

**Cour de cassation
chambre commerciale**

N° de pourvoi: 16-28681

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Non publié au bulletin

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Mouillard (président), président

SCP Potier de La Varde, Buk-Lament et Robillot,
avocat(s)

Cassation

Audience publique du mercredi 5 septembre 2018

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Riviera construction (la société) a été mise en liquidation judiciaire par un jugement du 12 avril 2010 ; que sur demande de Mme Y..., nommée liquidateur, M. X..., gérant de la société, a été condamné à supporter l'insuffisance d'actif et a fait l'objet d'une mesure d'interdiction de gérer d'une durée de cinq ans ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

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

Attendu que pour engager la responsabilité de M. X... pour insuffisance d'actif de la société, l'arrêt retient qu'il a démontré ses carences en matière de gestion, notamment en fixant des prix sans prendre en considération la nécessité de reverser aux services fiscaux la taxe de solidarité sur les services facturée aux clients ou de régler la Caisse d'allocations familiales et accidents du travail, cependant que n'était pas rapportée la preuve de l'existence de créances clients à recouvrer qui aurait permis d'expliquer le non-versement de la taxe de solidarité sur les services depuis 2008, à hauteur de plus de 2 000 000 FCFP ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser le lien de causalité entre cette 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 ;

Sur le second moyen :

Vu l'article L. 653-4, 4° du code de commerce ;

Attendu qu'aux termes de ce texte, le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de tout dirigeant, de droit ou de fait, d'une personne morale, ayant poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;

Attendu que, pour prononcer à l'encontre de M. X... une interdiction de gérer d'une durée de cinq ans, l'arrêt retient que ce dernier, pendant qu'il exerçait les fonctions de gérant de droit de la société, a poursuivi abusivement une exploitation fictive et déficitaire, qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si c'était dans son intérêt personnel que M. X... avait abusivement poursuivi une telle exploitation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le dernier grief :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1er décembre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Nouméa ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nouméa autrement composée ;

Condamne Mme Y..., en sa qualité de liquidateur de la société Riviera construction, aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. X... ;

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

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

Moyens produits par la SCP Potier de La Varde, Buk-Lament et Robillot, avocat aux Conseils, pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

M. X... fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamné à payer à la Selarl Mary Laure Y..., en sa qualité de liquidateur de la Sarl Riviera Construction, la somme totale de 69.592. 017 FCFP, outre intérêts au taux légal.

AUX MOTIFS QU' il résulte des pièces produites par le liquidateur que la liquidation judiciaire de la société Riviera Construction, dont Monsieur X... a été l'unique gérant depuis 2007, fait apparaître une insuffisance d'actif certaine dès lors que l'état des créances actualisé fait ressortir un passif s'élevant à 69 592 017 FCFP, après réalisation de l'actif existant ; qu'il résulte par ailleurs des pièces communiquées et des débats que peuvent être reprochés à Monsieur X... des fautes de gestion qui sont directement à l'origine de cette insuffisance d'actif ; que dès le mois de mars 2009, la société n'était plus en mesure de payer ses créanciers, que ce soit ses fournisseurs, la société ER travaux, la société Nouméa Renting, que par ailleurs la CAFAT et la TSS n'étaient

plus réglées depuis 2008 ; que la preuve de la poursuite d'une activité déficitaire est incontestablement apportée du seul fait du constat des dates des impayés déclarés à la procédure collective, soit selon les créanciers, janvier 2007, février 2009, mars 2009, avril 2009, mais 2009 ; que le gérant n'ayant pas jugé utile d'arrêter l'hémorragie financière, le passif s'est accru jusqu'à atteindre la somme de 74 649 580 FCFP lors du prononcé de la liquidation judiciaire ; que si Monsieur X... indique dans ces dernières écritures que l'activité la société était bénéficiaire en 2007 et 2008, d'une part les bilans postérieurs au 31 décembre 2008 ne sont pas produits, d'autres part l'intéressé est dans l'incapacité de prouver que l'activité de la société était bénéficiaire sur la période s'écoulant du 1er janvier 2009 au 12 avril 2010, soit dans les 16 mois précédant sa liquidation, alors que de nombreuses factures impayées datent de plusieurs mois, voire plusieurs années, circonstances permettant d'exclure un problème soudain de trésorerie ; qu'à la date de cessation des paiements retenue par le tribunal (le 31 décembre 2009), la société n'honorait plus ses dettes fournisseurs depuis plus de 6 mois et ses dettes sociales depuis plus de 18 mois, contribuant ainsi incontestablement à l'aggravation du passif ; qu'il est particulièrement étonnant que Monsieur X... n'ait jamais évoqué jusqu'alors qu'il aurait négocié des délais de paiement avec la CAFAT et l'administration fiscale, sans apporter la moindre preuve de ses allégations ; que si ce retard dans la déclaration de cessation des paiements n'est pas la seule cause directe de l'insuffisance d'actif considérable constatée dans cette procédure de liquidation, il participe nécessairement à son augmentation puisque, si le dépôt de bilan était intervenu à bonne date, le passif de la société s'en serait trouvé minoré ; qu'une fois prise les commandes de l'entreprise, dont la gérance était auparavant assurée par son père et son beau-frère, monsieur X... a démontré ses carences en matière de gestion, notamment en fixant des prix sans prendre en considération la nécessité de reverser aux services fiscaux la TSS facturée aux clients, qu'il en est de même de la CAFAT ; que le simple fait que la société n'ait pas été en mesure de reverser ces taxes et cotisations constitue la preuve de l'existence d'une problématique de fond liée au calcul des prix pratiqués, l'intéressé ne rapportant pas la preuve de l'existence « de créances clients à recouvrer » permettant d'expliquer le non règlement de la TSS depuis 2008, à hauteur de plus de 2 millions FCFP ; qu'il n'a été remis au liquidateur aucun bilan couvrant la période postérieure à l'année 2008, à compter de laquelle Monsieur X... a cessé de régler ses fournisseurs, ce qui ne lui permettait pas d'avoir une vision exhaustive de la situation de l'entreprise ; qu'au surplus cette absence de comptabilité sur l'année 2009 rend absolument opaque les agissements financiers de Monsieur X... pendant la dernière année de l'entreprise, des états financiers dressés dans l'urgence par le chef d'entreprise lui-même ne pouvant être considéré comme remplissant les exigences d'une comptabilité établie en bonne et due forme ; qu'à cet égard le premier juge relève exactement que l'appelant ne peut valablement arguer de la responsabilité du comptable, alors qu'il est de sa responsabilité de régler les honoraires dus aux collaborateurs dont l'intervention est essentielle à l'activité de l'entreprise ; qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement déferé en ce qui a retenu le bienfondé de l'action en comblement de passif engagée par le liquidateur ; qu'en revanche si le premier juge retient que des circonstances extérieures à l'entreprise, en particulier l'attitude de certains clients qui ont retardé abusivement le paiement de situations de travaux pourtant réalisés, justifiait de limiter la condamnation de Monsieur X... à hauteur de 10 millions FC FP, la cour constate que cet argument n'est pas repris devant elle et qu'en toute hypothèse l'appelant n'en justifie pas ;

1°) ALORS QUE lorsque, pour condamner un dirigeant au titre de sa responsabilité pour insuffisance d'actif, le juge retient plusieurs fautes de gestion à son encontre, chacune d'entre elle doit être légalement justifiée ; qu'en se fondant, pour le condamner à payer la totalité de l'insuffisance d'actif de la société Riviera Construction, sur l'incompétence de M. X... résultant de fautes de gestion dans le calcul des prix pratiqués aux clients, sans caractériser le lien de causalité entre cette prétendue faute de gestion et l'insuffisance d'actif de la société, la cour

d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité.

2°) ALORS QUE M. X... faisait valoir qu'il avait donné mandat à son comptable pour qu'il dresse le bilan et les comptes de résultats de l'année 2009 mais que ce dernier, anticipant un risque de non règlement de ses honoraires sans avoir, paradoxalement, déclaré ensuite sa créance au passif de la liquidation judiciaire, avait refusé de satisfaire à sa mission et ainsi de fournir à la société Riviera Construction ses comptes arrêtés pour l'année 2009 ; qu'en retenant à l'encontre de M. X... une faute de gestion pour tenue incomplète de la comptabilité de la société sans répondre à ce moyen qui était de nature à faire la preuve de ce que la carence du comptable avait été à l'origine du défaut de production de bilan pour l'exercice 2009, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Monsieur X... fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir prononcé à son encontre une interdiction de gérer, pour une durée de cinq ans, emportant 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.

AUX MOTIFS QUE Monsieur X..., alors qu'il exerçait les fonctions de gérant de droit de la Sarl Riviera Construction, a omis de faire dans le délai de 45 jours la déclaration de cessation de paiement qui s'imposait au nom de la société, a poursuivi abusivement une exploitation fictive et déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements ;

ALORS QUE la poursuite d'une activité déficitaire par le dirigeant d'une personne morale ne peut entraîner une interdiction de gérer que sous la condition de caractériser l'existence d'un intérêt personnel de celui-ci ; qu'en se bornant à relever, pour prononcer à son encontre une interdiction de gérer pendant cinq ans, que M. X... avait poursuivi abusivement une activité déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation de paiement de la société, sans caractériser l'existence d'un intérêt personnel de ce dernier, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 653-4 du code de commerce.