

COUR D'APPEL DE NOUMÉA

RG : 04/140

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Michelle FONTAINE, Présidente de Chambre

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Jean-Michel STOLTZ, Conseiller
Roland POTEE, Conseiller

Mickaela NIUMELE, Greffier

ARRÊT du 16 juin 2005

Décision attaquée rendue le : 03 Mars 2004 par le TRIBUNAL MIXTE DE
COMMERCE

Date de la saisine : 02 Avril 2004

Ordonnance de clôture : 6 mars 2005

PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR

APPELANTE

S.A. BNS IMPORT, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux,
NOUMEA CEDEX

représentée par la SELARL JURISCAL, avocats

INTIMÉ

M. X, mandataire liquidateur de la SARL AUSTRAL DISCOUNT PRODUCT -
NOUMÉA CEDEX

Concluant et comparant en personne

EN PRESENCE DU : MINISTERE PUBLIC

Débats : le 12 mai 2005 en audience publique où Jean-Michel STOLTZ, Conseiller, a
présenté son rapport,

A l'issue des débats, la Présidente a déclaré que l'affaire était mise en délibéré et que le
dossier avec l'arrêt serait remis au greffe le 16 juin 2005 en application de l'article 451 du code
de procédure de la Nouvelle-Calédonie.

Le dossier avec l'arrêt a été remis au greffe à la date susdite et signé par Michelle FONTAINE, Présidente, et par Mickaela NIUMELE, Greffier, présent lors de la remise au greffe.

PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE

Par jugement du 03 mars 2004, auquel il est référé pour le rappel des faits, de la procédure ainsi que des moyens et demandes, le tribunal mixte de commerce a :

- rejeté l'exception de nullité de la requête et de prescription de l'action,
- condamné la SA B.N.S IMPORT à supporter toutes les dettes de la société A.Z BUREAU y compris les frais de sa procédure collective,
- débouté monsieur X, ès qualités, de ses demandes à l'encontre de monsieur A et de monsieur B,
- condamné en application de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie, la société B.N.S IMPORT à payer à monsieur X, ès qualités de mandataire-liquidateur de la SARL A.Z BUREAU, devenue AUSTRAL DISCOUNT PRODUCTS la somme de 90.000 FCFP, et monsieur X, ès qualités de mandataire-liquidateur de la SARL A.Z BUREAU, devenue AUSTRAL DISCOUNT PRODUCTS à payer à monsieur B la somme de 100.000 FCFP,
- condamné la SA B.N.S IMPORT aux dépens.

PROCÉDURE D'APPEL

Par requête déposée le 02 avril 2004, la SA B.N.S IMPORT a interjeté appel de ce jugement.

La société appelante reprend son argumentation de première instance sur son exception de prescription, seule la citation délivrée le 06 mars 2002 ayant saisi le tribunal mixte de commerce.

Au fond, B.N.S IMPORT soutient qu'il appartient au mandataire de caractériser en quoi elle s'est comportée en véritable dirigeant de la filiale.

Elle estime que sa seule présence lors d'une assemblée générale posant l'obligation d'un contreseing de B.N.S IMPORT pour tout paiement ou engagement ne suffit pas à démontrer l'existence de fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif.

Elle observe de même que le tribunal a mis à sa charge l'intégralité d'un passif qui n'a pas été vérifié.

Elle conclut à la réformation :

- à la nullité de la procédure de saisine du tribunal mixte de commerce et à la constatation de la prescription de l'action,

- à la condamnation du mandataire à lui payer les sommes de 150.000 FCFP au titre des frais irrépétibles de première instance et 200.000 FCFP pour ceux exposés en appel.

Monsieur X réplique, sur la forme, que le tribunal a été saisi dans les formes et délais légaux.

Au fond, il estime parfaitement caractérisée la gérance de fait de B.N.S IMPORT, désignation des préposés de B.N.S pour effectuer les paiements de A.Z BUREAU en l'absence du gérant ; désignation du comptable de B.N.S IMPORT comme gérant avec obligation de contreseing par le représentant de B.N.S. IMPORT.

Il rappelle que l'état de cessation des paiements n'a pas été déclaré dans les 15 jours et que la trésorerie, par le biais de paiements préférentiels s'analysant en des fautes de gestion, a été vidée au seul profit de certains créanciers dont B.N.S IMPORT.

Il rappelle de même que la vérification du passif n'est pas un élément nécessaire à l'engagement de l'action en sanctions.

Il conclut donc à la confirmation du jugement s'agissant de B.N.S IMPORT.

Il sollicite la somme de 150.000 FCFP au titre de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

Par écritures ultérieures, les parties ont conclu sur la régularité de la saisine du tribunal et sur l'interruption de la prescription.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur l'exception d'irrégularité de la procédure de saisine du tribunal mixte de commerce et de prescription

Attendu que le mandataire-liquidateur tient de l'article L 624-6 du code de commerce la possibilité de saisir le tribunal mixte de commerce aux fins de voir appliquer l'une des mesures prévues aux articles L 624-3 à L 624-5 ;

Que les modalités pratiques de saisine sont définies par les articles 8, 9 et 164 de la Délibération 335 du 22 septembre 1994 complétant sur ce point le décret du 07 avril 1928 alors applicable ;

Attendu que le mode de saisine de droit commun prévu par le décret du 07 avril 1928 était la requête déposée au greffe (article 74) qui, constituant un mode de citation en justice, était interruptive de prescription ;

Que les arguments de B.N.S tenant aux positions doctrinales ou jurisprudentielles fondées sur la procédure métropolitaine par voie d'assignation sont donc sans objet ;

Attendu que l'article 164 de la délibération susvisée prévoit que les dirigeants mis en cause sont convoqués huit jours au moins avant leur audition ou dans les formes prévues aux articles 8 ou 9 ;

Que ces articles 8 et 9 disposent, quant à la forme, que le président du tribunal fait convoquer le débiteur par les soins du greffier par lettre recommandée avec accusé de réception ou par acte d'huissier de justice ;

Attendu qu'en l'espèce, le mandataire-liquidateur a déposé le 27 février 2002 au greffe du tribunal mixte de commerce une requête au président du tribunal mixte de commerce tendant à la convocation des divers dirigeants devant le tribunal mixte de commerce aux fins de voir celui-ci statuer sur la demande de sanctions ;

Que le président a alors fait convoquer, suivant mandement du 28 février 2002, ces dirigeants par citation d'huissier laquelle a été délivrée à B.N.S IMPORT le 06 mars 2002 avec copie de la requête du mandataire-liquidateur ;

Attendu qu'il y a lieu d'analyser la requête du mandataire comme un acte mixte satisfaisant d'une part aux dispositions de l'article 74 du décret du 1928 comme déposé au greffe et demandant au tribunal mixte de commerce de statuer sur les sanctions, d'autre part, aux articles 8 et 9 de la délibération comme sollicitant du président du tribunal la convocation du débiteur ;

Qu'aucun texte n'exigeant des modalités distinctes de procédure, cette requête satisfaisait aux dispositions légales ;

Que la Cour est donc à même de constater que la procédure est régulière et que l'exception de prescription n'est donc pas fondée, la requête ayant été déposée avant l'expiration du délai triennal ;

Au fond

Attendu que par des motifs que la Cour adopte, le tribunal mixte de commerce a exactement analysé les données de fait et de droit pour retenir d'une part que B.N.S s'était bien comportée en gérant de fait, d'autre part, que les conditions d'extension du passif à B.N.S étaient réunies ;

Que l'insuffisance d'actif est constante et non discutée ; que les créanciers impayés sont essentiellement les organismes sociaux et le Trésor Public ;

Que l'examen des procès-verbaux d'assemblées générales des 15 mars et 03 août 1995 démontre sans ambiguïté que la manœuvre du B.N.S IMPORT, associé majoritaire à 90 %, a été de s'assurer la mainmise sur les décisions financières en imposant tout d'abord un mode de paiement excluant le gérant par monsieur A, non associé, mais salarié B.N.S avec signature de monsieur C, représentant B.N.S (assemblée générale du 15 mars 1995) puis en imposant contre son gré comme gérant, à titre gratuit, monsieur A lui-même avec maintien du contreseing par B.N.S ;

Que l'objectif de cette main mise était, ainsi que l'établissent les procès-verbaux d'assemblées générales, l'arrêt d'activité puis "la réduction du stock et l'encaissement des créances" (assemblée générale du 15 mars 1995), "de payer autant que possible ses créanciers" (assemblée générale du 03 août 1995) ;

Que l'analyse des paiements effectués démontre qu'ils ont été au seul bénéfice de B.N.S ou de sociétés du même groupe au mépris des dettes sociales et fiscales; qu'il s'agit donc de

paiements préférentiels susceptibles de contestations préjudiciables à l'entreprise, ce qui caractérise des fautes de gestion;

Que la déclaration de l'état de cessation des paiements n'a au surplus pas été effectuée dans le délai légal ;

Attendu enfin que l'action en comblement de passif n'impose pas pour être engagée que le passif soit entièrement chiffré ni que la vérification des créances soit terminée ; qu'il suffit que l'insuffisance d'actif soit certaine ;

Que la condamnation peut par ailleurs être provisionnelle ;

Attendu que la décision déferée sera donc confirmée en ce qu'elle concerne B.N.S IMPORT sauf à ajouter qu'il s'agit d'une condamnation provisionnelle à supporter le passif déclaré de 5.396.465 FCFP ;

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

STATUANT publiquement par arrêt contradictoire déposé au greffe ;

DIT l'appel recevable mais mal fondé ;

CONFIRME le jugement déferé dans les limites de l'appel ;

Y ajoutant,

DIT que la condamnation de la SA B.N.S IMPORT à supporter les dettes de la société A.Z BUREAU est une condamnation provisionnelle sur la base d'un passif déclaré de CINQ MILLIONS TROIS CENT QUATRE VINGT SEIZE MILLE QUATRE CENT SOIXANTE CINQ (5.396.465) FCFP ;

CONDAMNE B.N.S IMPORT à payer à monsieur X, ès qualités, la somme de CENT MILLE (100.000) FCFP au titre de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

LA CONDAMNE en outre aux entiers dépens d'appel.

ET signé par Michelle FONTAINE, Présidente, et par Mickaela NIUMELE, Greffier présent lors de la remise du dossier avec l'arrêt au greffe.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT