effet de levier (LBO) ; que la société Interges, dont le conseil d'administration était composé de M. X..., président, la société Finadvance SA représentée par M. Y..., la société Finadvance associés, holding de Finadvance représentée par M. S..., et d'un administrateur indépendant, a été créée le 12 juillet 2006 pour la reprise de la totalité du capital de la société SDCI, sa holding ; que la société Intergestion, qui était constituée sous la forme d'une société anonyme avec conseil d'administration, a été dirigée à compter du 20 juillet 2006 par M. X..., président du conseil d'administration, la société Interges représentée par M. Y... et la société Finadvance associés représentée par M. S..., puis a été transformée en une société par actions simplifiée le 2 avril 2007 avec pour président la société Interges, elle-même représentée par son président, M. X... ; que la société Intergestion a été mise en redressement puis liquidation judiciaires les 30 mars 2010 et 29 septembre 2010, Mme Q... et la société [...] étant désignées liquidateurs ; que ces derniers ont assigné les sociétés Finadvance associés et Finadvance SA et MM. X..., Y... et S... en responsabilité pour insuffisance d'actif et, s'agissant des personnes physiques, en prononcé d'une mesure de faillite personnelle ; que les sociétés Finadvance associés et Finadvance SA ont été mises en redressement judiciaire, M. N... étant désigné administrateur judiciaire et M. U... mandataire judiciaire ;

Sur le premier moyen, pris en ses quatrième, sixième et septième branches, du pourvoi principal :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de rejeter l'exception de nullité de l'assignation qui lui a été délivrée et, en conséquence, de dire qu'il a, avec la société Finadvance SA et la société Finadvance associés, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société Intergestion, et de le condamner solidairement avec ces deux sociétés au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la société Intergestion et de prononcer sa faillite personnelle pour une durée de dix ans alors, selon le moyen :

1°/ que la signification doit être faite à personne et il n'y a lieu à signification par procès-verbal de recherches que si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ; que le procès-verbal doit comporter avec précision les diligences accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte ; qu'en l'espèce, pour dire que les diligences effectuées par l'huissier étaient suffisantes, la cour d'appel s'est contentée de relever que le procès-verbal dressé à cette occasion comportait les mentions suivantes : « - le signifié ne demeure plus à l'adresse indiquée, - son nom ne figure ni sur le tableau des occupants, ni sur la porte des appartements ni sur les boîtes aux lettres, - les voisins ne peuvent me fournir de renseignement sur l'adresse actuelle de l'intéressé, - le préposé de La Poste m'oppose le secret professionnel, - la Mairie ne peut fournir une autre adresse, - mes recherches sur l'annuaire sont restées vaines » ; qu'en statuant ainsi par des motifs impropres à établir que l'huissier avait accompli des investigations complètes aux fins de délivrer l'acte à la personne de M. X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 659 du code de procédure civile ;

2°/ que la signification doit être faite à personne et il n'y a lieu à signification par procès-verbal de recherches que si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ; que le procès-verbal doit comporter avec précision les diligences accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte ; que dans ses conclusions d'appel, M. X... faisait expressément valoir que son profil apparaissait facilement sur le réseau social « LinkedIn », de sorte qu'il était aisé d'entrer en contact avec lui pour lui demander son adresse ; que la cour d'appel a constaté que le procès-verbal dressé par l'huissier comportait les mentions suivantes :

« - le signifié ne demeure plus à l'adresse indiquée, - son nom ne figure ni sur le tableau des occupants, ni sur la porte des appartements ni sur les boîtes aux lettres, - les voisins ne peuvent me fournir de renseignement sur l'adresse actuelle de l'intéressé, - le préposé de La Poste m'oppose le secret professionnel, - la Mairie ne peut fournir une autre adresse, - mes recherches sur l'annuaire sont restées vaines » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand

il résultait de ses constatations que l'huissier de justice, qui avait négligé de procéder à des recherches sur les réseaux sociaux professionnels, n'avait pas procédé aux diligences nécessaires pour délivrer l'assignation à personne, la cour d'appel a violé l'article 659 du code de procédure civile ;

3°/ que la signification doit être faite à personne et il n'y a lieu à signification par procès-verbal de recherches que si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ; que le procès-verbal doit comporter avec précision les diligences accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte ; que dans ses conclusions d'appel, M. X... faisait expressément valoir que le nouveau propriétaire de son bien immobilier de Dommarmont connaissait son adresse à Versailles, indiquée sur l'acte de vente ; que la cour d'appel a constaté que le procès-verbal dressé par l'huissier comportait les mentions suivantes : « - le signifié ne demeure plus à l'adresse indiquée, - son nom ne figure ni sur le tableau des occupants, ni sur la porte des appartements ni sur les boîtes aux lettres, - les voisins ne peuvent me fournir de renseignement sur l'adresse actuelle de l'intéressé, - le préposé de La Poste m'oppose le secret professionnel, - la Mairie ne peut fournir une autre adresse, - mes recherches sur l'annuaire sont restées vaines » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand il résultait de ses constatations que l'huissier de justice, qui avait négligé d'interroger le nouveau propriétaire du domicile de M. X... sur l'adresse actuelle de ce dernier, n'avait pas procédé aux diligences nécessaires pour délivrer l'assignation à personne, la cour d'appel a violé l'article 659 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt relève d'abord que l'huissier de justice chargé de la signification de l'assignation s'est rendu à la dernière adresse connue, à Dommarmont, de M. X..., lequel ne rapporte pas la preuve qu'il aurait habité à une autre adresse dont les mandataires judiciaires auraient eu connaissance, notamment celle figurant sur l'extrait Kbis de la société Tuileries d'Alsace Lorraine, distincte, de plus, de l'adresse à Versailles qu'il revendique et que les pièces de la procédure démontrent être son domicile dès le début de l'année 2012 ; que l'arrêt ajoute que l'huissier de justice a constaté que le nom de l'intéressé ne figurait ni sur le tableau des occupants ni sur la porte des appartements ni sur les boîtes aux lettres, que les voisins ne pouvaient lui fournir de renseignement sur son adresse actuelle, que le préposé de La Poste lui avait opposé le secret professionnel, tandis que la mairie ne pouvait lui fournir une autre adresse, et que ses recherches dans l'annuaire étaient demeurées vaines ; que la cour d'appel a exactement déduit de ces constatations que l'huissier de justice avait accompli toutes les diligences utiles et que la signification était régulière, dès lors que l'officier ministériel n'était pas tenu de mentionner dans le procès-verbal de signification l'identité des personnes auprès desquelles il s'assurait du domicile, ni de chercher à entrer à contact avec M. X... via un réseau social professionnel n'indiquant pas directement, selon les propres conclusions de l'intéressé, l'adresse de celui-ci ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche, du pourvoi principal :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de dire qu'il a, avec la société Finadvance SA et la société Finadvance associés, en qualité de dirigeant de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société Intergestion et, en conséquence, de le condamner, solidairement avec ces deux sociétés, à payer à la société [...] et à Mme Q..., ès qualités, la somme de 6 530 894 euros au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée alors, selon le moyen, 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 supportée, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément retenu que l'opération d'acquisition de la société Intergestion avait été effectuée « dans le cadre d'un LBO » impliquant « le remboursement de la dette d'acquisition () par les dividendes versés par la société reprise à la holding qui en détient le contrôle » ; qu'il résultait nécessairement de ces constatations que la société Intergestion n'avait pas d'autre possibilité que d'effectuer le versement des dividendes litigieux ; qu'en retenant néanmoins l'existence d'une faute de gestion résultant de la remontée de dividendes de la société Intergestion vers la société Intergerges, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, a violé l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Mais attendu que la décision de verser les dividendes devant être prise au regard de la situation de l'entreprise et de sa trésorerie, quand bien même ces dividendes devraient être affectés dans le cadre d'une opération de LBO, c'est sans encourir le grief du moyen que la cour d'appel a statué comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le sixième moyen du pourvoi principal :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de prononcer sa faillite personnelle pour une durée de dix ans alors, selon le moyen :

1°/ que la cassation à intervenir sur le fondement des deuxième, troisième, quatrième ou cinquième moyens de cassation, du chef de dispositif l'ayant condamné au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif, entraînera, par voie de conséquence, celle du chef de l'arrêt ayant prononcé sa faillite personnelle pour une durée de dix ans, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ que le prononcé de la faillite personnelle doit être motivé en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de son auteur et de sa situation personnelle ; qu'en prononçant à l'égard de M. X... une peine de faillite personnelle pour une durée de dix ans sans tenir compte de sa personnalité et de sa situation personnelle, la cour d'appel a violé l'article L. 653-2 du code de commerce ;

Mais attendu, d'une part, que le rejet des deuxième, troisième, quatrième et cinquième moyens du pourvoi principal rend le grief de la première branche sans portée ;

Et attendu, d'autre part, que M. X... n'ayant invoqué aucun élément tiré de sa situation personnelle qui aurait pu influencer sur l'appréciation de la cour d'appel, celle-ci n'a pas méconnu les exigences de l'article L. 653-2 du code de commerce en prononçant sa faillite personnelle ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche, du pourvoi incident :

Attendu que la société Finadvance SA, la société Finadvance associés, M. N..., en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, et M. U... , en qualité de mandataire judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, font grief à l'arrêt de dire que la société Finadvance SA et la société Finadvance associés ont, en qualité de dirigeants de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société Intergestion et, en conséquence, de condamner la société Finadvance SA et la société Finadvance associés, solidairement avec M. X..., à payer à la société [...] et à Mme Q..., en qualité de liquidateurs de la société Intergestion, la somme de 6 530 894 euros au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée alors, selon le moyen, que l'action en paiement de l'insuffisance d'actif ne s'applique qu'aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective et aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales ; que pour condamner les sociétés Finadvance et Finadvance associés à payer une partie de l'insuffisance d'actif de la société Intergestion en qualité de dirigeants de droit, la cour d'appel s'est fondée sur le seul fait qu'elles étaient administrateurs de la société Intergerges, dirigeante de la SAS Intergestion, et que cette qualité suffisait à les condamner au titre de l'insuffisance d'actif au même titre que la société Intergerges, l'article L. 227-7 du code de commerce disposant que la responsabilité des dirigeants des personnes morales dirigeantes de SAS pouvant être recherchée dans les mêmes conditions que la personne morale dirigeant de cette SAS ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L. 651-1 et L. 651-2 du code de

commerce, ensemble l'article 227-7 du même code ;

Mais attendu qu'il résulte de l'arrêt que, pour la période antérieure au 2 avril 2007, M. X..., président du conseil d'administration, la société Finavance associés, représentée par M. S..., et la société Interges, elle-même représentée par M. Y..., avaient la qualité de dirigeants de droit de la société Intergestion, alors société anonyme, tandis que pour la période postérieure, où cette société avait été transformée en une société par actions simplifiée, les statuts de cette dernière prévoyaient que la société était dirigée et administrée par un président et un ou plusieurs directeurs généraux, l'assemblée générale extraordinaire du 2 avril 2007 ayant désigné la société Interges comme président d'Intergestion ; que l'article L. 227-7 du code de commerce disposant que les dirigeants de la personne morale nommée présidente d'une société par actions simplifiée encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité de la personne morale qu'ils dirigent, c'est sans méconnaître les textes invoqués que la cour d'appel a statué comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en sa première branche, du pourvoi incident :

Attendu que la société Finavance SA, la société Finavance associés, M. N..., en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finavance SA et Finavance associés, et M. U... , en qualité de mandataire judiciaire des sociétés Finavance SA et Finavance associés, font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, qu'un dirigeant social ne peut être condamné à combler les dettes sociales de la société en liquidation judiciaire que s'il est établi un lien de causalité entre la faute de gestion retenue et l'insuffisance d'actif constatée ; qu'en se bornant à relever que la distribution de dividendes est en relation causale directe avec l'insuffisance d'actif, constatée trois ans plus tard, ayant eu pour conséquence de priver la société de réserves anciennes qui auraient pu être affectées en 2009 au règlement des dettes échues, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs impropres à caractériser le lien de causalité entre la distribution de dividendes et l'insuffisance d'actif, privant sa décision base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Mais attendu que l'arrêt relève que la faute commise a privé la société de réserves anciennes qui auraient pu être affectées en 2009 au règlement des dettes échues ; que la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le lien de causalité entre la faute qu'elle retenait du fait de la distribution des dividendes et l'insuffisance d'actif, peu important que cette faute précédât de trois ans la constatation de l'insuffisance d'actif, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi incident :

Attendu que la société Finavance SA, la société Finavance associés, M. N..., en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finavance SA et Finavance associés, et M. U... , en qualité de mandataire judiciaire des sociétés Finavance SA et Finavance associés, font le même grief à l'arrêt 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 supportée, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; que dans leurs conclusions, les sociétés Finavance et Finavance associés faisaient valoir que toutes les décisions concernant la CEFEC avaient été prises par le Codir d'Intergestion, présidé par M. X..., dont elles n'avaient jamais fait partie, qu'elles n'avaient jamais décidé ni de la création ni du soutien financier de la CEFEC, ce que reconnaissaient les liquidateurs qui admettaient que le financement de CEFEC n'avait jamais fait l'objet d'une décision dans un conseil d'administration d'Interges et que les informations sur CEFEC transmises en 2010 au conseil d'administration d'Interges étaient rassurantes ; qu'en se bornant à relever, pour retenir l'existence d'une faute de gestion à l'encontre des appelantes tenant au financement des pertes de CEFEC, qu'à défaut d'être à l'origine de la création de CEFEC, elles avaient parfaitement connaissance de l'existence de cette filiale et des avances qui lui étaient consenties alors même que la société Intergestion ne disposait pas des moyens suffisants pour à la fois soutenir sa filiale et rembourser son propre endettement, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs impropres à caractériser la connaissance par les sociétés Finavance et Finavance associés d'un soutien abusif de la CEFEC par Intergestion et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

2°/ qu'un dirigeant social ne peut être condamné à combler les dettes sociales de la société en liquidation judiciaire que s'il est établi un lien de causalité entre la faute de gestion retenue et l'insuffisance d'actif constatée ; qu'en se bornant à relever que le financement de la CEFEC a « directement concouru à aggraver l'insuffisance d'actif », la cour d'appel s'est prononcée par des motifs impropres à caractériser le lien de causalité entre le soutien financier de CEFEC par Intergestion et l'insuffisance d'actif, privant sa décision base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Mais attendu qu'ayant analysé le procès-verbal de réunion du conseil d'administration de la société Interges du 15 mars 2007, la cour d'appel a retenu que les administrateurs de cette société avaient parfaitement connaissance de l'existence de la société CEFEC dont ils avaient été informés ; qu'elle a relevé que ses pertes cumulées, d'un montant de 1 158 894 euros au 31 décembre 2009, avaient été supportées en totalité par la société Intergestion au moyen d'avances en compte courant, ce que ne pouvaient ignorer les administrateurs, et qu'il n'était fourni aucun élément sur la part du chiffre d'affaires de la société Intergestion réalisé sur un plan international provenant des opérations espagnoles, de sorte que les charges supportées par cette dernière du fait de sa filiale espagnole s'élevaient excessives, la société Intergestion ne disposant pas des moyens suffisants pour soutenir sa filiale et rembourser son propre endettement, tandis que la crise économique ne permettait pas d'envisager un retournement de situation à brève échéance ; qu'elle a encore souligné le manque de vigilance des administrateurs de la société Interges, qui avait contribué à ce que cette situation perdure, aggravant ainsi l'insuffisance d'actif ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a caractérisé la connaissance, par les sociétés Finavance SA et Finavance associés, d'un soutien abusif de la CEFEC par la société Intergestion et le lien de causalité entre la faute qu'elle retenait et l'insuffisance d'actif, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le sixième moyen, pris en sa deuxième branche, du pourvoi incident :

Attendu que la société Finavance SA, la société Finavance associés, M. N..., en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finavance SA et Finavance associés, et M. U... , en qualité de mandataire judiciaire des sociétés Finavance SA et Finavance associés, font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; que la cour d'appel a constaté que « la déconfiture de la société a été précipitée par la rupture des relations avec la société Bohnacker System qui a cessé ses livraisons en octobre 2009, privant ainsi brutalement la société Intergestion de 30 % de son chiffre d'affaires, ce qui corrélativement a conduit à la suppression d'une source de financement immédiat de la trésorerie résultant du recours au factoring, situation qui ne pouvait être anticipée par la direction », ce dont il résultait que la baisse significative du chiffre d'affaires de la société Intergestion avait eu lieu en 2009 et qu'elle était due à la rupture brutale de ses relations avec la société Bohnacker System ; qu'en retenant néanmoins à l'encontre des sociétés Finavance et Finavance associés une faute de gestion résultant d'un défaut de surveillance de M. X... qui avait commis une faute de gestion résultant de la poursuite d'une activité déficitaire, aux motifs que M. X... avait tardé à réagir en ne présentant un plan de crise qu'à partir du mois d'avril 2009 « alors que la situation de la société était déjà préoccupante dès la fin 2008 et que la crise économique prenait toute son ampleur », la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Mais attendu qu'ayant retenu que la déconfiture de la société Intergestion n'avait été que précipitée par la rupture des relations avec la société Bohnacker System, en octobre 2009, et souligné que les difficultés étaient préexistantes, la société y étant confrontée dès 2008, avec une baisse de 63 % du chiffre d'affaires de son pôle agencement à cette date, cependant que M. X... présentait en décembre 2008 un budget quasiment à l'équilibre et prévoyait un résultat d'exploitation de 5 342 884 euros pour le site relatif à l'agencement qui avait enregistré en 2008 une perte de 2,8 millions d'euros, et que, si ce dernier avait initié en 2008 une politique de réduction des coûts notamment salariaux, il avait dans le même temps envisagé un résultat peu réaliste pour 2009 et repoussé au mois d'avril 2009 la présentation d'un plan de crise, c'est sans encourir le grief du moyen que la cour d'appel a statué comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le premier moyen, pris en ses trois premières et en sa cinquième branches, le deuxième moyen, pris en sa deuxième branche, le troisième moyen, le quatrième moyen, le cinquième moyen du pourvoi principal et sur le premier moyen, le deuxième moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, le troisième moyen, pris en sa seconde branche, le quatrième moyen et le sixième moyen, pris en sa première branche du pourvoi incident :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le sixième moyen, pris en sa troisième branche, du pourvoi incident :

Vu l'article L. 651-2 du code de commerce :

Attendu que pour retenir la responsabilité pour insuffisance d'actif des administrateurs du fait d'un défaut de surveillance de M. X..., qui avait poursuivi l'activité déficitaire de la société, l'arrêt retient que ces derniers disposaient de remontées d'informations sur la situation de la trésorerie de la société mais que l'une de leurs priorités était de garantir le remboursement par la société Interges de la société senior, et que le grief tiré d'un défaut de surveillance de leur part est fondé ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser le lien de causalité entre cette dernière faute de gestion, qu'elle retenait, et l'insuffisance d'actif de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et attendu que la condamnation à supporter l'insuffisance d'actif ayant été prononcée en considération de plusieurs fautes de gestion, la cassation encourue à raison de l'une d'entre elles entraîne, en application du principe de proportionnalité, la cassation de l'arrêt de ce chef ;

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne les sociétés Finadvance associés et Finadvance SA à payer à la société [...] et Mme Q..., en qualité de liquidateurs de la société Intergestion, la somme de 6 530 894 euros au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif de cette société, l'arrêt rendu le 20 décembre 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ;

Remet, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Metz ;

Condamne M. X..., la société [...] et Mme Q..., en qualité de liquidateurs de la société Intergestion, aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes formées par M. X... et le condamne à payer aux sociétés Finadvance SA, Finadvance associés, à M. N..., en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, et à M. U... , en qualité de mandataire judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, la somme globale de 3 000 euros ; rejette les autres demandes ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du neuf septembre deux mille vingt. MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, pour M. X....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté l'exception de nullité de l'assignation délivrée à M. X... et d'AVOIR, par conséquent, dit que M. X... a, avec la société Finadvance Sa et la société Finadvance et associés Sas, en qualité de dirigeant de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société Intergestion, condamné M. X..., solidairement avec ces deux sociétés, à payer à la Scp [...] et à Me Q..., ès-qualités, la somme de 6.530.894 € au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la société Intergestion et prononcé la faillite personnelle de M. X... pour une durée de dix ans ;

AUX MOTIFS QUE M. X... a été cité par exploit signifié le 7 mars 2013 selon les modalités de l'article 659 du code de procédure civile ; que l'appelant prétend qu'il a été assigné à une ancienne adresse à laquelle il ne demeurerait plus, alors que les liquidateurs avaient ou pouvaient avoir connaissance de sa nouvelle adresse qui était notamment mentionnée au Rcs en sa qualité de dirigeant de la Sci les Tuileries d'Alsace-Lorraine détenue à 100 % par la société Intergestion ; que par ailleurs, son numéro de téléphone figurait dans l'annuaire du groupe Sepaq qui avait connaissance de son adresse électronique, ce qui aurait permis une signification par voie électronique ; qu'il soutient que le procès-verbal de signification est entaché de nullité en raison de diligences insuffisantes de l'huissier pour rechercher le destinataire de l'acte et fait valoir que la nullité de l'assignation entraîne celle du jugement et que toute nouvelles action serait prescrite ; que M. Y... et les sociétés Finadvance s'associent à cette argumentation et soutiennent que dès lors qu'est demandée une condamnation solidaire, la nullité de l'assignation de l'un vaut pour les autres et qu'en tout cas, la procédure est entachée de nullité pour violation du principe du contradictoire, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit au double degré de juridiction, l'absence de M. X..., dirigeant de droit de la société Interges, seul en mesure de répondre à certaines questions, étant de nature à porter atteinte à leurs droits à la défense et à les priver d'un double degré de juridiction ; que Me A... et Q... objectent que l'assignation a été délivrée à la dernière adresse connue de M. X... avant sa révocation, que l'adresse figurant au Rcs n'est pas celle revendiquée par M. X..., que les diligences de l'huissier sont suffisantes, le seul fait de disposer d'une adresse électronique n'impliquant pas pour autant une volonté du destinataire de recevoir les significations par voie électronique ; que la cour relève en premier lieu, que les mandataires judiciaires soulèvent à bon droit que seul M. X... peut se prévaloir d'une éventuelle nullité affectant l'assignation qui lui a été délivrée ; que ses co-défendeurs, régulièrement cités qui ont été en mesure de faire valoir leurs propres moyens de défense, ne peuvent en effet utilement invoquer à cet égard une violation du principe du contradictoire ou une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, en l'absence de toute atteinte portée à leurs droits à la défense ainsi qu'à leurs droits à un procès équitable ou au double degré de juridiction, quand bien même une condamnation solidaire serait-elle poursuivie, un co-défendeur, même cité à personne, restant en tout état de cause libre de ne pas comparaître ; que la cour constate en second lieu que l'assignation a été signifiée à M. X... à l'adresse suivante : [...] ; que l'appelant prétend

qu'il ne demeurait plus à cette adresse depuis le 30 décembre 2011, ce que ne pouvaient ignorer les mandataires judiciaires ; qu'il ne rapporte toutefois pas la preuve de cette connaissance ; qu'en effet, l'adresse figurant sur l'extrait Kbis de la Sci Tuileries d'Alsace Lorraine (annexe 35 Finadvance) n'est pas l'adresse [...] qu'il revendique mais une adresse à Marly le Roi dont il ne démontre pas qu'elle était la sienne à la date de l'assignation, les autres pièces produites démontrant au contraire que, dès le début de l'année 2012, il était domicilié à Versailles (cf. notamment les pièces 23, 24 et 30 constituées par un courrier de rappel du centre des finances d'Essey-les-Nancy pour le paiement de la taxe d'habitation 2011, un courrier du 12 juin 2012 pour paiement de la facture de consommation d'eau pour l'appartement de Dommartemont et une attestation du notaire ayant reçu l'acte de vente relatif à cet appartement le 27 avril 2012) ; que la circonstance que le numéro de téléphone personnel de M. X... ait figuré dans l'annuaire Sepaq, bien qu'elle ne résulte pas du document incomplet produit en annexe 39 n'est, à la supposer démontrée, pas suffisante pour établir qu'une assignation à personne aurait été possible, cet annuaire ne comportant pas les adresses personnelles des personnes qui y figurent ; qu'enfin, quand bien même les mandataires judiciaires auraient-ils pu disposer de l'adresse électronique de M. X..., ce qu'ils contestent, cette circonstance n'était pas davantage de nature à permettre une signification par voie électronique en l'absence de consentement exprès de l'intéressé recueilli selon les modalités prévues à l'article 73-1 du décret du 29 février 1956 modifié par le décret n° 2012-366 du 15 mars 2012 ; que c'est tout aussi vainement que M. X... prétend que l'acte de signification serait nul pour absence de diligences suffisantes de l'huissier, alors que l'acte comporte les mentions suivantes : « - le signifié ne demeure plus à l'adresse indiquée, - son nom ne figure ni sur le tableau des occupants, ni sur la porte des appartements ni sur les boîtes aux lettres, - les voisins ne peuvent me fournir de renseignement sur l'adresse actuelle de l'intéressé, - le préposé de La Poste m'oppose le secret professionnel, - la Mairie ne peut fournir une autre adresse, - mes recherches sur l'annuaire sont restées vaines », lesquelles répondent aux exigences de l'article 659 du code de procédure civile, quand bien même le nom des voisins interrogé n'est pas indiqué, l'huissier n'étant pas tenu de le faire ; qu'il ne peut enfin être reproché à l'huissier de ne pas avoir consulté le site internet LinkedIn, en l'absence de toute certitude quant à la fiabilité des informations qui y figurent ; que les diligences effectuées par l'huissier étant suffisantes, le moyen tiré de la nullité de l'assignation doit être rejeté ;

1) ALORS QUE la signification doit être faite à personne et il n'y a lieu à signification par procès-verbal de recherches que si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ; qu'est nulle la signification faite en application de l'article 659 du code de procédure civile, quand le domicile du débiteur était connu du créancier qui a fait signifier en un lieu où il savait que le débiteur ne résidait pas ; que dans ses conclusions d'appel (cf. p. 24), M. X... faisait expressément valoir que l'extrait Kbis de la Sci Tuileries d'Alsace, dont il était le dirigeant, indiquait une adresse sise à Marly-le-Roi, que les mandataires liquidateurs auraient dû transmettre à l'huissier afin que ce dernier signifie l'assignation à cette adresse ; qu'en se bornant à relever que « l'adresse figurant sur l'extrait Kbis de la Sci Tuileries d'Alsace Lorraine (annexe 35 Finadvance) n'est pas l'adresse [...] qu'il revendique mais une adresse à Marly-le-Roi dont il ne démontre pas qu'elle était la sienne à la date de l'assignation », la cour d'appel a statué sur un motif inopérant dès lors que les mandataires liquidateurs n'avaient pas tenté de faire signifier l'assignation à l'adresse figurant sur l'extrait Kbis de la Sci Tuileries d'Alsace Lorraine à Marly-le-Roi, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article 659 du code de procédure civile ;

2) ALORS QUE la signification doit être faite à personne et il n'y a lieu à signification par procès-verbal de recherches que si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ; qu'est nulle la signification faite en application de l'article 659 du code de procédure civile, quand le domicile du débiteur était connu du créancier qui a fait signifier en un lieu où il savait que le débiteur ne résidait pas ; que dans ses conclusions d'appel (cf. p. 25), M. X... faisait expressément valoir que son numéro de téléphone portable personnel figurait dans l'annuaire du groupe Sepaq, issu de la transmission universelle des patrimoines des sociétés [...] et Tft Noyon et [...] à Intergestion, de sorte qu'un simple appel des mandataires liquidateurs leur aurait permis d'obtenir son adresse afin que l'assignation lui soit signifiée à domicile ; qu'en se bornant à relever que « cet annuaire ne comport(ait) pas les adresses personnelles des personnes qui y figurent », sans rechercher si les mandataires liquidateurs avaient tenté de joindre M. X... par téléphone afin d'obtenir son adresse, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 659 du code de procédure civile ;

3) ALORS QUE la signification doit être faite à personne et il n'y a lieu à signification par procès-verbal de recherches que si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ; qu'est nulle la signification faite en application de l'article 659 du code de procédure civile, quand le domicile du débiteur était connu du créancier qui a fait signifier en un lieu où il savait que le débiteur ne résidait pas ; que dans ses conclusions d'appel (cf. p. 26), M. X... faisait expressément valoir que les sociétés du groupe Sepaq connaissaient « les coordonnées électroniques de M. X..., ce dernier les lui ayant indiquées par e-mail courant 2009 (pièce n° 29) », de sorte que « joignable par e-mail, (il) pouvait être aisément averti de l'introduction d'une procédure à son encontre et de ce qu'il devait indiquer à l'huissier de justice compétent l'adresse à laquelle le toucher » ; qu'en se bornant à affirmer que « cette circonstance n'était pas de nature à permettre une signification par voie électronique en l'absence de consentement exprès de l'intéressé », sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, si M. X... « joignable par e-mail » n'aurait pas pu « être aisément averti de l'introduction d'une procédure à son encontre » en donnant son adresse postale personnelle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 659 du code de procédure civile ;

4) ALORS QUE la signification doit être faite à personne et il n'y a lieu à signification par procès-verbal de recherches que si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ; que le procès-verbal doit comporter avec précision les diligences accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte ; qu'en l'espèce, pour dire que les diligences effectuées par l'huissier étaient suffisantes, la cour d'appel s'est contentée de relever que le procès-verbal dressé à cette occasion comportait les mentions suivantes : « - le signifié ne demeure plus à l'adresse indiquée, - son nom ne figure ni sur le tableau des occupants, ni sur la porte des appartements ni sur les boîtes aux lettres, - les voisins ne peuvent me fournir de renseignement sur l'adresse actuelle de l'intéressé, - le préposé de La Poste m'oppose le secret professionnel, - la Mairie ne peut fournir une autre adresse, - mes recherches sur l'annuaire sont restées vaines » (arrêt, p. 11) ; qu'en statuant ainsi par des motifs impropres à établir que l'huissier avait accompli des investigations complètes aux fins de délivrer l'acte à la personne de M. X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 659 du code de procédure civile ;

5) ALORS QUE la signification doit être faite à personne et il n'y a lieu à signification par procès-verbal de recherches que si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ; que le procès-verbal doit comporter avec précision les diligences accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte ; que dans ses conclusions d'appel (cf. p. 24), M. X... faisait expressément valoir que l'extrait Kbis de la Sci Tuileries d'Alsace indiquait son adresse sise à Marly-le-Roi ; que la cour d'appel a constaté que le procès-verbal dressé par l'huissier comportait les mentions suivantes : « - le signifié ne demeure plus à l'adresse indiquée, - son nom ne figure ni sur le tableau des occupants, ni sur la porte des appartements ni sur les boîtes aux lettres, - les voisins ne peuvent me fournir de renseignement sur l'adresse actuelle de l'intéressé, - le préposé de La Poste m'oppose le secret professionnel, - la Mairie ne peut fournir une autre adresse, - mes recherches sur l'annuaire sont restées vaines » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand il résultait de ses constatations que l'huissier de justice, qui avait négligé de procéder à des recherches au registre du commerce et des sociétés, n'avait pas procédé aux diligences nécessaires pour délivrer l'assignation à personne, la cour d'appel a violé l'article 659 du code de procédure civile ;

6) ALORS QUE la signification doit être faite à personne et il n'y a lieu à signification par procès-verbal de recherches que si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ; que le procès-verbal doit comporter avec précision les diligences accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte ; que dans ses conclusions d'appel (cf. p. 26), M. X... faisait expressément valoir que son profil apparaissait facilement sur le réseau social « LinkedIn », de sorte qu'il était aisé d'entrer en contact avec lui pour lui demander son adresse ; que la cour d'appel a constaté que le procès-verbal dressé par l'huissier comportait les mentions suivantes : « - le signifié ne demeure plus à l'adresse indiquée, - son nom ne figure ni sur le tableau des occupants, ni sur la porte des appartements ni sur les boîtes aux lettres, - les voisins ne peuvent me fournir de renseignement sur l'adresse actuelle de l'intéressé, - le préposé de La Poste m'oppose le secret professionnel, - la Mairie ne peut fournir une autre adresse, - mes recherches sur l'annuaire sont restées vaines » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand il résultait de ses constatations que l'huissier de justice, qui avait négligé de procéder à des recherches sur les réseaux sociaux professionnels, n'avait pas procédé aux diligences nécessaires pour délivrer l'assignation à personne, la cour d'appel a violé l'article 659 du code de procédure civile ;

7) ALORS QUE la signification doit être faite à personne et il n'y a lieu à signification par procès-verbal de recherches que si le destinataire de l'acte n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus ; que le procès-verbal doit comporter avec précision les diligences accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte ; que dans ses conclusions d'appel (cf. p. 28), M. X... faisait expressément valoir que le nouveau propriétaire de son bien immobilier de Dommarmont connaissait son adresse à Versailles, indiquée sur l'acte de vente ; que la cour d'appel a constaté que le procès-verbal dressé par l'huissier comportait les mentions suivantes : « - le signifié ne demeure plus à l'adresse indiquée, - son nom ne figure ni sur le tableau des occupants, ni sur la porte des appartements ni sur les boîtes aux lettres, - les voisins ne peuvent me fournir de renseignement sur l'adresse actuelle de l'intéressé, - le préposé de La Poste m'oppose le secret professionnel, - la Mairie ne peut fournir une autre adresse, - mes recherches sur l'annuaire sont restées vaines » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand il résultait de ses constatations que l'huissier de justice, qui avait négligé d'interroger le nouveau propriétaire du domicile de M. X... sur l'adresse actuelle de ce dernier, n'avait pas procédé aux diligences nécessaires pour délivrer l'assignation à personne, la cour d'appel a violé l'article 659 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que M. X... a, avec la société Finadvance Sa et la société Finadvance et associés Sas, en qualité de dirigeant de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société Intergestion et d'AVOIR, en conséquence, condamné M. X..., solidairement avec ces deux sociétés, à payer à la Scp [...] et à Me Q..., ès-qualités, la somme de 6.530.894 € au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la société Intergestion ;

AUX MOTIFS QUE, sur la remontée de dividendes de la société Intergestion vers la société Intergeres, dans le cadre d'un LBO, le remboursement de la dette d'acquisition est assuré par les dividendes versés par la société reprise à la holding qui en détient le contrôle ; qu'en l'espèce, il est constant : - qu'Intergestion a distribué à Intergeres des dividendes à hauteur de 1.950.200 € au titre de l'exercice clos au 31 août 2006, de 2.200.940 € au titre de l'exercice clos au 31 août 2007 et de 500.000 € supplémentaires au titre de l'exercice clos au 31 décembre 2007 pris en compte en 2008, soit au total 4.651.140 €, ces distributions rapprochées ayant été rendues possibles par plusieurs modifications successives de la date d'arrêtés des comptes ; - que ces dividendes ont permis à la holding de rembourser les emprunts contractés pour l'acquisition d'Intergestion et de ses filiales ; - que les résultats de la période considérée, inférieurs à ceux des exercices précédents, ne permettaient pas de verser ces dividendes, - que les réserves ont diminué de 3,5 millions d'euros sur la période considérée, - que les besoins en fonds de roulement représentaient 18 millions d'euros au moment de l'acquisition, compte-tenu de la nécessité pour Intergestion de disposer d'un stock important pour pouvoir fournir dans des délais courts sa clientèle essentiellement constituées de grandes surfaces de bricolage, dont les délais de paiement étaient plus longs que ceux de ses fournisseurs allemands, - que pour couvrir ses dépenses d'exploitation, la société Intergestion a dû, à partir de 2007, accroître notablement son recours aux lignes de crédit court terme accordées par ses banques, lesquelles n'ont toutefois pas été utilisées en totalité ; qu'il convient de relever que l'analyse du cabinet OCA, critiquée par les appelants ainsi que par le cabinet Prorevis, selon laquelle les dividendes versés ne pouvaient excéder les résultats de l'exercice, les réserves devant être mobilisées pour satisfaire les besoins importants en fonds de roulement, était toutefois partagée par Finadvance dans son memorandum d'acquisition, aux termes duquel elle relevait que « les besoins en fonds de roulement consomment l'ensemble de l'excédent de ressources longues et nécessitent de recourir à des financements bancaires à court terme de façon permanente » ; que s'il est indéniable que ces distributions ont privé la société Intergestion de fonds qui lui auraient permis de faire face à ses dettes échues à la date de cessation des paiements, ce seul constat n'est toutefois pas suffisant pour caractériser l'existence d'une faute de gestion des dirigeants ; qu'il convient en effet de se placer à la date à laquelle ces décisions de répartition ont été prises à savoir en avril 2007 pour la première distribution, en février 2008 pour la deuxième et en juin 2008 pour la troisième et de tenir compte des conditions et du contexte économique dans lequel elles ont été prises ; que par ailleurs, s'il est exact que la distribution de dividendes relève des pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires, il n'est toutefois pas contesté que ces décisions ont été prises sur proposition du conseil d'administration d'Intergestion SA pour la première, et sur proposition du président de la Sas Intergestion, qui avait nécessairement l'approbation du conseil d'administration d'Intergeres compte-tenu de la limitation de ses pouvoirs, pour les deuxième et troisième, étant de surcroît observé qu'Intergeres est l'associé unique d'Intergestion et que Finadvance est l'associé majoritaire d'Intergeres ; qu'à l'examen des différents rapports d'expertise versés aux débats, il n'apparaît pas que la distribution de dividendes décidée en avril 2007, au titre de l'exercice clos au 31 août 2006, puisse être considérée comme relevant d'une faute de gestion, en dépit d'une augmentation des besoins en fonds de roulement, compte-tenu d'une part des résultats, certes en baisse, mais toujours bénéficiaires enregistrés au cours de l'exercice (87.538 € sur six mois), d'autre part du contexte économique porteur de l'époque, le commerce du bricolage étant en plein essor, qui permettait d'envisager des perspectives de croissance et enfin des concours bancaires consentis qui permettaient de faire face aux besoins de trésorerie ; qu'en revanche, les distributions ultérieures ont été réalisées alors que l'augmentation notable du besoin en fonds de roulement qui s'élevait à 21,6 millions d'euros en août 2006 et à 21,5 millions d'euros en 2007 se confirmait, que les résultats de l'exercice 2007 (981.559 € au 31 août 2007 et 556.490 € au 31 décembre 2007 sur six mois) étaient toujours en nette régression par rapport à ceux de 2005 (2.195.000 €) et inférieurs aux prévisions initiales, que les fonds propres avaient diminué d'un million d'euros et que la variation nette de trésorerie fin 2007 était de 2,6 millions d'euros ; qu'enfin, si les opérations de croissance externe engagées au cours de l'exercice ont effectivement permis à Intergestion de percevoir des dividendes à hauteur de 3,4 millions comme le souligne Mme V..., ces dividendes ont toutefois été affectés au remboursement de ces investissements réalisés en novembre et décembre 2007 comme cela sera évoqué ci-après ; que l'appréciation de Mme V... dans son rapport complémentaire n° 3, selon laquelle les dividendes ont été supportés par la trésorerie générée par l'activité sur la période ne peut par ailleurs être retenus dans la mesure où elle prend en considération le flux net de trésorerie lié à l'activité cumulé au 31 décembre 2008 (7.586.843 €) alors qu'il convient de se placer au 31 décembre 2007, date à laquelle le flux net de trésorerie lié à l'activité cumulé depuis 2006 n'était que de 3,6 millions d'euros ; qu'enfin, il ressort du tableau figurant en page 9 du rapport du cabinet Prorevis que le secteur du bricolage a connu, dès la fin de l'année 2007, une baisse de croissance et que le secteur de l'agencement était principalement impacté en 2007 (rapport P...) ; qu'il s'évince du tout que le reproche fait par les mandataires d'une distribution de dividendes incompatibles avec la situation de trésorerie de la société, au regard notamment du financement des investissements réalisés en grande partie sur ses fonds propres par Intergestion et de la conjoncture défavorable est bien fondé ; que cette faute d'imprudence, qui ne relève pas d'une simple négligence mais d'une faute de gestion caractérisée, est en relation causale directe avec l'insuffisance d'actif puisqu'elle a eu pour conséquence de priver la société de réserves anciennes qui auraient pu être affectées en 2009 au règlement des dettes échues ; qu'aucun élément ne permettant de considérer que M. Y... aurait personnellement, en toute indépendance, eu un rôle actif dans cette prise de décision et qu'il aurait commis une faute détachable de ses fonctions, sa responsabilité personnelle ne sera pas retenue à ce titre ; qu'en revanche, les sociétés Finadvance Sa et Finadvance et associés et M. X..., qui ont ensemble contribué à cette prise de décision seront tenus solidairement de l'insuffisance d'actif découlant de cette faute ;

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 supportée, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément retenu que l'opération d'acquisition de la société Intergestion avait été effectuée « dans le cadre d'un LBO » impliquant « le remboursement de la dette d'acquisition () par les dividendes versés par la société reprise à la holding qui en détient le contrôle » (cf. arrêt, p. 19) ; qu'il résultait nécessairement de ces constatations que la société Intergestion n'avait pas d'autre possibilité que d'effectuer le versement des dividendes litigieux ; qu'en retenant néanmoins l'existence d'une faute de gestion résultant de la remontée de dividendes de la société Intergestion vers la société Intergeres, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, a violé l'article L. 651-2 du code de commerce ;

2) ALORS, en toute hypothèse, QUE le défaut de réponse à conclusions est un défaut de motif ; que dans ses conclusions (cf. p. 44), M. X... faisait expressément valoir que « bien que dirigeant de droit, (il) était contraint au niveau opérationnel par la délégation de pouvoirs insérée dans le pacte d'actionnaires qui lui interdisait de prendre toute décision au-delà d'une somme de 100.000 euros, limitait son droit d'embauche et de licenciement,

d'investir et de réaliser tout plan de licenciement majeur

(pièces n° 88 et 92) ; «

Le dirigeant (

) s'engage (

) à ce qu'aucune décision concernant la société et/ou chacune de ses filiales n'intervienne sans l'accord préalable et par écrit des investisseurs A » (Finavance) : (VI) toute décision sortant du cadre du budget ou des affaires courantes ou engageant la société et/ou ses filiales, au bilan ou hors bilan, sur des montants de plus de 100.000 euros ; (VII) tout recrutement de salarié dont la rémunération serait supérieure à celle du cinquième salaire le plus élevé du groupe et non budgété ; toute sortie de trésorerie importante était donc soumise à autorisation » ; qu'en reprochant à M. X..., pour retenir l'existence d'une faute de gestion au titre de la remontée de dividendes de la société Intergestion vers la société Intergeres, d'avoir procédé à « une distribution de dividendes incompatible avec la situation de trésorerie de la société, au regard notamment du financement des investissements réalisés en grande partie sur ses fonds propres par Intergestion et de la conjoncture économique » (cf. arrêt, p. 20-21), sans répondre à ce moyen péremptoire, de nature à établir l'impossibilité pour M. X... de prendre toute décision à ce titre, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que M. X... avait, avec la société Finavance Sa et la société Finavance et associés Sas, en qualité de dirigeant de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société Intergestion et, en conséquence, condamné M. X..., solidairement avec ces deux sociétés, à payer à la Scp [...] et à Me Q..., ès-qualités, la somme de 6.530.894 € au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la société Intergestion ;

AUX MOTIFS QUE, sur l'acquisition des titres des sociétés [...] et Tft, le 8 novembre 2007, le conseil d'administration d'Intergeres a approuvé, à l'unanimité, le projet d'acquisition par la société Intergestion de la société Tft, société-mère des sociétés Noyon et [...] et Cpi Robinetterie, pour un montant de 11,6 millions d'euros et du groupe [...] pour un montant de 12,4 millions d'euros ; que pour financer ces investissements, Intergeres a avancé 21,2 millions d'euros à sa filiale en procédant à deux augmentations de capital, à la souscription d'un emprunt bancaire à hauteur de 15,5 millions d'euros et à l'émission d'un emprunt obligataire ; que le solde du prix a été financé par Intergestion à hauteur de 2,8 millions d'euros au moyen d'un crédit vendeur et d'un autofinancement à hauteur de 1,7 millions d'euros ; que le rapport Oca relevait qu'à la date de son acquisition, le groupe Tft, comme Intergestion, ne disposait pas de bénéfices économiquement distribuables, l'intégralité des fonds propres étant utilisés pour le financement de son important besoin en fonds de roulement ; que le groupe [...] disposait par contre d'un bénéfice distribuable au 31 décembre 2007 de 1,8 millions d'euros, de sorte que le remboursement des avances faites par Intergeres ne pouvait se faire qu'au moyen de ce bénéfice distribuable et des résultats des cibles, à supposer qu'ils restent constants, lesquels ne permettaient en tout état de cause pas de financer d'autres investissements ; qu'en 2009, l'avance en compte courant consentie par Intergeres avait été remboursée à hauteur de 4.559.000 euros au moyen notamment des dividendes versés par les cibles à hauteur de 3.421.000 euros, la société Intergestion ayant supporté seule son investissement à hauteur de 2,8 millions d'euros ; que les appelants font valoir que la part d'autofinancement d'Intergestion dans cette opération se limiterait à 1,5 millions d'euros (cf. rapport V...) ou 1,38 millions d'euros (cf. rapport Prorevisa) ; qu'il convient toutefois de relever que le montant de 2,8 millions d'euros retenu par les mandataires judiciaires et le cabinet Oca ne correspond pas seulement à la part d'autofinancement d'Intergestion mais inclut également le crédit vendeur consenti par [...] à hauteur de 1,2 millions d'euros payable en trois annuités à partir de 2008, qui constitue incontestablement une charge à rembourser par Intergestion, sans financement corrélatif autre que les résultats des cibles ; que les conclusions du rapport Oca selon lesquelles un maintien des résultats des sociétés acquises en 2008 aurait à peine permis de rembourser les avances consenties par Intergeres à sa filiale pour financer ces acquisitions et corrélativement les emprunts contractés par la holding et le crédit-vendeur consenti à Intergestion, ne sont pas sérieusement contredites, le fait que cette dernière ait, suite aux transmissions universelles de patrimoine, bénéficié de la trésorerie des cibles devant être apprécié non seulement au regard de cet investissement mais également au regard des dépenses d'exploitation et des autres investissements ; qu'ainsi, si ces opérations de croissance pouvaient se justifier au regard des objectifs poursuivis, elles ont toutefois conduit à des investissements excessifs par rapport aux conditions prévisibles de financement, ces décisions ayant en effet été prises alors même que les résultats de la société Intergestion enregistraient une nette baisse par rapport à ceux de 2005 et que, contrairement à ce que soutiennent les appelants, les prévisions du « Business Plan » n'étaient pas réalisées ; que ces décisions prises de concert par tous les dirigeants ayant directement concouru à l'insuffisance d'actif en aggravant les charges pesant sur la société Intergestion, dont les fonds propres ont diminué, la responsabilité de M. X... et des sociétés Finavance sera retenue solidairement ; que la responsabilité de M. Y... ne sera par contre pas retenue, en l'absence de preuve d'une faute détachable de ses fonctions ; que pour soutenir par ailleurs que la valeur d'acquisition du groupe [...] était trop élevée, les mandataires judiciaires se fondent sur le rapport Oca selon lequel cette valeur équivalente à 15 fois le résultat net consolidé du groupe était supérieure à la moyenne du secteur, qui se situe autour de 9 et soutiennent que le mali technique de dépréciation de cet actif de 7,5 millions au 31 décembre 2009 démontre cette surévaluation initiale ; que cette analyse est contestée par les appelants qui invoquent les conclusions concordantes des rapports P... et Prorevisa qui, aux termes d'une analyse précise et documentée, estiment que le prix payé pour l'achat de F... en 2007 s'inscrivait dans la fourchette des comparables de transactions et des comparables boursiers à cette date ; qu'il convient de relever que le cabinet [...] a notamment procédé à une évaluation multicritère de la valeur du groupe qui aboutit, en fonction de la méthode retenue, à une valeur se situant entre 14,7 millions et 19,5 millions ; que cette analyse était confirmée par le cabinet Prorevisa qui relevait que le prix payé pour l'achat de F... en 2007, mesuré par le multiple valeur d'entreprise de Ebit moyen 2006-2007 est inférieur à celui déterminé par le cabinet [...] à partir de différentes méthodes d'évaluation et en dessous du prix médian de 4.000 entreprises cotées et considérait également que ces éléments convergents ne font donc pas apparaître de surévaluation du prix ; que le cabinet Prorevisa explique par ailleurs la dépréciation de 7,5 millions sur les actifs issus de F... constatée en 2010, d'une part de la baisse générale des actifs entraînée par la crise de 2008-2010 et d'autre part par le fait que la dépréciation a été constatée sur une valeur de cession décotée des actifs dans le contexte de l'ouverture de la procédure collective ; que cette analyse est partagée par Mme V... qui relève notamment que la clôture des comptes 2009 a été réalisée en faisant référence aux événements post-clôture significatifs, à savoir l'ouverture d'un redressement judiciaire et la décision prise en juin 2010 de procéder à un plan de cession, circonstances qui motivent d'ailleurs expressément les réserves émises par les commissaires aux comptes lors de la certification des comptes arrêtés au 31 décembre 2009 ; qu'il convient en outre de relever que les comptes arrêtés au 31 décembre 2007 ont au contraire été certifiés par les commissaires aux comptes sans réserve quant à la valeur de cet actif et qu'avant cette acquisition, les dirigeants s'étaient entourés de toutes les garanties nécessaires en faisant procéder à plusieurs audits comptable, financier, juridique, des stocks et du système d'information, lesquels ont démontré que l'acquisition projetée était justifiée par la nécessité stratégique de diversifier les produits et les clients d'Intergestion et n'ont pas mis en évidence d'anomalies ni de risques particuliers qui ne seraient pas retranscrits dans les comptes sociaux (rapport Secéf) ; qu'en l'état de ces constatations, la preuve d'une faute de gestion imputable aux dirigeants n'est dès lors pas suffisamment rapportée ;

1) ALORS QUE la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs ; que pour retenir l'existence d'une faute de gestion résultant de l'acquisition des titres des sociétés [...] et Tft, la cour d'appel a retenu d'une part, que ces opérations de croissance avaient conduit « à des investissements excessifs par rapport aux conditions prévisibles de financement, ces décisions ayant en effet été prises alors même que les résultats de la société Intergestion enregistraient une nette baisse par rapport à ceux de 2005 et que, contrairement à ce que soutiennent les appelants, les prévisions du « Business Plan » n'étaient pas réalisées » (cf. arrêt, p. 22), d'autre part que « les comptes arrêtés au 31 décembre 2007 ont () été certifiés par les commissaires aux comptes sans réserve quant à la valeur de cet actif et qu'avant cette acquisition, les dirigeants s'étaient entourés de toutes les garanties nécessaires en faisant procéder à plusieurs audits comptable, financier, juridique, des stocks et du système d'information, lesquels ont démontré que l'acquisition projetée était justifiée par la nécessité stratégique de diversifier les produits et les clients d'Intergestion et n'ont pas mis en évidence d'anomalies ni de risques particuliers qui ne seraient pas retranscrits dans les comptes sociaux (rapport Secéf) » (cf. arrêt, p. 23) ; qu'en se déterminant de la sorte, la cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction de motifs, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

2) ALORS, en toute hypothèse, 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 supportée, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; que dans ses conclusions d'appel (cf. p. 8), M. X... faisait valoir que l'acquisition du groupe Tft Noyon et [...] devait permettre à Intergestion « de diversifier ses gammes de produits et de diversifier ses enseignes clients () tout en rationalisant ses coûts de distribution et en diminuant le risque en cas de déréférencement d'un produit », et celle de la société [...] « de réduire autant que possible la dépendance d'Intergestion vis-à-vis de ses clients Csb engagés dans des mouvements de concentration et de vendre directement ses produits auprès de 15.000 clients artisans » ; que la cour d'appel a elle-même retenu que « ces opérations de croissance pouvaient se justifier au regard des objectifs poursuivis » (cf. arrêt, p. 22), et que « les comptes arrêtés au 31 décembre 2007 ont au contraire été certifiés par les commissaires aux comptes sans réserve quant à la valeur de cet actif et qu'avant cette acquisition, les dirigeants s'étaient entourés de toutes les garanties nécessaires en faisant procéder à plusieurs audits comptable, financier, juridique, des stocks et du système d'information, lesquels ont démontré que l'acquisition projetée était justifiée par la nécessité stratégique de diversifier les produits et les clients d'Intergestion et n'ont pas mis en évidence d'anomalies ni de risques particuliers qui ne seraient pas retranscrits dans les comptes sociaux (rapport Secef) » (cf. arrêt, p. 23) ; qu'en retenant néanmoins l'existence d'une faute de gestion résultant de l'acquisition des titres des sociétés [...] et Tft, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 651-2 du code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que M. X... avait, avec la société Finadvance Sa et la société Finadvance et associés Sas, en qualité de dirigeant de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société Intergestion et, en conséquence, condamné M. X..., solidairement avec ces deux sociétés, à payer à la Scp [...] et à Me Q..., ès-qualités, la somme de 6.530.894 € au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la société Intergestion ;

AUX MOTIFS QUE, sur le financement des pertes de la filiale Cefec à hauteur de 1,2 millions d'euros, le procès-verbal de réunion du conseil d'administration d'Interge du 15 mars 2007 mentionne au point 4 : « confirmation de la création d'une filiale espagnole à I... avec un effectif à très court terme de trois personnes, qui sera porté à cinq courant 2ème trimestre 2007. Cette filiale couvrira les deux métiers du groupe à savoir la distribution d'articles de quincaillerie et l'agencement de magasins » ; qu'il ne peut être déduit de ce libellé que la création de la Cefec aurait dû être décidée à l'unanimité lors de cette assemblée générale, comme le soutiennent Me Q... et A..., cette mention évoquant plutôt une information, étant observé qu'à cette date, la société Intergestion était une société anonyme avec conseil d'administration et qu'aucun procès-verbal du conseil d'administration d'Intergestion décidant de cette création n'est produit, les sociétés Finadvance soutenant que toutes les décisions concernant la société Cefec, dont M. X... était le président, auraient été prises en Codir, ce que confirmait M. Y... en page 40 de ses conclusions d'appel n° 1 ; qu'il est toutefois constant qu'en 2007 et 2008, la société Cefec a réalisé un chiffre d'affaires de 75.000 € et qu'à la date du jugement d'ouverture, elle comptait toujours sept salariés alors qu'elle ne réalisait plus aucun chiffre d'affaires et que ses pertes cumulées, qui s'élevaient à 1.158.894 € au 31 décembre 2009, ont été supportées en totalité par la société Intergestion au moyen d'avances en compte courant, ce que ne pouvaient ignorer les administrateurs ; que si M. X... soutient que la création de cette filiale était nécessaire pour accompagner le développement de son principal client la société [...], aucun élément n'est toutefois produit démontrant ce partenariat, pas plus que pour étayer les hypothèses émises par les cabinets Prorevis et [...] quand une anomalie comptable consistant en une insuffisance de refacturation à Intergestion par sa filiale espagnole du coût du personnel travaillant pour R... J... alors qu'Intergestion encaissait le chiffre d'affaires ; que si le chiffre d'affaires réalisé par Intergestion à l'International s'élevait à 29,1 millions d'euros sur la période 2007 à 2009, le cabinet Prorevis relève cependant qu'aucun détail n'est fourni quant à la part de ce chiffre d'affaires provenant des opérations espagnoles, de sorte qu'il ne peut, en l'état des productions, être considéré, comme le fait Mme V..., que les charges supportées par Intergestion n'étaient pas excessives au regard du chiffre d'affaires réalisé ; que c'est donc à juste titre que Me Q... et A... reprochent d'une part, à M. X..., d'avoir laissé perdurer en 2009 une activité manifestement déficitaire dont les pertes étaient intégralement supportées par Intergestion, sans que la nécessité de maintenir cette filiale soit démontrée et d'autre part, aux administrateurs d'Interge, d'avoir manqué de vigilance, ces derniers, à défaut d'être à l'origine de la création de cette filiale, ayant parfaitement connaissance de l'existence de cette filiale et des avances qui lui étaient consenties alors même que la société Intergestion ne disposait pas des moyens suffisants pour à la fois soutenir sa filiale et rembourser son propre endettement et que la crise économique qui frappait le marché espagnol comme le marché français ne permettait pas d'envisager un retournement de tendance à brève échéance ; qu'aucun élément ne permettant de considérer que M. Y... aurait eu personnellement et en toute indépendance un rôle actif dans cette prise de décision et qu'il aurait commis une faute détachable de ses fonctions, sa responsabilité ne sera pas retenue à ce titre ; que ces fautes ; qui par leur nature et leur gravité, en relèvent pas de la simple négligence, ont directement concouru à aggraver l'insuffisance d'actif ; qu'il est justifié de prononcer une condamnation solidaire de M. X... et des sociétés Finadvance dont les fautes conjuguées ont contribué à ce que cette situation perdure ;

ALORS QUE le défaut de réponse à conclusions est un défaut de motif ; que dans ses conclusions d'appel, M. X... faisait valoir que « bien que dirigeant de droit, (il) était contraint au niveau opérationnel par la délégation de pouvoirs insérée dans le pacte d'actionnaires qui lui interdisait de prendre toute décision au-delà d'une somme de 100.000 euros, limitait son droit d'embauche et de licenciement, d'investir et de réaliser tout plan de licenciement majeur

(pièces n° 88 et 92 ; «

Le dirigeant (

) s'engage (

) à ce qu'aucune décision concernant la société et/ou chacune de ses filiales n'intervienne sans l'accord préalable et par écrit des investisseurs A » (Finavance) : (VI) toute décision sortant du cadre du budget ou des affaires courantes ou engageant la société et/ou ses filiales, au bilan ou hors bilan, sur des montants de plus de 100.000 euros ; (VII) tout recrutement de salarié dont la rémunération serait supérieure à celle du cinquième salaire le plus élevé du groupe et non budgété ; toute sortie de trésorerie importante était donc soumise à autorisation » (cf. p. 44) ; qu'en reprochant à M. X..., pour retenir l'existence d'une faute de gestion au titre du financement des pertes de la filiale Cefec à hauteur de 1,2 millions d'euros, « d'avoir laissé perdurer en 2009 une activité manifestement déficitaire dont les pertes étaient intégralement supportées par Intergestion » (cf. arrêt, p. 24), sans répondre à ce moyen péremptoire, de nature à établir l'impossibilité pour M. X... de prendre toute décision à ce titre, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que M. X... avait, avec la société Finadvance Sa et la société Finadvance et associés Sas, en qualité de dirigeant de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société Intergestion et, en conséquence, condamné M. X..., solidairement avec ces deux sociétés, à payer à la Scp [...] et à Me Q..., ès-qualités, la somme de 6.530.894 € au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la société Intergestion ;

AUX MOTIFS QUE, sur la poursuite de l'activité déficitaire, s'il n'est pas sérieusement contesté que la déconfiture de la société a été précipitée par la rupture des relations avec la société Bohnacker System qui a cessé ses livraisons en octobre 2009, privant ainsi brutalement la société Intergestion de 30 % de son chiffre d'affaires, ce qui corrélativement a conduit à la suppression d'une source de financement immédiat de la trésorerie résultant du recours au factoring, situation qui ne pouvait être anticipée par la direction, il n'en demeure pas moins que dès la fin de l'année 2008, la société connaissait déjà des difficultés et avait enregistré une baisse importante du chiffre d'affaires de son pôle agencement (- 63 %) ; que le cabinet OCA relevait que, nonobstant cette baisse prévisible du chiffre d'affaires, M. X... présentait en décembre 2008 un budget 2009 quasiment à l'équilibre pour le site de Ludres

(agencement) qui avait pourtant enregistré une perte de 2,8 millions d'euros en 2008 et prévoyait un résultat d'exploitation de 5.342.884 € ; que si en mai 2009, M. X... a présenté au conseil d'administration un budget à la baisse après avoir initié une politique de réduction des coûts, notamment salariaux, il envisageait toutefois un résultat d'exploitation de 1,9 millions, peu réaliste dès lors que le résultat d'exploitation de 2008 s'élevait à 1,1 millions d'euros ; qu'au final, l'exercice 2009 a été clôturé avec un résultat d'exploitation déficitaire de 4.842.000 d'euros ; qu'il apparaît ainsi qu'en dépit des initiatives prises en 2008 pour diminuer le recours au personnel intérimaire, ce n'est en réalité qu'à partir du mois d'avril 2009 que M. X... a présenté un plan de crise alors que la situation de la société était déjà préoccupante dès la fin 2008 et que la crise économique prenait toute son ampleur ; que le grief qui est fait à M. X... d'avoir tardé à réagir est donc bien fondé ;

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 supportée, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; qu'en l'espèce, pour décider que M. X... avait commis une faute de gestion résultant de la poursuite d'une activité déficitaire, la cour d'appel a retenu qu'il avait tardé à réagir en ne présentant un plan de crise qu'à partir du mois d'avril 2009 « alors que la situation de la société était déjà préoccupante dès la fin 2008 et que la crise économique prenait toute son ampleur » (cf. arrêt, p. 27) ; qu'en statuant de la sorte, après avoir relevé que « le rapport D... établi en 2009 attribuait () l'importante baisse du chiffre d'affaires réalisé par Intergestion dans sa division agencement (30 millions d'euros en 2007, 25 millions d'euros en 2008 et 8 millions d'euros en 2009) non seulement à des facteurs internes, la défectuosité de la première gamme de produits fabriqués et la perte de confiance corrélative des clients mais également à la situation conjoncturelle défavorable, circonstances dont il n'est pas démontré qu'elles auraient pu, voir dû, être anticipées par les dirigeants d'Intergestion », laquelle avait dû « répondre dans l'urgence à une forte contrainte extérieure pesant sur ses approvisionnements et les causes de l'échec patent des initiatives prises à cette fin, n'étant pas exclusivement inhérentes à l'option retenue mais relevant pour une part non négligeable de facteurs conjoncturels » (cf. arrêt, p. 26), ce dont il résultait que la baisse significative du chiffre d'affaires de la société Intergestion dans sa division agencement avait eu lieu en 2009 et qu'elle était due à la conjoncture économique, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 651-2 du code de commerce ;

2) 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 supportée, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; qu'en l'espèce, pour décider que M. X... avait commis une faute de gestion résultant de la poursuite d'une activité déficitaire, la cour d'appel a retenu qu'il avait tardé à réagir en ne présentant un plan de crise qu'à partir du mois d'avril 2009 « alors que la situation de la société était déjà préoccupante dès la fin 2008 et que la crise économique prenait toute son ampleur » (cf. arrêt, p. 27) ; qu'en statuant de la sorte, après avoir relevé que « la déconfiture de la société a été précipitée par la rupture des relations avec la société Bohnacker System qui a cessé ses livraisons en octobre 2009, privant ainsi brutalement la société Intergestion de 30 % de son chiffre d'affaires, ce qui corrélativement a conduit à la suppression d'une source de financement immédiat de la trésorerie résultant du recours au factoring, situation qui ne pouvait être anticipée par la direction » (cf. arrêt, p. 26), ce dont il résultait que la baisse significative du chiffre d'affaires de la société Intergestion avait eu lieu en 2009 et qu'elle était due à la rupture brutale de ses relations avec la société Bohnacker System, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 651-2 du code de commerce ;

3) 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 supportée, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; qu'en l'espèce, pour décider que M. X... avait commis une faute de gestion résultant de la poursuite d'une activité déficitaire, la cour d'appel a retenu qu'il avait tardé à réagir en ne présentant un plan de crise qu'à partir du mois d'avril 2009 « alors que la situation de la société était déjà préoccupante dès la fin 2008 et que la crise économique prenait toute son ampleur » (cf. arrêt, p. 27) ; qu'en statuant de la sorte, après avoir relevé que celui-ci avait pris « des initiatives () en 2008 pour diminuer le recours au personnel intérimaire » et « présenté un plan de crise » « à partir du mois d'avril 2009 » (cf. arrêt, p. 27), la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 651-2 du code de commerce.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR prononcé la faillite personnelle de M. X... pour une durée de dix ans ;

AUX MOTIFS QU'il résulte de ce qui précède que les fautes de gestion reprochées à M. X... s'inscrivent dans un objectif visant à favoriser les intérêts de la société Interges dont il était actionnaire, même minoritaire, en privilégiant le remboursement de la dette d'acquisition au détriment de l'exploitation de la société Intergestion, ce qui lui permettait par ailleurs de continuer à bénéficier personnellement des avantages, notamment en termes de rémunération, qui étaient les siens au titre de ces fonctions dans ces deux structures ; que dès lors qu'il est ainsi établi que M. X... a fait un usage des biens de la personne morale qu'il dirigeait contraire aux intérêts de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement, il y a lieu de prononcer sa faillite personnelle pour une durée de dix ans conformément à l'article L. 653-4 du code de commerce ;

1) ALORS QUE la cassation à intervenir sur le fondement des deuxième, troisième, quatrième ou cinquième moyens de cassation, du chef de dispositif ayant condamné M. X... au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif, entraînera, par voie de conséquence, celle du chef de de l'arrêt ayant prononcé la faillite personnelle de M. X... pour une durée de dix ans, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2) ALORS QUE le prononcé de la faillite personnelle doit être motivé en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de son auteur et de sa situation personnelle ; qu'en prononçant à l'égard de M. X... une peine de faillite personnelle pour une durée de dix ans sans tenir compte de sa personnalité et de sa situation personnelle, la cour d'appel a violé l'article L. 653-2 du code de commerce. Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Pivnicka et Molinié, avocat aux Conseils, pour les sociétés Finadvance SA et Finadvance associés, de M. N..., en qualité d'administrateur judiciaire des sociétés Finadvance SA et Finadvance et associés et de M. U... , en qualité de mandataire des sociétés Finadvance SA et Finadvance et associés.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande d'annulation du rapport OCA, d'AVOIR dit que la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés SAS avaient, en qualité de dirigeants de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la SAS Intergestion et d'AVOIR en conséquence condamné la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés, solidairement avec M. X..., à payer à la SCP H... A... et à Me B... Q..., ès qualités de mandataires liquidateurs de la SAS Intergestion, la somme de 6 530 894 euros au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la SAS Intergestion,

AUX MOTIFS QU'il est de jurisprudence constante que la mission que le juge commissaire peut, en application de l'article L621-9 al 2 du code de commerce, confier à un technicien n'est pas une mesure d'expertise judiciaire soumise aux règles prévues par le code de procédure civile ; qu'elle ne méconnaît pas, par elle-même, les droits de la défense, le principe de la contradiction ou celui de l'égalité des armes ; qu'enfin, l'expert, quand bien même

sa mission prévoyait-elle la possibilité d'entendre tout sachant, n'était pas pour autant tenu d'y procéder, s'agissant en l'espèce d'une mission purement comptable, alors que de surcroît le président de la société Interges en fonction pendant la période considérée, M. X..., avait été révoqué de ses fonctions, le 29 octobre 2009 ; qu'il ne saurait donc y avoir lieu à annulation du rapport de ce chef ; que de la même manière, le grief tiré de l'absence d'accès à la comptabilité de la société Intergestion n'est pas fondé dès lors qu'il est établi et non contesté que le cabinet OCA a disposé des comptes consolidés certifiés conformes par les commissaires aux comptes et qu'il s'est appuyé sur d'autres documents qui sont annexés à son rapport ; que ce rapport, établi non contradictoirement ne peut toutefois être retenu comme élément de preuve qu'autant qu'il a été soumis à la libre discussion des parties ; que tel est bien le cas en l'espèce, puisque les sociétés appelantes ont elles-mêmes procédé à une expertise non contradictoire par le cabinet [...] en la personne de Mme V... et a proposé sa propre analyse ; qu'enfin, les sociétés appelantes et M. S... ont mandaté le cabinet Prorevise afin qu'il formule une analyse critique sur les éléments présentés dans les rapports OCA et [...], qu'il ne s'agit pas d'une inversion de la charge de la preuve, ces rapports étant destinés à combattre celui sur lequel les liquidateurs fondent leurs poursuites ;

ALORS QUE le juge-commissaire peut, s'il l'estime nécessaire, désigner un technicien ; que si la mission confiée à ce technicien n'est pas une mission d'expertise judiciaire et n'est pas soumise à des règles aussi strictes en ce qui concerne l'observation du principe de la contradiction et notamment l'obligation de communiquer un pré-rapport, elle n'en doit pas moins être menée de façon loyale et après que les observations des principales parties concernées ont été, d'une façon ou d'une autre, recueillies par le technicien désigné ; que la société OCA a établi un rapport à charge, sans jamais avoir interrogé ou recueilli les observations des personnes qu'elle mettait gravement en cause ; qu'en rejetant la demande de nullité du rapport OCA, tout en constatant que les personnes mises en cause par la société OCA n'avaient jamais été interrogées par cette dernière, la cour d'appel a violé les articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L. 621-9, alinéa 2, du code de commerce, 16 du code de procédure civile ensemble les principes de loyauté et d'égalité des armes.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés SAS avaient, en qualité de dirigeants de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la SAS Intergestion et d'AVOIR en conséquence condamné la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés, solidairement avec M. X..., à payer à la SCP H... A... et à Me B... Q..., es qualités de mandataires liquidateurs de la SAS Intergestion, la somme de 6 530 894 euros au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la SAS Intergestion ;

AUX MOTIFS QUE l'article L. 650-2 du code de commerce dispose 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 dès lors qu'en vertu de ce texte, la même responsabilité pèse sur le dirigeant de droit et sur le dirigeant de fait, le principe de l'estoppel ne peut utilement être opposé à Me Q... et A... pour avoir successivement reproché à certains des appelants une gestion de fait puis une gestion de droit, alors qu'il s'agit de fondements différents tendant aux mêmes fins ; que l'article L. 650-1 du code de commerce prévoit que les dispositions relatives à l'insuffisance d'actif sont applicables aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces personnes morales ; qu'il convient de distinguer deux périodes : la période du 20 juillet 2006 au 2 avril 2007 pendant laquelle la société Intergestion était constituée sous la forme d'une société anonyme avec conseil d'administration et la période postérieure à la transformation de la société en SAS ; que pour la première période, ont incontestablement la qualité de dirigeants de droit de la société Intergestion SA : M. X..., président du conseil d'administration, la société Finadvance et associés, représentée par M. S... et la société Interges, représentée par M. Y..., MM. S... et Y... qui figurent en qualité de représentants permanents de ces sociétés au RCS ne pouvant contester cette qualité ; que postérieurement au 2 avril 2007, la société Intergestion a été transformée en SAS ; que l'article L.227-7 du code de commerce n'instituant pas un régime de responsabilité particulier, la responsabilité des dirigeants de la société ne peut être recherchée pour insuffisance d'actif que sur le fondement de L.650-2 du code de commerce précité ; que conformément à l'article L.227-5 du code de commerce les conditions dans lesquelles une société par actions simplifiée est dirigée sont fixées par les statuts ; que la qualité de dirigeant d'une société par actions simplifiée s'apprécie donc au cas par cas, indépendamment des pouvoirs de représentation qui sont définis par l'article L.227-6 ; qu'en l'espèce, l'article 13 des statuts de la société Intergestion dispose que la société est dirigée et représentée par un président et, le cas échéant par un ou plusieurs directeurs généraux, personnes physiques ou morales ; que le président dirige et administre la société ; qu'à cet effet, il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social et sous réserve des pouvoirs attribués à l'associé unique par les dispositions légales ou les statuts ; qu'il est toutefois précisé que cette limitation de pouvoirs ne s'applique pas au président de la société qui a la qualité d'associé unique ce qui est le cas de la société Interges ; que l'assemblée générale extraordinaire du 2 avril 2007 a désigné la société Interges en qualité de président d'Intergestion ; que le procès-verbal précise en outre que : -le président ainsi nommé aura tous pouvoirs pour agir au nom de la société dans la limite de l'objet social et qu'il la représentera à l'égard des tiers, l'assemblée générale des actionnaires prend acte que la société Interges sera, dans l'exécution de ses fonctions de président, représentée par son président, M O... X... ; qu'il ne peut toutefois être déduit de cette dernière mention ni de la mention portée au registre du commerce et des sociétés selon laquelle le président de la société Intergestion est "la SAS Interges, représentée par M. X... O...", que ce dernier aurait été désigné en qualité de "représentant permanent" de la société dirigeante au sens de l'article L.225-20 applicable aux sociétés anonymes, alors d'une part, qu'il était le représentant légal de cette société et d'autre part, que la désignation d'un représentant permanent, qui est possible en matière de société par actions simplifiée bien que n'étant pas légalement exigée, n'était pas en l'espèce prévue par les statuts ; qu'il résulte de ce qui précède que les dirigeants de droit de la société Intergestion sont donc la société Interges et son représentant légal, M. X..., ce qu'au demeurant ce dernier ne conteste pas ; que toutefois, en vertu de l'article L. 227-7 du code de commerce, lorsqu'une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une société par actions simplifiée, les dirigeants de ladite personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent ; que dès lors, qu'il n'est pas démontré que M. X... aurait la qualité de représentant permanent de la société Interges, au sens de l'article L.225-20 du code de commerce, il convient de rechercher quels sont "les dirigeants" de la société Interges, au sens de l'article L. 227-7 du code de commerce, susceptibles d'encourir la même responsabilité que la société, cette notion ne visant manifestement pas seulement les personnes investies par la loi du pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers ; que l'article 15 des statuts de la SAS Interges prévoit que la société est administrée par un conseil d'administration qui assume sous sa responsabilité la direction générale de la société et désigne en son sein le président de la société au sens de l'article L.227-6 du code de commerce auquel sont dévolus, selon l'article 15.6 des statuts, les pouvoirs de représenter la société et d'agir en son nom à l'égard des tiers conformément à l'article L.227-6 précité ; que dans les rapports entre associés, les pouvoirs du président sont limités, un certain nombre d'actes, tels que l'adoption du budget de la société ou de ses filiales, l'acquisition ou la cession de valeurs mobilières (hors placement de trésorerie courante), toute décision relative à la création et /ou la dissolution, non prévues au budget, de filiales, de succursales... les acquisitions ou cessions d'actifs d'un montant supérieur à 50 000 euros (porté à 150 000 euros en décembre 2007)...devant être préalablement approuvés par le conseil d'administration dont les pouvoirs vont par conséquent au-delà de simples pouvoirs de contrôle et de surveillance et sont en réalité de véritables pouvoirs décisionnels ; que dès lors que les membres du conseil d'administration sont investis par les statuts de pouvoirs de décision s'agissant notamment de la stratégie du groupe, ils ont nécessairement, comme le président, la qualité de dirigeants de droit de la SAS Interges et, en cette qualité, encourent les mêmes responsabilités à l'égard de la SAS Intergestion que les dirigeants de droit de cette dernière conformément à l'article L.227-7 du code de commerce ; que les appelants invoquent vainement les dispositions de l'article L. 227-8 qui opèrent un renvoi aux règles prévues par l'article L.225-251 du code de commerce, lesquelles ne peuvent s'appliquer cumulativement avec celles de l'article L.650-2 du code de commerce ; qu'il résulte par conséquent de l'application combinée des articles L.650-1 et L.227-7 du code de commerce que la responsabilité des membres du conseil d'administration, dirigeants de droit de la société Interges, peut être recherchée au même titre, que celle du président de la société, au titre de l'insuffisance d'actif de la société qu'elle dirige ; que la responsabilité de sociétés Finadvance SA et Finadvance et Associés, qui sont administrateurs de la société Interges peut dès lors être recherchée sur ce fondement ;

1/ ALORS QUE l'action en paiement de l'insuffisance d'actif ne s'applique qu'aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective et aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales ; que pour condamner les sociétés Finadvance et Finadvance Associés à payer une partie de l'insuffisance d'actif de la société Intergestion en qualité de dirigeants de droit, la cour d'appel s'est fondée sur le seul fait qu'elles étaient administrateurs de la société Interges, dirigeante de la SAS Intergestion, et que cette qualité suffisait à les condamner au titre de l'insuffisance d'actif au même titre que la société Interges, l'article L. 227-7 du code de commerce disposant que la responsabilité des dirigeants des personnes morales dirigeantes de Sas pouvant être recherchée dans les mêmes conditions que la personne morale dirigeant de cette SAS ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L. 651-1 et L.651-2 du code de commerce, ensemble l'article 227-7 du même code ;

2/ ALORS QUE l'action en paiement de l'insuffisance d'actif ne s'applique qu'aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective et aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales ; qu'en considérant que les sociétés Finadvance et Finadvance Associés étaient des dirigeants de droit de la société Intergestion, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si elles étaient des représentants permanents de la société Interges dirigeant d'Intergestion, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 651-1 et L. 651-2 du code de commerce ;

3/ ALORS QUE, subsidiairement, en condamnant les appelantes au paiement de l'insuffisance d'actif de la société Intergestion sans relever que les sociétés Finadvance et Finadvance Associés avaient exercé en toute indépendance une activité positive de direction de la société Intergestion, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés SAS avaient, en qualité de dirigeants de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la SAS Intergestion et d'AVOIR en conséquence condamné la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés, solidairement avec M. X..., à payer à la SCP H... A... et à Me B... Q..., ès qualités de mandataires liquidateurs de la SAS Intergestion, la somme de 6 530 894 euros au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la SAS Intergestion ;

AUX MOTIFS QUE sur la remontée de dividendes de la société Intergestion vers la société Interges, dans le cadre d'un LBO, le remboursement de la dette d'acquisition est assuré par les dividendes versés par la société reprise à la holding qui en détient le contrôle ; qu'en l'espèce, il est constant : - qu'Intergestion a distribué à Interges des dividendes à hauteur de 1.950.200 € au titre de l'exercice clos au 31 août 2006, de 2.200.940 € au titre de l'exercice clos au 31 août 2007 et de 500.000 € supplémentaires au titre de l'exercice clos au 31 décembre 2007 pris en compte en 2008, soit au total 4.651.140 €, ces distributions rapprochées ayant été rendues possibles par plusieurs modifications successives de la date d'arrêté des comptes ; - que ces dividendes ont permis à la holding de rembourser les emprunts contractés pour l'acquisition d'Intergestion et de ses filiales ; - que les résultats de la période considérée, inférieurs à ceux des exercices précédents, ne permettaient pas de verser ces dividendes, - que les réserves ont diminué de 3,5 millions d'euros sur la période considérée, - que les besoins en fonds de roulement représentaient 18 millions d'euros au moment de l'acquisition, compte-tenu de la nécessité pour Intergestion de disposer d'un stock important pour pouvoir fournir dans des délais courts sa clientèle essentiellement constituée de grandes surfaces de bricolage, dont les délais de paiement étaient plus longs que ceux de ses fournisseurs allemands, - que pour couvrir ses dépenses d'exploitation, la société Intergestion a dû, à partir de 2007, accroître notablement son recours aux lignes de crédit court terme accordées par ses banques, lesquelles n'ont toutefois pas été utilisées en totalité ; qu'il convient de relever que l'analyse du cabinet OCA, critiquée par les appelants ainsi que par le cabinet Prorevis, selon laquelle les dividendes versés ne pouvaient excéder les résultats de l'exercice, les réserves devant être mobilisées pour satisfaire les besoins importants en fonds de roulement, était toutefois partagée par Finadvance dans son memorandum d'acquisition, aux termes duquel elle relevait que les besoins en fonds de roulement consomment l'ensemble de l'excédent de ressources longues et nécessitent de recourir à des financements bancaires à court terme de façon permanente » ; que s'il est indéniable que ces distributions ont privé la société Intergestion de fonds qui lui auraient permis de faire face à ses dettes échues à la date de cessation des paiements, ce seul constat n'est toutefois pas suffisant pour caractériser l'existence d'une faute de gestion des dirigeants ; qu'il convient en effet de se placer à la date à laquelle ces décisions de répartition ont été prises à savoir en avril 2007 pour la première distribution, en février 2008 pour la deuxième et en juin 2008 pour la troisième et de tenir compte des conditions et du contexte économique dans lequel elles ont été prises ; que par ailleurs, s'il est exact que la distribution de dividendes relève des pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires, il n'est toutefois pas contesté que ces décisions ont été prises sur proposition du conseil d'administration d'Intergestion SA pour la première, et sur proposition du président de la Sas Intergestion, qui avait nécessairement l'approbation du conseil d'administration d'Interges compte-tenu de la limitation de ses pouvoirs, pour les deuxième et troisième, étant de surcroît observé qu'Interges est l'associé unique d'Intergestion et que Finadvance est l'associé majoritaire d'Interges ; qu'à l'examen des différents rapports d'expertise versés aux débats, il n'apparaît pas que la distribution de dividendes décidée en avril 2007, au titre de l'exercice clos au 31 août 2006, puisse être considérée comme relevant d'une faute de gestion, en dépit d'une augmentation des besoins en fonds de roulement, compte-tenu d'une part des résultats, certes en baisse, mais toujours bénéficiaires enregistrés au cours de l'exercice (87.538 € sur six mois), d'autre part du contexte économique porteur de l'époque, le commerce du bricolage étant en plein essor, qui permettait d'envisager des perspectives de croissance et enfin des concours bancaires consentis qui permettaient de faire face aux besoins de trésorerie ; qu'en revanche, les distributions ultérieures ont été réalisées alors que l'augmentation notable du besoin en fonds de roulement qui s'élevait à 21,6 millions d'euros en août 2006 et à 21,5 millions d'euros en 2007 se confirmait, que les résultats de l'exercice 2007 (981.559 € au 31 août 2007 et 556.490€ au 31 décembre 2007 sur six Mois) étaient toujours en nette régression par rapport à ceux de 2005 (2.195.000 €) et inférieurs aux prévisions initiales, que les fonds propres avaient diminué d'un million d'euros et que la variation nette de trésorerie fin 2007 était de 2,6 millions d'euros ; qu'enfin, si les opérations de croissance externe engagées au cours de l'exercice ont effectivement permis à Intergestion de percevoir des dividendes à hauteur de 3,4 8 millions comme le souligne Mme V..., ces dividendes ont toutefois été affectés au remboursement de ces investissements réalisés en novembre et décembre 2007 comme cela sera évoqué ci-après ; que l'appréciation de Mme V... dans son rapport complémentaire n° 3, selon laquelle les dividendes ont été supportés par la trésorerie générée par l'activité sur la période ne peut par ailleurs être retenus dans la mesure où elle prend en considération le flux net de trésorerie lié à l'activité cumulé au 31 décembre 2008 (7.586.843 €) alors qu'il convient de se placer au 31 décembre 2007, date à laquelle le flux net de trésorerie lié à l'activité cumulé depuis 2006 n'était que de 3,6 millions d'euros ; qu'enfin, il ressort du tableau figurant en page 9 du rapport du cabinet Prorevis que le secteur du bricolage a connu, dès la fin de l'année 2007, une baisse de croissance et que le secteur de l'agencement était principalement impacté en 2007 (rapport P...) ; qu'il s'évince du tout que le reproche fait par les mandataires d'une distribution de dividendes incompatibles avec la situation de trésorerie de la société, au regard notamment du financement des investissements réalisés en grande partie sur ses fonds propres par Intergestion et de la conjoncture défavorable est bien fondé ; que cette faute d'imprudence, qui ne relève pas d'une simple négligence mais d'une faute de gestion caractérisée, est en relation causale directe avec l'insuffisance d'actif ; puisqu'elle a eu pour conséquence de priver la société de réserves anciennes qui auraient pu être affectées en 2009 au règlement des dettes échues ; qu'aucun élément ne permettant de considérer que M. Y... aurait personnellement, en toute indépendance, eu un rôle actif dans cette prise de décision et qu'il aurait commis une faute détachable de ses fonctions, sa responsabilité personnelle ne sera pas retenue à ce titre ; qu'en revanche, les sociétés Finadvance Sa et Finadvance et associés et M. X..., qui ont ensemble contribué à cette prise de décision seront tenus solidairement de l'insuffisance d'actif découlant de cette faute,

1) ALORS QU'un dirigeant social ne peut être condamné à combler les dettes sociales de la société en liquidation judiciaire que s'il est établi un lien de causalité entre la faute de gestion retenue et l'insuffisance d'actif constatée ; qu'en se bornant à relever que la distribution de dividendes est en relation causale directe avec l'insuffisance d'actif, constatée trois ans plus tard, ayant eu pour conséquence de priver la société de réserves anciennes qui auraient pu être affectées en 2009 au règlement des dettes échues, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs impropres à caractériser le lien de causalité entre la distribution de dividendes et l'insuffisance d'actif, privant sa décision base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

2) ALORS QUE le dirigeant d'une société est responsable des fautes commises par lui dans la gestion de la société ; qu'il n'est pas responsable des décisions prises par l'assemblée des associés ; que la distribution de dividendes ne constitue pas une décision de gestion et est prise par les actionnaires réunis en assemblée générale ; qu'en imputant à faute aux sociétés Finadvance et Finadvance associés, en qualité de dirigeantes de la société Intergestion, la décision de distribution de dividendes qui ne constituait pas une décision de gestion et ne résultait pas d'une décision de l'assemblée générale, la cour d'appel a violé l'article L. 651-2 du code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés SAS avaient, en qualité de dirigeants de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la SAS Intergestion et d'AVOIR en conséquence condamné la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés, solidairement avec M. X..., à payer à la SCP H... A... et à Me B... Q..., ès qualités de mandataires liquidateurs de la SAS Intergestion, la somme de 6 530 894 euros au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la SAS Intergestion ;

AUX MOTIFS QUE, sur l'acquisition des titres des sociétés [...] et Tft, le 8 novembre 2007, le conseil d'administration d'Intergeres a approuvé, à l'unanimité, le projet d'acquisition par la société Intergestion de la société Tft, société-mère des sociétés Noyon [...] et Cpi Robinetterie, pour un montant de 11,6 millions d'euros et du groupe [...] pour un montant de 12,4 millions d'euros ; que pour financer ces investissements, Intergeres a avancé 21,2 millions d'euros à sa filiale en procédant à deux augmentations de capital, à la souscription d'un emprunt bancaire à hauteur de 15,5 millions d'euros et à l'émission d'un emprunt obligataire ; que le solde du prix a été financé par Intergestion à hauteur de 2,8 millions d'euros au moyen d'un crédit vendeur et d'un autofinancement à hauteur de 1,7 millions d'euros ; que le rapport Oca relevait qu'à la date de son acquisition, le groupe Tft, comme Intergestion, ne disposait pas de bénéfices économiquement distribuables, l'intégralité des fonds propres étant utilisés pour le financement de son important besoin en fonds de roulement ; que le groupe [...] disposait par contre d'un bénéfice distribuable au 31 décembre 2007 de 1,8 millions d'euros, de sorte que le remboursement des avances faites par Intergeres ne pouvait se faire qu'au moyen de ce bénéfice distribuable et des résultats des cibles, à supposer qu'ils restent constants, lesquels ne permettaient en tout état de cause pas de financer d'autres investissements ; qu'en 2009, l'avance en compte courant consentie par Intergeres avait été remboursée à hauteur de 4.559.000 euros au moyen notamment des dividendes versés par les cibles à hauteur de 3.421.000 euros, la société Intergestion ayant supporté seule son investissement à hauteur de 2,8 millions d'euros ; que les appelants font valoir que la part d'autofinancement intergestion dans cette opération se limiterait à 1,5 millions d'euros (cf. rapport V...) ou 1,38 millions d'euros (cf. rapport Prorevisé) ; qu'il convient toutefois de relever que le montant de 2,8 millions d'euros retenu par les mandataires judiciaires et le cabinet Oca ne correspond pas seulement à la part d'autofinancement d'Intergestion mais inclus également le crédit vendeur consenti par [...] à hauteur de 1,2 millions d'euros payable en trois annuités à partir de 2008, qui constitue incontestablement une charge à rembourser par Intergestion, sans financement corrélatif autre que les résultats des cibles ; que les conclusions du rapport Oca selon lesquelles un maintien des résultats des sociétés acquises en 2008 aurait à peine permis de rembourser les avances consenties par Intergeres à sa filiale pour financer ces acquisitions et corrélativement les emprunts contractés par la holding et le crédit-vendeur consenti à Intergestion, ne sont pas sérieusement contredites, le fait que cette dernière ait, suite aux transmissions universelles de patrimoine, bénéficié de la trésorerie des cibles devant être apprécié non seulement au regard de cet investissement mais également au regard des dépenses d'exploitation et des autres investissements ; qu'ainsi, si ces opérations de croissance pouvaient se justifier au regard des objectifs poursuivis, elles ont toutefois conduit à des investissements excessifs par rapport aux conditions prévisibles de financement, ces décisions ayant en effet été prises alors même que les résultats de la société Intergestion enregistraient une nette baisse par rapport à ceux de 2005 et que, contrairement à ce que soutiennent les appelants, les prévisions du « Business Plan » n'étaient pas réalisées ; que ces décisions prises de concert par tous les dirigeants ayant directement concouru à l'insuffisance d'actif en aggravant les charges pesant sur la société Intergestion, dont les fonds propres ont diminué, la responsabilité de M. X... et des sociétés Finadvance sera retenue solidairement ; que la responsabilité de M. Y... ne sera par contre pas retenue, en l'absence de preuve d'une faute détachable de ses fonctions ; que pour soutenir par ailleurs que la valeur d'acquisition du groupe [...] était trop élevée, les mandataires judiciaires se fondent sur le rapport Oca selon lequel cette valeur équivalait à 15 fois le résultat net consolidé du groupe était supérieure à la moyenne du secteur, qui se situe autour de 9 et soutiennent que le mali technique de dépréciation de cet actif de 7,5 millions au 31 décembre 2009 démontre cette surévaluation initiale ; que cette analyse est contestée par les appelants qui invoquent les conclusions concordantes des rapports P... et Prorevisé qui, aux termes d'une analyse précise et documentée, estiment que le prix payé pour l'achat de F... en 2007 s'inscrivait dans la fourchette des comparables de transactions et des comparables boursiers à cette date ; qu'il convient de relever que le cabinet [...] a notamment procédé à une évaluation multicritère de la valeur du groupe qui aboutit, en fonction de la méthode retenue, à une valeur se situant entre 14,7 millions et 19,5 millions ; que cette analyse était confirmée par le cabinet Prorevisé qui relevait que le prix payé pour l'achat de F... en 2007, mesuré par le multiple valeur d'entreprise de Ebit moyen 2006-2007 est inférieur à celui déterminé par le cabinet [...] à partir de différentes méthodes d'évaluation et en dessous du prix médian de 4.000 entreprises cotées et considérait également que ces éléments convergents ne font donc pas apparaître de surévaluation du prix ; que le cabinet Prorevisé explique par ailleurs la dépréciation de 7,5 millions sur les actifs issus de F... constatée en 2010, d'une part de la baisse générale des actifs entraînée par la crise de 2008-2010 et d'autre part par le fait que la dépréciation a été constatée sur une valeur de cession décotée des actifs dans le contexte de l'ouverture de la procédure collective ; que cette analyse est partagée par Mme V... qui relève notamment que la clôture des comptes 2009 a été réalisée en faisant référence aux événements post-clôture significatifs, à savoir l'ouverture d'un redressement judiciaire et la décision prise en juin 2010 de procéder à un plan de cession, circonstances qui motivent d'ailleurs expressément les réserves émises par les commissaires aux comptes lors de la certification des comptes arrêtés au 31 décembre 2009 ; qu'il convient en outre de relever que les comptes arrêtés au 31 décembre 2007 ont au contraire été certifiés par les commissaires aux comptes sans réserve quant à la valeur de cet actif et qu'avant cette acquisition, les dirigeants s'étaient entourés de toutes les garanties nécessaires en faisant procéder à plusieurs audits comptable, financier, juridique, des stocks et du système d'information, lesquels ont démontré que l'acquisition projetée était justifiée par la nécessité stratégique de diversifier les produits et les clients d'Intergestion et n'ont pas mis en évidence d'anomalies ni de risques particuliers qui ne seraient pas retranscrits dans les comptes sociaux (rapport Secéf) ; qu'en l'état de ces constatations, la preuve d'une faute de gestion imputable aux dirigeants n'est dès lors pas suffisamment rapportée ;

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 supportée, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; que la cour d'appel a constaté que « ces opérations de croissance pouvaient se justifier au regard des objectifs poursuivis » et que « les comptes arrêtés au 31 décembre 2007 ont (..) été certifiés par les commissaires aux comptes sans réserve quant à la valeur de cet actif et qu'avant cette acquisition, les dirigeants s'étaient entourés de toutes les garanties nécessaires en faisant procéder à plusieurs audits comptable, financier, juridique, des stocks et du système d'information, lesquels ont démontré que l'acquisition projetée était justifiée par la nécessité stratégique de diversifier les produits et les clients d'Intergestion et n'ont pas mis en évidence d'anomalies ni de risques particuliers qui ne seraient pas retranscrits dans les comptes sociaux (rapport Secéf) » ; qu'en retenant l'existence d'une faute de gestion résultant de l'acquisition des titres des sociétés [...] et Tft aux motifs que ces opérations de croissance avaient conduit à des investissements excessifs par rapport aux conditions prévisibles de financement, ces décisions ayant en effet été prises alors même que les résultats de la société Intergestion enregistraient une nette baisse par rapport à ceux de 2005 et que les prévisions du « Business Plan » n'étaient pas réalisées, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 651-2 du code de commerce ;

2/ ALORS QUE dans leurs conclusions d'appel, les sociétés Finadvance et Finadvance Associés faisaient valoir que l'acquisition des titres [...] et K... était justifiée par la nécessité stratégique de diversifier les produits et les clients d'Intergestion, qu'elle avait été précédée de plusieurs audits comptables, financier, juridique, des stocks et du système d'information aux termes desquels l'ensemble des professionnels avait confirmé la faisabilité et la

pertinence de l'opération et qu'elle avait fait l'objet d'un plan de financement cohérent validé par les quatre banques historiques du groupe Intergestion ; qu'en se bornant à relever, pour retenir l'existence d'une faute de gestion, que cette acquisition avait conduit à des investissements excessifs par rapport aux conditions prévisibles de financement, sans rechercher si la prudence avec laquelle cette acquisition avait été réalisée et le soutien de l'ensemble des banques du groupe Intergestion n'étaient pas de nature à écarter toute faute de gestion, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.651-2 du code de commerce ;

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés SAS avaient, en qualité de dirigeants de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la SAS Intergestion et d'AVOIR en conséquence condamné la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés, solidairement avec M. X..., à payer à la SCP H... A... et à Me B... Q..., ès qualités de mandataires liquidateurs de la SAS Intergestion, la somme de 6 530 894 euros au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la SAS Intergestion ;

AUX MOTIFS QUE sur le financement des pertes de la filiale Cefec à hauteur de 1,2 millions d'euros, le procès-verbal de réunion du conseil d'administration d'Intergerges du 15 mars 2007 mentionne au point 4 : « confirmation de la création d'une filiale espagnole à l... avec un effectif à très court terme de trois personnes, qui sera porté à cinq courant 2ème trimestre 2007. Cette filiale couvrira les deux métiers du groupe à savoir la distribution d'articles de quincaillerie et l'agencement de magasins » ; qu'il ne peut être déduit de ce libellé que la création de la Cefec aurait dû être décidée à l'unanimité lors de cette assemblée générale, comme le soutiennent Me Q... et A..., cette mention évoquant plutôt une information, étant observé qu'à cette date, la société Intergestion était une société anonyme avec conseil d'administration et qu'aucun procès-verbal du conseil d'administration d'Intergestion décidant de cette création n'est produit, les sociétés Finadvance soutenant que toutes les décisions concernant la société Cefec, dont M. X... était le président, auraient été prises en Codir, ce que confirmait M. Y... en page 40 de ses conclusions d'appel n° 1 ; qu'il est toutefois constant qu'en 2007 et 2008, la société Cefec a réalisé un chiffre d'affaires de 75.000 € et qu'à la date du jugement d'ouverture, elle comptait toujours sept salariés alors qu'elle ne réalisait plus aucun chiffre d'affaires et que ses pertes cumulées, qui s'élevaient à 1.158.894 € au 31 décembre 2009, ont été supportées en totalité par la société Intergestion au moyen d'avances en compte courant, ce que ne pouvaient ignorer les administrateurs ; que si M. X... soutient que la création de cette filiale était nécessaire pour accompagner le développement de son principal client la société [...], aucun élément n'est toutefois produit démontrant ce partenariat, pas plus que pour étayer les hypothèses émises par les cabinets Prorevisé et [...] quand une anomalie comptable consistant en une insuffisance de refacturation à Intergestion par sa filiale espagnole du coût du personnel travaillant pour R... J... alors qu'Intergestion encaissait le chiffre d'affaires ; que si le chiffre d'affaires réalisé par Intergestion à l'International s'élevait à 29,1 millions d'euros sur la période 2007 à 2009, le cabinet Prorevisé relève cependant qu'aucun détail n'est fourni quant à la part de ce chiffre d'affaires provenant des opérations espagnoles, de sorte qu'il ne peut, en l'état des productions, être considéré, comme le fait Mme V..., que les charges supportées par Intergestion n'étaient pas excessives au regard du chiffre d'affaires réalisé ; que c'est donc à juste titre que Me Q... et A... reprochent d'une part, à M. X..., d'avoir laissé perdurer en 2009 une activité manifestement déficitaire dont les pertes étaient intégralement supportées par Intergestion, sans que la nécessité de maintenir cette filiale soit démontrée et d'autre part, aux administrateurs d'Intergerges, d'avoir manqué de vigilance, ces derniers, à défaut d'être à l'origine de la création de cette filiale, ayant parfaitement connaissance de l'existence de cette filiale et des avances qui lui étaient consenties alors même que la société Intergestion ne disposait pas des moyens suffisants pour à la fois soutenir sa filiale et rembourser son propre endettement et que la crise économique qui frappait le marché espagnol comme le marché français ne permettait pas d'envisager un retournement de tendance à brève échéance ; qu'aucun élément ne permettant de considérer que M. Y... aurait eu personnellement et en toute indépendance un rôle actif dans cette prise de décision et qu'il aurait commis une faute détachable de ses fonctions, sa responsabilité ne sera pas retenue à ce titre ; que ces fautes ; qui par leur nature et leur gravité, en relèvent pas de la simple négligence, ont directement concouru à aggraver l'insuffisance d'actif ; qu'il est justifié de prononcer une condamnation solidaire de M. X... et des sociétés Finadvance dont les fautes conjuguées ont contribué à ce que cette situation perdure ;

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 supportée, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; que dans leurs conclusions, les sociétés Finadvance et Finadvance Associés faisaient valoir que toutes les décisions concernant la Cefec avaient été prises par le Codir d'Intergestion, présidé par M. X..., dont elles n'avaient jamais fait partie, qu'elles n'avaient jamais décidé ni de la création ni du soutien financier de la Cefec, ce que reconnaissaient les liquidateurs qui admettaient que le financement de Cefec n'avait jamais fait l'objet d'une décision dans un conseil d'administration d'Intergerges et que les informations sur Cefec transmises en 2010 au conseil d'administration d'Intergerges étaient rassurantes ; qu'en se bornant à relever, pour retenir l'existence d'une faute de gestion à l'encontre des appelantes tenant au financement des pertes de Cefec, qu'à défaut d'être à l'origine de la création de Cefec, elles avaient parfaitement connaissance de l'existence de cette filiale et des avances qui lui étaient consenties alors même que la société Intergestion ne disposait pas des moyens suffisants pour à la fois soutenir sa filiale et rembourser son propre endettement, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs impropres à caractériser la connaissance par les sociétés Finadvance et Finadvance Associés d'un soutien abusif de la Cefec par Intergestion et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

2/ ALORS QU'un dirigeant social ne peut être condamné à combler les dettes sociales de la société en liquidation judiciaire que s'il est établi un lien de causalité entre la faute de gestion retenue et l'insuffisance d'actif constatée ; qu'en se bornant à relever que le financement de la Cefec a « directement concouru à aggraver l'insuffisance d'actif », la cour d'appel s'est prononcée par des motifs impropres à caractériser le lien de causalité entre le soutien financier de Cefec par Intergestion et l'insuffisance d'actif, privant sa décision base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés SAS avaient, en qualité de dirigeants de droit, commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la SAS Intergestion et d'AVOIR en conséquence condamné la société Finadvance SA et la société Finadvance et Associés, solidairement avec M. X..., à payer à la SCP H... A... et à Me B... Q..., ès qualités de mandataires liquidateurs de la SAS Intergestion, la somme de 6 530 894 euros au titre de la contribution à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire de la SAS Intergestion ;

AUX MOTIFS QUE sur la poursuite de l'activité déficitaire, s'il n'est pas sérieusement contesté que la déconfiture de la société a été précipitée par la rupture des relations avec la société Bohnacker System qui a cessé ses livraisons en octobre 2009, privant ainsi brutalement la société Intergestion de 30% de son chiffre d'affaires, ce qui corrélativement a conduit à la suppression d'une source de financement immédiat de la trésorerie résultant du recours au factoring, situation qui ne pouvait être anticipée par la direction, il n'en demeure pas moins que dès la fin de l'année 2008, la société connaissait déjà des difficultés et avait enregistré une baisse importante du chiffre d'affaires de son pôle agencement (- 63 %) ; que le cabinet OCA relevait que, nonobstant cette baisse prévisible du chiffre d'affaires, M. X... présentait en décembre 2008 un budget 2009 quasiment à l'équilibre pour le site de Ludres (agencement) qui avait pourtant enregistré une perte de 2,8 millions d'euros en 2008 et prévoyait un résultat d'exploitation de 5.342.884 ; que si en mai 2009, M. X... a présenté au conseil d'administration un budget à la baisse après avoir initié une politique de réduction des coûts, notamment salariaux, il envisageait toutefois un résultat d'exploitation de 1,9 millions, peu réaliste dès lors que le résultat d'exploitation de 2008 s'élevait à 1,1 millions d'euros ; qu'au final, l'exercice 2009 a été clôturé avec un résultat d'exploitation déficitaire de 4.842.000 d'euros ; qu'il apparaît ainsi qu'en dépit des initiatives prises en 2008 pour diminuer le recours au personnel intérimaire, ce n'est en réalité qu'à partir du mois d'avril 2009 que M. X... a présenté un plan de crise

alors que la situation de la société était déjà préoccupante dès la fin 2008 et que la crise économique prenait toute son ampleur ; que le grief qui est fait à M. X... d'avoir tardé à réagir est donc bien fondé ; que de la même manière, le grief tiré d'un défaut de surveillance des administrateurs est également fondé dès lors qu'il résulte à suffisance des pièces n° 1 à 12 produites par M. X... qu'à la différence de ce que qu'a pu retenir le cabinet OCA, les membres du conseil d'administration disposaient de remontées d'informations sur la situation de trésorerie de la société et que l'une des priorités des administrateurs était de garantir le remboursement par Interges de sa dette "senior" ; qu'il sera observé à cet égard, que, si par sa nature même le mécanisme du LBO implique le remboursement de la dette d'acquisition de la holding au moyen des dividendes versés par la société reprise, ce remboursement ne doit cependant pas se faire, comme en l'espèce, au détriment de l'exploitation de la filiale ; qu'il ne peut enfin être reproché au conseil d'administration d'Interges d'avoir fait preuve d'inertie après la révocation de M. X... et d'avoir contribué à l'aggravation du passif, alors que différentes actions ont été entreprises : établissement d'un rapport d'audit par le cabinet [...], désignation d'un mandataire ad hoc, intervention auprès du CIRI, négociations avec les banques et les actionnaires qui ont converti leurs obligations en actions, saisine de la commission départementale des chefs de service financiers ainsi que cela résulte du rapport de Mme W... (mandataire ad hoc) ;

1/ ALORS QUE tenus, à peine de nullité, de motiver leur décision, les juges doivent analyser, au moins sommairement, les éléments de preuve sur lesquels ils se fondent ; que le rapport OCA avait conclu que M. X... n'avait pas exactement informé les membres du conseil d'administration d'Interges sur la gravité de la situation de la société Intergestion fin 2008, présentant au conseil d'administration un budget irréaliste ; que la cour d'appel a constaté que le rapport OCA précisait que M. X... avait présenté au conseil d'administration en décembre 2008 un budget 2009 quasiment à l'équilibre pour le site de Ludres (agencement) qui avait pourtant enregistré une perte de 2,8 millions d'euros en 2008 et prévoyait un résultat d'exploitation de 5.342.884 euros et qu'il avait présenté au conseil d'administration en mai 2009 un budget toujours peu réaliste ; qu'en se bornant à affirmer que les pièces produites par M. X... n° 1 à 12 (constituées de courriels émis en novembre et décembre 2008 et n'évoquant aucunement les difficultés d'Intergestion) démontraient qu'à « la différence de ce qu'a pu retenir le cabinet OCA, les membres du conseil d'administration disposaient de remontée d'informations sur la situation de trésorerie de la société » (arrêt, p. 27), sans analyser ces documents, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2/ 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 supportée, 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 lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, il importe que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ; que la cour d'appel a constaté que « la déconfiture de la société a été précipitée par la rupture des relations avec la société Bohnacker System qui a cessé ses livraisons en octobre 2009, privant ainsi brutalement la société Intergestion de 30 % de son chiffre d'affaires, ce qui corrélativement a conduit à la suppression d'une source de financement immédiat de la trésorerie résultant du recours au factoring, situation qui ne pouvait être anticipée par la direction » (cf. arrêt, p. 26), ce dont il résultait que la baisse significative du chiffre d'affaires de la société Intergestion avait eu lieu en 2009 et qu'elle était due à la rupture brutale de ses relations avec la société Bohnacker System ; qu'en retenant néanmoins à l'encontre des sociétés Finadvance et Finadvance Associés une faute de gestion résultant d'un défaut de surveillance de M. X... qui avait commis une faute de gestion résultant de la poursuite d'une activité déficitaire, aux motifs que M. X... avait tardé à réagir en ne présentant un plan de crise qu'à partir du mois d'avril 2009 « alors que la situation de la société était déjà préoccupante dès la fin 2008 et que la crise économique prenait toute son ampleur » (cf. arrêt, p. 27), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 651-2 du code de commerce ;

3/ ALORS QU'un dirigeant social ne peut être condamné à combler les dettes sociales de la société en liquidation judiciaire que s'il est établi un lien de causalité entre la faute de gestion retenue et l'insuffisance d'actif constatée ; qu'en condamnant les sociétés Finadvance et Finadvance Associés au paiement d'une somme de 6.530.894 € au titre de l'insuffisance d'actif en raison d'un manquement de surveillance ayant permis la poursuite d'une activité déficitaire sans avoir constaté l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de L. 651-2 du code de commerce. ECLI:FR:CCASS:2020:CO00418