

**Cour d'appel de Nouméa
chambre commerciale**

N° de RG: 11/00101

M. Didier X...
Mme Jeannick Y...épouse X...

LA SELARL Mary-Laure GASTAUD

Jean-Michel STOLTZ, Conseiller, président,
Christian MESIERE, Conseiller,
Anne AMAUDRIC du CHAFFAUT, Conseiller,

Audience publique du jeudi 3 janvier 2013

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Confirme la décision déferée dans toutes ses
dispositions, à l'égard de toutes les parties au
recours

Décision déferée à la cour :
rendue le : 23 Novembre 2011
par le : Tribunal mixte de commerce de NOUMEA

Saisine de la cour : 27 Décembre 2011

PARTIES DEVANT LA COUR

APPELANTS

M. Didier X...
demeurant ...

représenté par la SELARL DUMONS & ASSOCIES

Mme Jeannick Y...épouse X...

représentée par la SELARL DUMONS & ASSOCIES

INTIMÉS

LA SELARL Mary-Laure GASTAUD, agissant en qualité de liquidateur de l'Entreprise DE
GUIO, de la Société ECOVI et de la Société P. F. P
Siège social 1 bis, Boulevard Extérieur-Auguste Mercier-Quartier Latin-BP. 3420-98846
NOUMEA CEDEX

représentée par la SELARL Philippe GILLARDIN-AUPLAT

LA BANQUE CALEDONIENNE D'INVESTISSEMENT-BCI, prise en la personne de son représentant légal en exercice
Siège social 54, avenue de la Victoire-BP. K5-98849 NOUMEA CEDEX

représentée par la SELARL JURISCAL

En présence du Ministère Public

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 22 Novembre 2012, en audience publique, devant la cour composée de :

Jean-Michel STOLTZ, Conseiller, président,
Christian MESIERE, Conseiller,
Anne AMAUDRIC du CHAFFAUT, Conseiller,
qui en ont délibéré,
Anne AMAUDRIC du CHAFFAUT, Conseiller, ayant présenté son rapport

Greffier lors des débats : Stephan GENTILIN

ARRÊT :

- contradictoire,
- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 451 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie,
- signé par Jean-Michel STOLTZ, président, et par Cécile KNOCKAERT, greffier, auquel la minute de la décision a été transmise par le magistrat signataire.

PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE

Par jugement en date du 7 juillet 2004, sur assignation d'un créancier, le tribunal mixte de commerce de NOUMEA a ouvert à l'égard de la société ECOVI une procédure de redressement judiciaire, convertie en liquidation judiciaire par jugement en date du 17 août 2005.

Par jugement en date du 6 avril 2005, sur déclaration de cessation des paiements, le tribunal mixte de commerce de NOUMEA a ouvert à l'égard de la société ENTREPRISE DE GUIO une procédure de redressement judiciaire, convertie en liquidation judiciaire le 17 août 2005.

Par jugement du 6 juillet 2005, sur assignation de la CAFAT, le tribunal mixte de commerce de NOUMEA a, ouvert à l'égard de la société P. F. P. une procédure de redressement judiciaire, convertie en liquidation judiciaire le 16 novembre 2005.

Par une requête en date du 29 novembre 2007, déposée au greffe le 7 décembre 2007, la Selarl Mary-Laure GASTAUD, nommée liquidateur des sociétés ENTREPRISE DE GUIO, ECOVI et P. F. P., a fait citer devant le tribunal mixte de commerce Didier X...et Jeannick Y...épouse X..., en leur qualité de gérant de fait ou de droit de ces sociétés, afin de voir constater leurs fautes de

gestion, qui ont contribué à l'insuffisance d'actif constatée, obtenir, sur le fondement de l'article L 624-3 du code de commerce, leur condamnation solidaire à combler l'insuffisance d'actif de la société ENTREPRISE DE GUIO, soit 510 millions de FCFP et de la société ECOVI, soit 240 millions, la condamnation de Didier X..., seul, en sa qualité de gérant de la société P. F. P., à combler l'insuffisance d'actif de cette société, soit 220 millions de FCFP, et sur le fondement des articles L 625-3, L 625-5 et L 625-8 du code de commerce, voir prononcer à leur encontre une mesure d'interdiction de gérer pendant 15 ans.

Par acte d'huissier de justice en date du 17 mars 2008, les époux X...ont appelé en la cause, en intervention forcée, la BANQUE CALEDONIENNE D'INVESTISSEMENT, ci-après la B. C. I., afin d'obtenir sa condamnation à supporter une partie du passif.

Par conclusions déposées le 15 avril 2008, les époux X...ont soulevé la nullité de la requête du liquidateur et ont sollicité la condamnation in solidum du liquidateur et de la B. C. I au paiement de la somme de 200. 000 FCFP sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie.

La Selarl Mary-Laure GASTAUD, es-qualités, a répliqué aux écritures des époux X...par conclusions déposées au greffe le 4 juillet 2008.

Par conclusions en date du 26 mars 2009, la B. C. I. a soulevé l'irrecevabilité des prétentions des époux X...à son égard.

Elle a sollicité en conséquence le débouté des demandes formées à son encontre et la condamnation des époux X...au paiement de la somme de 350. 000 FCFP sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie.

Le juge-commissaire a déposé son rapport le 7 janvier 2011.

Didier X...a été entendu en Chambre du Conseil à l'audience du 16 mai 2011.

Le dossier a été communiqué au ministère public conformément à l'article 425 2o du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

Par jugement en date du 20 juillet 2011, le tribunal a rejeté le moyen soulevé par les époux X...tiré de la nullité de la requête introductive d'instance déposée par la Selarl Mary-Laure GASTAUD, es-qualités, a constaté la régularité de la requête, a ordonné la réouverture des débats et a donné injonction aux époux X...de conclure au fond et a renvoyé l'affaire au 17 octobre 2011.

Les époux X...n'ont pas déposé de conclusions sur le fond en réponse aux fautes alléguées à leur encontre.

M. le procureur de la République a été entendu en ses observations.

Par jugement en date du 23 novembre 2011 auquel il est expressément référé pour les moyens des parties, le tribunal mixte de commerce a :

- condamné solidairement Didier X...et Jeannick Y...épouse X..., à combler l'insuffisance d'actif constatée de la société ENTREPRISE DE GUIO à hauteur de 510. 000. 000 FCFP et de la société ECOVI à hauteur de 240. 000. 000 FCFP,

- condamné Didier X...à combler l'insuffisance d'actif constatée de la société P. F. P. à hauteur de 220. 000 000 FCFP
- prononcé une interdiction de gérer à l'encontre Didier X...et de Jeannick Y...épouse X..., pour une durée de quinze ans laquelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale ayant une activité économique,
- débouté Didier X...et Jeannick Y...épouse X..., de leur appel en garantie et de leur demande en paiement de dommages-intérêts dirigée à l'encontre de la BCI,
- condamné Didier X...et Jeannick Y...épouse X..., à verser à la BCI une somme de 200. 000 FCFP sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie,
- condamné solidairement Didier X...et Jeannick Y...épouse X..., aux dépens.
- dit que la Selarl JURISCAL pourra recouvrer directement contre les époux X...les dépens dont elle aura fait l'avance sans avoir reçu provision.

PROCÉDURE D'APPEL :

Par requête du 27 décembre 2011, les époux X...ont régulièrement interjeté appel de la décision qui a été signifiée le 7 décembre 2011.

En leur mémoire ampliatif du 28 mars 2012, ils concluent à l'infirmité du jugement déféré et demandent à la cour de :

- juger que pour les sociétés ECOVI et ENTREPRISE DE GUIO, il incombait au mandataire liquidateur de prouver une faute de gestion entre la date du jugement arrêtant le plan de redressement et le jugement prononçant la résolution du plan,
- juger qu'il n'est pas démontré la poursuite abusive et frauduleuse des activités des sociétés ECOVI, P. F. P et ENTREPRISE DE GUIO,
- juger que faute de détermination de la date de cessation de paiements, il ne saurait leur être reproché de faute de gestion pour ne pas avoir déclaré ledit état dans les quinze jours,
- condamner la Selarl Mary-Laure GASTAUD à leur payer la somme de 120. 000 FCFP en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

A l'appui de leurs prétentions, après avoir retracé l'historique des trois sociétés, ils exposent pour l'essentiel :

Sur l'action en comblement de passif,

- que pour que l'article L 624-3 du code de commerce trouve application, il convient de démontrer les fautes de gestion antérieures au prononcé du redressement et (ou) de la liquidation ; qu'en conséquence en ce qui concerne les sociétés ENTREPRISE DE GUIO et ECOVI, il appartenait au mandataire liquidateur de rapporter la preuve d'une faute de gestion entre le prononcé du redressement et la résolution du plan, ce qu'il ne fit aucunement de sorte que le jugement doit être réformé sur ce point,
- que s'agissant de la poursuite d'une exploitation déficitaire ne pouvant que conduire à la cessation de paiement, le tribunal n'a relevé aucun fait positif démontrant la volonté de poursuivre une activité déficitaire ; que bien au contraire, ils n'ont pas hésité à se porter caution des emprunts des sociétés et souscrire des prêts personnels pour améliorer leur trésorerie démontrant qu'ils avaient une confiance totale en l'avenir de leurs sociétés ; que le caractère

abusif et frauduleux n'est pas établi ; que dans ces conditions, le jugement querellé doit être également réformé de ce chef.

Sur les autres fautes de gestion reprochées,

- qu'en l'absence de date de cessation de paiement fixée par les premiers juges, lesquels de plus n'ont pas distingué entre le passif exigible et le passif non exigible, les premiers juges ont procédé par affirmation en retenant une faute sans la caractériser,
- qu'en ce qui concerne la société ENTREPRISE DE GUIO, le tribunal s'est là encore appuyé sur les affirmations du mandataire liquidateur sans caractériser les fautes, le jugement n'étant de plus pas produit aux débats.

Par conclusions du 5 juin 2012, la Selarl Mary-Laure GASTAUD conclut à la confirmation du jugement déferé et à la condamnation des époux X...à lui payer la somme de 400. 000 FCFP en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

Elle expose pour l'essentiel :

- que, si les faits caractérisant une faute et antérieurs à l'ouverture de la première procédure se sont poursuivis après l'arrêt d'un plan, la condamnation est possible,
- que pour la société ENTREPRISE DE GUIO l'insuffisance d'actifs est caractérisée et s'élève à plus de 505 millions de francs,
- que pour la société ECOVI l'insuffisance d'actifs s'élève à la somme de 241 millions de francs,
- que pour la société P. F. P, elle est de 219 millions de francs.

Par ailleurs, elle soutient que les premiers juges ont parfaitement mis en évidence que les gérants de ces trois sociétés ont poursuivi une exploitation déficitaire ayant contribué à l'insuffisance d'actif qui ne pouvait conduire qu'à la cessation de paiement.

De plus elle affirme que malgré une cessation de paiement avérée, les gérants n'ont pas procédé à la déclaration dans les 15 jours comme la loi les y oblige, et que pour deux des sociétés il a même fallu attendre l'assignation d'un créancier pour les y contraindre.

Enfin, sur les prises de décisions qui pouvaient nuire aux sociétés, elle prétend que les premiers juges, là encore s'appuyant sur les pièces du dossier et notamment sur les jugements qui avaient été signifiés aux appelants et revêtant un caractère définitif, ont relevé que les époux X...:

- * n'avaient pas procédé à la déclaration de cessation des paiements dans les délais qui s'imposaient,
- * n'avaient pas respecté leur obligation légale de reconstituer des fonds propres,
- * avaient fait obstacle à la mission de l'administrateur judiciaire,
- * n'avaient pas déposé les comptes au registre du commerce.

Elle soutient que l'état de cessation de paiement est caractérisé pour chacune des sociétés comme suit :

- société DE GUIO, dès le 2ème trimestre 2004,
- société ECOVI, dès le 4ème trimestre 2003,
- société P. F. P, dès le 2ème trimestre 2004,

ces dates correspondant au non-paiement des cotisations CAFAT.

Elle ajoute qu'en se portant caution pour des sommes très importantes l'intérêt personnel est manifestement constitué et les appelants ont poursuivi abusivement l'exploitation des sociétés.

Par conclusions du 16 juillet 2012, la BCI, constatant que les époux X...renoncent à leur demande, sollicite la confirmation du jugement déferé et l'octroi de la somme de 200. 000 FCFP en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la procédure

Dans l'acte introductif d'appel, les époux X...demandent l'infirmité de la décision déferée.

Il sera rappelé que si l'acte d'appel détermine l'étendue de la dévolution quant aux chefs du jugement attaqué, seules les conclusions saisissent la cour des moyens développés au soutien de l'appel.

Il s'ensuit qu'en l'absence de conclusions, la cour n'est saisie d'aucun moyen et elle ne peut que débouter l'appelant de son recours sur les demandes non soutenues.

En l'espèce, en l'absence de conclusions par les époux X...sur l'exception tirée de la prescription ainsi que sur la demande formée à l'encontre de la BCI en comblement de passif et sur l'appel en garantie à l'encontre de l'organisme bancaire, l'appel n'est pas soutenu sur ces points et la cour confirmera les dispositions du jugement déferé sur ceux-ci.

Au fond

A : sur la demande en comblement du passif

L'article 643-3 ancien du code de commerce applicable à l'espèce dispose que lorsque le redressement judiciaire ou 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 situation, décider que les pertes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait de la société.

Il sera relevé que les faits antérieurs à l'ouverture de la procédure de redressement en cas de résolution du plan peuvent fonder une condamnation à combler le passif (cass com 7 juillet 2009). Par conséquent, les époux X...ne peuvent invoquer que l'action en comblement du passif ne peut être fondée que sur les fautes commises avant les jugements qui ont arrêté les plans lesquels sont produits et revêtent un caractère définitif.

Sur l'état de cessation de paiement des trois entreprises

Il est constant que dans le cadre de cette action la date de cessation de paiement doit être fixée avec précision par le juge (cass com 30 mars 2010). Dans l'hypothèse d'un passif exigible et de l'affirmation du créancier (ou liquidateur comme en l'espèce) de l'inexistence de tout actif

disponible, il appartient au débiteur, sans qu'il ait véritablement renversement de la charge de la preuve, de rapporter l'existence d'un actif disponible permettant de payer le passif exigible (cass com 8 mars 2011). Il y a en ce cas une prise en compte de l'impossibilité de rapporter la preuve d'un fait négatif.

En l'espèce, les époux X...qui procèdent par affirmations ne rapportent aucunement la preuve de l'existence d'un actif disponible permettant d'apurer le passif exigible au jour de la date de cessation de paiement dans chacune des sociétés, alors que la SELARL MARY LAURE GASTAUD établit par les pièces produites et non contestées par les appelants qu'en ce qui concerne :

- la société ENTREPRISE DE GUIO, l'état des créances s'élevait à 515. 849. 508 FCFP et le passif salarial à 8. 478. 041 FCFP et qu'il n'a été recouvré que la somme de 18. 981. 587 FCFP de sorte que l'insuffisance d'actifs était de plus de 505. 000. 000 FCFP,
- la société ECOVI, l'état des créances s'élevait à la somme de 246. 323. 304 FCFP et le passif salarial à 3. 667. 448 FCFP et qu'il n'a été recouvré que la somme de 8. 861. 086 FCFP de sorte que l'insuffisance d'actifs était de plus de 241. 000. 000 FCFP,
- enfin, la société P. F. P., l'état des créances s'élevait à 217. 509. 823 FCFP et le passif salarial à 3. 875. 104 FCFP et qu'il n'a été recouvré que la somme de 2. 122. 055 FCFP de sorte que l'insuffisance d'actifs était de plus de 219. 000. 000 FCFP.

S'agissant de la société ENTREPRISE DE GUIO, le tribunal a justement relevé que celle-ci n'était plus en mesure de faire face à ses dettes avec son actif disponible fin 2003 ; elle n'a pas réglé ses cotisations CAFAT dès le 2ème trimestre 2004 ; la date de cessation sera donc fixée au 30 juin 2004,

S'agissant de la société ECOVI, cette société n'a pas été en mesure d'acquitter ses cotisations du 4ème trimestre 2003 ; la date de cessation sera donc fixée au 31 décembre 2003,

et enfin s'agissant de la société P. F. P, il est relevé les mêmes éléments et au regard de la date de l'absence de paiement de cotisations CAFAT au 2ème trimestre 2004, il y a lieu de fixer la date de cessation au 30 juin 2004.

Ces dispositions seront donc ajoutées au jugement déferé.

Sur les fautes de gestion

Il est constant que la qualité de gérant de fait de Didier X...n'est pas contestée pour les sociétés ENTREPRISE DE GUIO et ECOVI dont la gestion avait été confiée à son épouse. Il était en outre le gérant de la société P. F. P.

Il ressort de l'analyse des pièces produites aux débats par des motifs que la cour adopte que pour les trois sociétés les premiers juges ont exactement caractérisé, s'appuyant sur les données vérifiables du mandataire liquidateur, la poursuite abusive par les époux X...d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation de paiement. D'ailleurs cette poursuite qui a débuté avant même le prononcé du redressement judiciaire par le tribunal qui a homologué deux plans de redressement respectivement pour la société ENTREPRISE DE GUIO et la société

ECOVI, dont le gérant ne pouvait ignorer qu'il n'existait aucune perspective de redressement, a perduré au-delà et a abouti à la liquidation des deux sociétés.

Il sera en outre relevé et notamment en ce qui concerne la société ENTREPRISE DE GUIO qu'alors qu'elle n'avait dégagé aucun bénéfice en 2003 et que les pertes générées cette année là s'étaient élevées à 184. 000. 000 FCFP pour passer en 2004 à 449. 000. 000 FCFP son chiffre d'affaire s'effondrant à 58. 000. 000 FCFP pour les six premiers mois de 2005 alors qu'il était de 799. 000. 000 FCFP en 2002, Didier X...n'hésitait pas à percevoir à titre de salaire au cours de l'exercice 2003, 33. 700. 000 FCFP et 10. 000. 000 FCFP au cours de l'année 2004.

Par ailleurs, les deux gérants ne sont pas fondés à prétendre qu'ils avaient foi à l'avenir en se portant caution de prêts souscrits auprès de la BCI, de la Caisse d'Epargne et de CREDICAL solidairement à hauteur de 212. 000. 000 FCFP, Didier X...à hauteur de 40. 000. 000 FCFP et Jeannick X...à hauteur de 20. 000. 000 FCFP, ceux-ci ne leur ayant permis de maintenir qu'artificiellement leurs activités et percevoir une rémunération au détriment des créanciers ou encore acquérir des automobiles (société CREDICAL).

Ces faits sont constitutifs de faute caractérisée de gestion.

En outre, les époux X...qui ne pouvaient ignorer la situation des trois sociétés, ont attendu pour la société ENTREPRISE DE GUIO le mois de mars 2005 pour procéder à la déclaration de cessation de paiement alors que la date qui devait être arrêtée a été fixée ci-dessus au 30 juin 2004. Ils n'ont pas fait par ailleurs de déclaration pour les deux autres sociétés attendant d'y être contraints par des créanciers alors que les deux sociétés étaient également défaillantes depuis de nombreux mois à l'égard de leurs créanciers. Il s'agit encore d'une faute de gestion caractérisée

Au regard de l'ensemble de ces éléments, c'est justement que les premiers juges, par des motifs pertinents que la cour adopte, ont relevé que :

- ces fautes de gestion d'une extrême gravité avaient incontestablement contribué à l'insuffisance d'actifs des trois sociétés ENTREPRISE DE GUIO, ECOVI et P. F. P,
- ces insuffisances d'actifs de par leur importance avaient gravement porté préjudice aux intérêts des entreprises travaillant avec les trois sociétés,
- ces multiples fautes ayant entraîné par leur gravité un préjudice très important justifiant que les époux X...soient condamnés solidairement à combler l'insuffisance d'actif constatée de la société ENTREPRISE DE GUIO, soit 510. 000. 000 FCFP, de la société ECOVI dont ils étaient tous les deux les gérants, soit 240. 000. 000 FCFP, et que Didier X...soit condamné à combler l'insuffisance d'actif constatée de la société P. F. P dont il était le gérant, soit 220. 000. 000 FCFP.

Le jugement sera donc confirmé sur ce point.

B : Sur la demande d'interdiction de gérer

Il ressort des motivations ci-dessus développées que les époux X...ont poursuivi abusivement dans un intérêt personnel une exploitation qui ne pouvait conduire qu'à la cessation de paiement et ont omis de faire dans le délai de 15 jours la déclaration de cessation de paiements des trois sociétés dont ils étaient les gérants.

Ces faits extrêmement graves prévus aux articles L625-3 et L625-5 5o anciens du code de commerce justifient la sanction d'interdiction de gérer d'une durée de quinze ans prononcée par le tribunal. La décision doit être confirmée.

C : Sur les frais irrépétibles :

L'équité commande d'accorder en appel à la SELARL MARY LAURE GASTAUD la somme de 200. 000 FCFP et à la BCI la somme de 100. 000 FCFP en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, la décision étant par ailleurs confirmée de chef pour les frais irrépétibles de première instance.

Les époux X...doivent être condamnés aux entiers dépens.

PAR CES MOTIFS :

La Cour,

Statuant publiquement par arrêt contradictoire déposé au greffe :

Déclare l'appel recevable ;

Confirme le jugement déferé en toutes ses dispositions ;

y ajoutant,

Fixe la date de cessation de paiement de la société ENTREPRISE DE GUIO au 30 juin 2004 ;

Fixe la date de cessation de paiement de la société ECOVI au 31 décembre 2003 ;

Fixe la date de cessation de paiement de la société P. F. P au 30 juin 2004 ;

Condamne Didier X...et Jeannick Y...épouse X...à payer à la SELARL MARY LAURE GASTAUD la somme de deux cent mille (200. 000) FCFP en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

Condamne Didier X...et Jeannick Y...épouse X...à payer à la BANQUE CALEDONIENNE D'INVESTISSEMENT la somme de cent mille (100. 000) FCFP en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

Condamne Didier X...et Jeannick Y...épouse X...aux entiers dépens dont distraction au profit de la SELARL GILLARDIN-AUPLAT sur ses affirmations.