

COUR D'APPEL DE NOUMÉA

RG : 06/029

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Michelle FONTAINE, Présidente de Chambre

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Jean-Michel STOLTZ, Conseiller

Marie Florence BRENGARD, Conseiller

Michaëla NIUMELE Greffier

ARRÊT du 27 août 2007

Décision attaquée rendue le : 20 Février 2006

Juridiction : Tribunal mixte de Commerce de NOUMEA

Date de la saisine : 21 Mars 2006

Ordonnance de clôture : 04 juillet 2007

PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR

APPELANTS

1 - Mme X, née le ... à MATHA (17160)

2 - Mme Y, née le ... à ROCHEFORT (69550) demeurant ensemble ... - 98830
DUMBEA

représentées par Me Jean-Jacques DESWARTE, avocat

INTIMÉ

M. Alain Pierre SCHMID, es qualité de mandataire liquidateur de la SARL LE HAVRE
DE DUMBEA 2, rue Charles de Verneilh - Quartier Latin BP. 3286 - 98846 NOUMÉA CEDEX

représenté par Me Xavier LOMBARDO, avocat

EN PRESENCE DU MINISTERE PUBLIC

Débats : le 23 juillet 2007 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 27 août 2007 en application de l'article 451 du Code de procédure civile 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 Michaëla NIUMELE, Greffier, présent lors de la remise au greffe.

PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE

Par jugement du 20 février 2006 auquel il est renvoyé pour l'exposé de l'objet du litige, des moyens et prétentions des parties et de la procédure de première instance, le Tribunal Mixte de Commerce de NOUMÉA, statuant sur la demande formée par Me SCHMID, ès qualités de liquidateur de la SARL Le Havre de Dumbéa, contre X et Y, anciennes gérantes, pour voir prononcer leur liquidation judiciaire personnelle ou subsidiairement leur condamnation à payer la totalité du passif social ainsi qu'une interdiction de gérer, a prononcé une interdiction de gérer de dix ans contre elles et a rejeté les autres demandes.

PROCÉDURE D'APPEL

X et Y ont régulièrement formé appel le 21 mars 2006 du jugement non signifié dont elles sollicitent l'infirmerie dans leur mémoire ampliatif du 4 mai 2006 en invoquant la violation du principe du contradictoire au motif que Me SCHMID n'a pas communiqué les pièces sur lesquelles il fonde son action malgré la demande qui lui a été adressée le 20 mars 2006.

Elles réclament le rejet des prétentions de Me SCHMID et 400.000 FCFP d'indemnité pour frais irrépétibles.

Me SCHMID, ès qualités, réplique dans ses conclusions du 7 juillet 2006 que les pièces réclamées ont été régulièrement signifiées aux appelantes avec la requête introductive d'instance à l'exception du rapport du juge commissaire, pièce de procédure qu'il ne détient pas et que les parties peuvent consulter.

Sur le fond Me SCHMID se porte appelant incident pour réclamer, avec la confirmation de la décision d'interdiction de gérer, le prononcé de la liquidation judiciaire personnelle des appelantes ou au moins leur redressement judiciaire et, subsidiairement, leur condamnation à supporter solidairement la totalité du passif social soit 20.794.945 FCFP outre les frais de la procédure collective en raison des fautes de gestion commises par elles engageant leur responsabilité en application des articles L 624-3 et suivants du code de commerce.

Me SCHMID reprend les faits évoqués dans sa requête initiale qui justifient selon lui la condamnation des anciennes gérantes de la société à payer le passif social qu'elles ont créé en ne réglant pas les cotisations sociales après l'homologation du plan de redressement adopté par jugement du 4 novembre 1998, ni les impôts de 1999 à 2002 ce qui aurait dû conduire à un dépôt de bilan dès la survenance de la cessation des paiements, en ne tenant pas de comptabilité conforme, en ne produisant aucune pièce comptable et en se maintenant dans les lieux pour poursuivre l'activité de la société malgré le prononcé de la liquidation judiciaire.

Me SCHMID réclame en outre une indemnité de 250.000 FCFP.

Les appelantes font valoir dans leurs conclusions du 4 septembre 2006 que Me SCHMID n'est plus recevable à demander leur liquidation judiciaire personnelle depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 qui a supprimé cette sanction et qui est applicable aux procédures en cours ouvertes avant cette entrée en vigueur.

Elles remarquent que le passif social n'a pas été aggravé mais au contraire qu'il a diminué entre l'état arrêté au 23 décembre 1999 pour 21.784.259 FCFP et celui invoqué par Me SCHMID, arrêté à 20.794.945 FCFP au 12 avril 2005 et elles contestent les fautes de gestion qui leur sont imputées.

Elles soutiennent en effet que l'aggravation des dettes n'est liée qu'aux impayés des dernières cotisations sociales, que la comptabilité a bien été tenue jusqu'au mois de janvier 2002, date à laquelle le tribunal était déjà saisi et que l'activité de la société n'a pas été poursuivie dans ses locaux après la décision de liquidation, les lieux étant la propriété personnelle des gérantes qui y ont exercé une autre activité sans utiliser les actifs et les biens de la société, écartés et stockés dans un local autonome à la disposition du liquidateur.

La procédure a été communiquée au Ministère Public et l'ordonnance de clôture a été rendue le 9 novembre 2006.

A l'audience du 7 décembre 2006, l'affaire a été renvoyée à la mise en état.

Par conclusions déposées le 2 mars 2007, Me SCHMID convient que si la loi de 2005 supprime la possibilité d'ouvrir une procédure collective à l'encontre des dirigeants, sa demande subsidiaire tendant à la condamnation des gérantes à supporter les dettes de la société en application de l'article L. 624-3 ancien du code de commerce est recevable.

Il observe par ailleurs :

- que la discussion sur le délai dans lequel il a déposé sa requête est étrangère au débat,
- que les gérantes sont mal venues à se plaindre de ce que le commissaire à l'exécution du plan ait tardé à intervenir alors qu'il leur appartenait de déposer leur bilan,
- que le délai de vérification du passif s'explique par l'absence de fonds à répartir et par la priorité accordée aux dossiers dans lesquels des répartitions sont possibles,
- que le principe d'une insuffisance d'actif est établi puisqu'aucun actif n'a pu être recouvré et que le passif définitif ressortira pour un montant compris entre 19.263.775 FCFP et 20.103.087 FCFP, seul le sort de trois créances pour 839.312 FCFP n'étant pas fixé,
- que la loi ne demande d'ailleurs pas qu'il ait été procédé à la vérification du passif, la jurisprudence exigeant seulement que la condamnation prononcée n'excède pas le montant de l'insuffisance d'actif.

Me SCHMID relève également que les gérantes font une lecture erronée de l'état des créances déposé le 5 janvier 2000 et que le passif admis à la liquidation judiciaire est bien supérieur à celui admis au redressement judiciaire arrêté à 17.394.450 FCFP.

S'agissant du défaut de comptabilité, il fait valoir que Mme X a reconnu que la comptabilité n'était pas à jour depuis janvier 2002 et que l'on peut douter de son existence pour les exercices 2000 et 2001 puisqu'aucune documentation comptable ne lui a été transmise. Il rappelle que la saisine du tribunal ne dispense pas de l'établissement d'une comptabilité conforme aux règles légales.

Par conclusions déposées le 5 avril 2007, les gérantes précisent le contexte difficile dans lequel Mme X a été conduite à être moins disponible pour s'occuper de l'activité de l'entreprise ce qui a eu des répercussions financières. Elles indiquent également n'avoir pu présenter la comptabilité en raison de la destruction des documents comptables lors du cyclone ERICA.

Elles considèrent qu'il n'y a pas de mauvaise foi de leur part.

Elles maintiennent que l'ensemble des actifs a été entreposé pendant plusieurs années sans que le mandataire ne s'y intéresse et que cette carence explique le prix de 33.000 FCFP qui a été retiré de la vente.

Par conclusions en réplique déposées le 25 mai 2007, Me SCHMID produit le procès-verbal de vente aux enchères et observe qu'il n'est pas sérieux d'affirmer que la vente même plus rapide de deux véhicules anciens et en mauvais état et de meubles meublants déjà vétustes au jour de la liquidation judiciaire aurait permis de réduire sensiblement l'insuffisance d'actif.

Il estime de même peu sérieux de soutenir que la comptabilité a disparu avec ERICA en mars 2003 alors que l'entretien au cours duquel Mme X indiquait que le bilan 2000 était prêt et celui de 2001 en cours de traitement s'est tenu dix mois plus tôt et que rien n'a été remis dans l'intervalle.

Enfin, il relève que le nouvel état de cessation de paiements est antérieur à l'accident de Melle Y.

Par conclusions déposées le 26 juin 2007, les gérantes relèvent le délai excessif pour procéder à la vente des actifs et considèrent que cela explique la somme modeste obtenue.

La procédure a été communiquée au ministère public. Dans ses dernières conclusions, il sollicite la confirmation de la décision déferée.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la violation du principe du contradictoire :

Attendu qu'il est établi au dossier que l'ensemble des pièces produites par Me SCHMID au soutien de sa demande a été communiqué aux appelantes en première instance lors de la signification de la requête ;

Que dès lors le grief tenant à l'absence de communication de ces pièces est contraire en fait et ne saurait, surtout sur une demande de communication formée postérieurement au jugement dont appel, justifier l'allégation d'une violation du principe du contradictoire ;

Que ce moyen n'est donc pas fondé ;

Au fond :

Attendu que, contrairement à ce que soutiennent les gérantes, l'action engagée par Me SCHMID sur le fondement de l'article L.624-5 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises n'est pas irrecevable, l'article 199 de la loi prévoyant expressément que les procédures ouvertes en vertu de cet article ne sont pas affectées par l'entrée en vigueur de la loi ;

Que la procédure de liquidation judiciaire ayant été ouverte avant le 1er janvier 2006, l'action était donc bien recevable ;

Attendu toutefois qu'il résulte des conclusions du mandataire judiciaire que celui-ci abandonne ce chef de sanction et demande l'application de l'article L.624-3 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ;

Sur l'action au titre de l'article L. 624-3 ancien du code de commerce :

Attendu qu'aux termes de L.624-3 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises "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 insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux ;"

Attendu en l'espèce qu'il est établi par les pièces versées que les créances déclarées à la liquidation judiciaire s'élèvent au minimum à 19.263.775 FCFP et que l'actif n'a été réalisé que pour 33.000 FCFP étant observé que la nature et l'ancienneté des meubles vendus aux enchères ne pouvaient permettre d'espérer qu'une vente plus rapide eût produit un prix véritablement différent ;

Qu'ainsi l'insuffisance d'actif est avérée et que la seule question est de déterminer si les gérantes ont commis des fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif ;

Attendu tout d'abord qu'il est établi que les cogérantes ont accru l'insuffisance d'actif entre 2000 et 2002 ; qu'en effet le passif non contesté du redressement judiciaire s'établit à 17.394.450 FCFP ; que la poursuite déficitaire d'activité a donc généré un passif complémentaire de plus de 3.400.000 FCFP correspondant aux créances CAFAT, CRE et aux impôts, étant relevé que certains des créanciers initiaux ayant omis de renouveler leur déclaration et une répartition au profit des créanciers étant intervenue avant l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, le passif créé est, de fait, plus important ;

Qu'il appartenait aux gérantes, devant leur incapacité à s'acquitter des cotisations sociales, de déclarer leur état de cessation de paiement, qu'elles ont poursuivi une activité déficitaire et que leur carence conduisant à un accroissement du passif constitue une faute de gestion ;

Attendu que l'on doit également reprocher aux gérantes un défaut de comptabilité qui constitue une faute de gestion manifeste contribuant également à l'insuffisance d'actif, le dirigeant se privant des outils de gestion qui sont destinés justement à lui permettre d'appréhender la situation économique et financière de sa société et de prendre en temps utile les mesures de redressement nécessaires ;

Qu'il résulte en effet du questionnaire auquel a répondu Mme X le 16 mai 2002 qu'à cette date elle allait remettre la comptabilité 2000, que la comptabilité 2001 était en cours de traitement et que la comptabilité 2002 n'était pas traitée ni à jour ;

Qu'aucune comptabilité n'a en fait jamais été remise, même partielle, et qu'il s'en établit qu'en réalité, aucune comptabilité n'a jamais été tenue ;

Que l'affirmation, sans aucune pièce justificative et bien tardive, d'une disparition de la comptabilité lors du cyclone ERICA en mars 2003 n'est absolument pas crédible ; qu'outre que la comptabilité des années 2000 et 2001 aurait dû être transmise depuis longtemps, les appelantes ne produisent aucune preuve d'un sinistre qui, suffisamment important pour faire disparaître la totalité d'une comptabilité normalement conservée en intérieur, aurait nécessairement détruit une partie de la maison ou de sa toiture ce qui aurait entraîné des réparations aisément justifiables ;

Attendu que l'on doit en troisième lieu reprocher aux gérantes un maintien dans les lieux et la poursuite détournée d'activité au détriment de la personne morale ;

Que la matérialité de cette occupation est établie par le procès-verbal de sommation du 2 mai 2003 ;

Attendu que l'argumentation opposée par les gérantes n'est pas recevable dès lors qu'il n'est pas discutable que les lieux étaient occupés par la Sarl et qu'à compter de la mise en liquidation judiciaire, il n'appartenait qu'au liquidateur de se déterminer sur la poursuite du contrat de location ; Que le propriétaire des lieux n'était absolument pas libéré de ses obligations du seul fait de la liquidation judiciaire de sa locataire ;

Qu'en refusant de quitter les lieux et en y débutant une nouvelle activité, les gérantes ont empêché toute possibilité de cession ou de location à un tiers qui aurait réduit d'autant l'insuffisance d'actif ;

Attendu que les fautes relevées (poursuite déficitaire d'activité, défaut de comptabilité et maintien dans les lieux) constituent des fautes de gestion en lien direct avec l'insuffisance d'actif et justifient que les gérantes supportent solidairement les dettes de la personne morale ;

Qu'au regard des pièces produites, la condamnation sera toutefois limitée à la somme de 10.000.000 FCFP ;

Sur l'interdiction de gérer :

Attendu qu'aux termes de l'article L. 625-8 devenu L. 653-8 du code de commerce, le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci, à l'encontre des dirigeants qui auront notamment poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;

Attendu que la poursuite déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements a déjà été retenue comme élément de faute de gestion et qu'il convient, au regard du comportement personnel des gérantes, de confirmer l'interdiction de gérer pour une période de dix ans ;

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par arrêt contradictoire déposé au greffe ;

CONFIRME le jugement déféré en ce qu'il a prononcé une interdiction de gérer contre X et Y pour une période de dix ans ;

REFORMANT pour le surplus ;

CONDAMNE solidairement X et Y à supporter les dettes de la Sarl Le Havre de Dumbéa à hauteur de dix millions (10.000.000) FCFP ;

ORDONNE les mesures de publicité et l'exécution du présent arrêt conformément à la loi ;

CONDAMNE solidairement X et Y à payer à Me SCHMID la somme de Cent vingt mille (120.000) FCFP au titre de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie ;

LES CONDAMNE en outre solidairement aux entiers dépens d'appel avec distraction au profit de Me LOMBARDO, avocat, aux offres de droit ;

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT