

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE BORDEAUX
QUATRIÈME CHAMBRE CIVILE
ARRÊT DU : 02 DECEMBRE 2019

(Rédacteur : Monsieur Robert CHELLE, Président)

N° RG 19/02188 – N° Portalis DBVJ-V-B7D-K7KF

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 05 avril 2019 (R.G. 2017L00392) par le Tribunal de Commerce de BERGERAC suivant déclaration d'appel du 18 avril 2019

APPELANTS :

Monsieur B X né le [...] à [...], demeurant [...]

Monsieur C Y né le [...] à [...]

de nationalité Française, demeurant [...]

représentés par Maître MERLE, avocat au barreau de BORDEAUX, substituant Maître David LARRAT, avocat au barreau de PERIGUEUX

INTIMÉE :

SCP H I L-M Agissant ès qualités de mandataire liquidateur de l'Eurl Kreapixel Network, désignée à cette fonction par jugement rendu par le Tribunal de commerce de Bergerac en date du 10 avril 2015 [...]

représentée par Maître B CHASTRES de la SCP CHASTRES, avocat au barreau de BERGERAC

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 786 du Code de Procédure Civile, l'affaire a été débattue le 04 novembre 2019 en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Monsieur Robert CHELLE, Président chargé du rapport,

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Monsieur Robert CHELLE, Président,

Madame Elisabeth FABRY, Conseiller,

Monsieur Gérard PITY, Conseiller,

Greffier lors des débats : Monsieur Hervé GOUDOT

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 450 alinéa 2 du Code de Procédure Civile.

FAITS ET PROCÉDURE

La Sarl Kreapixel, ayant son siège initialement à Bergerac (Dordogne), puis dans des locaux loués à Prigonrieux (Dordogne), a été créée en 2007 par M. X et deux autres associés, avec comme activité le conseil en communication, la formation en informatique, le développement de sites internet et les activités publicitaires sur tous supports. M. Y a remplacé le 14 octobre 2009 les deux autres associés, et MM. X et Y sont devenus co-gérants. Le chiffre d'affaires a augmenté après la création d'une régie publicitaire en 2012, et les co-gérants ont décidé de créer un groupe de société dénommées Kreapixel.

C'est ainsi que la Sarl Kreapixel Capital a été créée par MM. X et Y le 25 avril 2012 pour exercer une activité de holding ; la Sarl Kreapixel a été transformée le 22 mars 2012 en Eurl Kreapixel Network par apport des parts au capital de Kreapixel Capital, devenue ainsi associée unique ; l'Eurl Kreapixel Software a été créée par la Sarl Kreapixel Capital, associée unique, le 1er mai 2012 pour la création et la commercialisation de logiciels ; la Sarl Kreapixelshop a été créée par la Sarl Kreapixel Capital et un autre associé le 6 septembre 2012 pour le négoce de vêtements de sport et de cycles.

Le 4 octobre 2013, l'URSSAF a assigné l'Eurl Kreapixel Network en ouverture d'un redressement judiciaire pour une créance de 178 145 euros, qui a été ouvert par jugement du tribunal de commerce de Bergerac le 4 avril 2014, redressement converti en liquidation judiciaire le 10 avril 2015, la SCP H-I 'L-M étant désignée en qualité de mandataire liquidateur.

Les autres sociétés ont aussi été placées en liquidation judiciaire : la Sarl Kreapixelshop le 4 avril 2014, l'Eurl Kreapixel Software le 24 octobre 2014, et la Sarl Kreapixel Capital le 11 septembre 2015.

Par acte du 13 septembre 2017, le mandataire liquidateur de l'Eurl Kreapixel Network a fait assigner M. X et M. Y devant le tribunal de commerce en responsabilité pour insuffisance d'actif, demandant leur condamnation solidaire à payer à ce titre 700 000 euros.

Par jugement du 5 avril 2019, le tribunal de commerce de Bergerac a, outre des constats surabondants, condamné MM. X et Y à payer solidairement 227 651 euros au liquidateur ès-qualité au titre de l'insuffisance d'actif de l'Eurl Kreapixel Network, 1 500 euros en application de l'article 700, ainsi que les dépens, et débouté MM. X et Y de toutes prétentions contraire ou plus amples.

Par déclaration du 18 avril 2019, MM. X et Y ont interjeté appel de cette décision, appel limité aux chefs de jugement expressément critiqués. L'appel porte sur les chefs de jugement suivants : En ce qu'il a dit que Messieurs B X et C Y ont commis des fautes de gestion ; En ce qu'il a dit qu'il existe un lien de causalité entre les fautes de gestion retenues et l'insuffisance d'actif ; En ce qu'il a condamné solidairement Messieurs B X et C Y au paiement de la somme de 227 651 euros à la SCP H I L-M es qualité de liquidateur de l'EURL KREAPIXEL NETWORK au titre de l'insuffisance d'actif de l'EURL KREAPIXEL NETWORK, En ce qu'il a condamné solidairement Messieurs B X et C Y à payer à la SCP H I L-M es qualité de liquidateur de l'EURL KREAPIXEL NETWORK la somme de 1 500€en application de l'article 700 du code deProcédure Civile, En ce qu'il a débouté B X et C Y de toutes prétentions plus amples ou contraires, En ce qu'il a condamné solidairement Messieurs B X et C Y aux entiers dépens.

Le 10 mai 2019, le président de la chambre saisie a constaté que l'affaire relevait d'une fixation à bref délai en application des articles R.661-6 du code de commerce et 905 du code de procédure civile, et fixé la date de l'audience au 4 novembre 2019 à 14 heures.

Le même jour, un avis de cette fixation a été adressé à l'avocat de l'appelant, qui a fait signifier sa déclaration d'appel et l'avis de fixation à la SCP H-I ' L-M ès-qualités le 16 mai 2019.

PRETENTIONS DES PARTIES

Par conclusions déposées en dernier lieu le 8 octobre 2019, auxquelles il convient de se reporter pour le détail des moyens et arguments, M. X et M. Y demandent à la cour de :

DECLARER Messieurs X et Y recevables en leur appel et bien fondés en leurs demandes ;

' REFORMER la décision dont appel en toutes ses dispositions ;

' CONSTATER l'absence de faute de gestion de Messieurs X et Y ;

' CONSTATER l'absence de lien de causalité ;

' CONSTATER l'absence de preuve du demandeur ;

En conséquence,

' REJETER la demande de la SCP H I L-M es qualité de liquidateur de l'EURL KREAPIXEL NETWORK tendant à voir déclarer Messieurs X et Y responsables de fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de l'EURL KREAPIXEL NETWORK ;

' DEBOUTER la SCP H I L-M es qualité de liquidateur de l'EURL KREAPIXEL NETWORK de toutes demandes plus amples et contraires ;

' CONDAMNER la SCP H I L-M es qualité de liquidateur de l'EURL KREAPIXEL NETWORK, à payer à Messieurs X et Y la somme de 3.000€ chacun, en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

' CONDAMNER la SCP H I L-M es qualité de liquidateur de l'EURL KREAPIXEL NETWORK aux entiers dépens sur le fondement de l'article 696 du Code de procédure civile et, au surplus, à tous les frais d'exécution, en ce compris le droit proportionnel dû à l'huissier de justice sur le fondement de l'article A444-32 du Code de commerce ;

Outre les diverses demandes reprises intégralement ci-dessus en italique de « constater », qui ne sont pas des prétentions au sens des articles 4, 5, 31 et 954 du code de procédure civile, mais des moyens ou arguments au soutien des véritables prétentions, les appelants font en sus valoir l'absence de faute de gestion autre que la simple négligence ; que le tribunal a retenu une faute de gestion sans posséder les contrats de crédit-bail en question ; que les gérants ont immédiatement su gérer la situation des premières difficultés et ont fait baisser les dépenses ; que la somme pour l'aménagement des locaux de 300 m² n'est pas démesurée et que la création d'un self était une nécessité ; que l'augmentation de la superficie louée n'est pas une faute de gestion ; que l'absence de paiement des loyers par les autres structures du groupe n'est pas une faute de gestion ; que l'interdiction de compte courant débiteur ne s'applique pas aux personnes morales, alors qu'il y avait une convention de trésorerie avec la société mère Kreapixel Capital, qui se justifiait par les intérêts financiers communs entre les différentes sociétés ; qu'il ne s'agit pas d'une faute de gestion ; que les frais de restauration du personnel ne sont pas des frais de réception somptuaires ; que les frais de déplacement des dirigeants sont nécessaires pour intervenir sur les salons professionnels parfois hors de France ; que leur chiffrage ne suffit pas à indiquer qu'ils sont constitutifs d'une faute de gestion ; que la rémunération des dirigeants a toujours été en adéquation avec la rentabilité et le chiffre d'affaires ; que lors de la survenue de difficultés, les dirigeants ont immédiatement réduit leur rémunération ; qu'il n'est pas mis en lumière un lien de causalité entre une faute de gestion et l'insuffisance d'actif ; que le liquidateur s'appuie sur des coupures de presse pour établir l'insuffisance d'actif ; que la simple négligence ne peut entraîner la responsabilité pour insuffisance d'actif.

Par conclusions déposées en dernier lieu le 17 septembre 2019, auxquelles il convient de se reporter pour le détail des moyens et arguments, la SCP H-I ' L-M, en sa qualité de mandataire liquidateur de l'Eurl Kreapixel Network, demande à la cour de :

— Confirmer le jugement rendu le 05 avril 2019 par le Tribunal de commerce en qu'il a :

o Constaté qu'il existait une insuffisance d'actif au titre de la liquidation judiciaire de l'EURL Kreapixel Network,

o Dit que Messieurs X et Y ont commis des fautes de gestion,

o Dit qu'il existe un lien de causalité entre les fautes de gestion retenues et l'insuffisance d'actif,

— Réformer pour le surplus et statuant à nouveau :

— condamner solidairement Messieurs X et Y au paiement de 700.000 € à la SCP

H-I ès qualités au titre de l'insuffisance d'actif de l'EURL Kreapixel Network,

— Les condamner solidairement à payer à la SCP H-I ès qualités la somme de 3.000 € à titre d'indemnité par application des dispositions de l'article 700 du CPC,

— Débouter les appelants de toutes prétentions plus amples ou contraires,

— Dire que la présente procédure sera communiquée au Ministère Public,

— Les condamner aux entiers dépens.

Le mandataire liquidateur fait notamment valoir que les dirigeants n'ont pas su maîtriser et mettre à profit l'importante hausse du chiffre d'affaires en 2012 ; qu'ils ont disposé des moyens de la société à des fins personnelles, à l'encontre des intérêts de la société ; qu'ils ont souscrit des contrats de crédit-bail sur des véhicules de luxe, entraînant des dépenses d'entretien et des taxes ; qu'ils ont fait aménager dans les locaux une cuisine équipée avec self et réalisé 133 738 euros d'installations et aménagements, hors de proportion avec les besoins de l'entreprise dont l'effectif moyen était de 15 salariés ; que la superficie louée a sensiblement augmentée et que les autres structures du groupe ne payaient pas de loyer ; que les comptes laissent apparaître un compte courant débiteur au profit de la société Kreapixel Capital, passé de 40 247 à 145 631 euros entre septembre 2012 et septembre 2013 ; que la seule existence d'une convention de trésorerie ne serait pas suffisante à la justifier ; que les voyages et déplacements des dirigeants ont sensiblement augmentés, ainsi que les frais de réception ; que les salaires des dirigeants ont sensiblement augmenté, sans autorisation de l'assemblée générale et alors que l'entreprise accusait une perte ; qu'ils ont laissé plus de 1 219 024,03 euros d'insuffisance d'actif.

Le dossier a été communiqué au Ministère Public, lequel, par avis du 13 août 2019, conclut à une aggravation du montant de la condamnation solidaire. Cet avis, versé par la voie électronique, a été simultanément notifié aux conseils des parties.

MOTIFS DE LA DECISION

Il convient de relever que, durant une seule et unique année, l'activité de la société Kreapixel Network a généré une forte augmentation du chiffre d'affaires, passé de 362 160 euros au 30 septembre 2011, mais avec un résultat de seulement 5 955 euros, à 2 345 878 euros au 30 septembre 2012 pour un résultat de 116 192 euros. Toutefois, dès le 30 septembre 2013, la société enregistrait la perte, importante, de 402 691 euros.

Messieurs X et Y, qui ne contestent pas leur qualité de dirigeants de l'Eurl Kreapixel Network, contestent avoir commis des fautes de gestion en relation avec l'insuffisance d'actif, et poursuivent le débouté du mandataire liquidateur de ses demandes.

Le mandataire liquidateur forme appel incident sur le quantum de leur condamnation, et représente sa demande à hauteur de 700 000 euros.

Aux termes des dispositions de l'article L.651-2 du code de commerce, 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 partie, par les dirigeants de droit ou de fait, ou certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion, sauf cas de simple négligence.

En cas de pluralité de dirigeants, ceux-ci peuvent être déclarés solidairement responsables par décision motivée.

Ainsi, pour être engagée, la responsabilité du dirigeant, qu'il soit de droit ou de fait, nécessite que soient établies :

Une insuffisance d'actif, dont l'existence et le montant sont appréciés au moment où statue la juridiction saisie de l'action en responsabilité ;

L'existence d'une faute caractérisée, commise à l'occasion de la gestion de l'entreprise, et témoignant d'une mauvaise gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif au jour de la liquidation judiciaire, et qui ne soit pas une simple négligence.

Un lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif. Toutefois, il suffit qu'il soit démontré que la faute a concouru à l'insuffisance d'actif, sans qu'il ne soit nécessaire qu'elle en soit la cause unique.

Il s'agit d'une action à caractère non répressif, mais exclusivement indemnitaire, ayant pour objet la réparation du préjudice subi par la collectivité des créanciers.

Sur l'insuffisance d'actif

L'insuffisance d'actif est égale au passif antérieur déclaré admis, moins l'actif réalisé ou la valorisation certaine de l'actif. La condamnation d'un dirigeant au paiement des dettes sociales suppose qu'au jour où le juge statue, l'insuffisance d'actif soit certaine, c'est-à-dire que le montant du passif est indiscutablement supérieur à l'actif, que celui-ci ait ou non été réalisé. Le montant de la condamnation ne peut excéder celui de l'insuffisance d'actif tel qu'il est constaté au jour où le juge statue. L'auteur du dommage ne peut pas réparer plus que le préjudice. La preuve de l'insuffisance d'actif incombe au liquidateur qui intente l'action.

En l'espèce, le mandataire liquidateur expose que le passif antérieur admis s'élève à 1 248 684,13 euros (sa pièce n° 12) et les réalisations d'actif à 29 600,10 euros (sa pièce n° 14), pour une insuffisance d'actif s'élevant donc à 1 219 024,03 euros. MM. X et Y n'apparaissent pas le contester de façon précise, quoiqu'ils écrivent, curieusement, que le liquidateur, « pour résumer l'insuffisance d'actif » (Sic), « s'appuie sur des coupures de presse », ce qui n'est pourtant pas le cas puisque le mandataire invoque, d'une part, un document émanant du juge commissaire pour le passif (pièce 12) et, d'autre part, la comptabilité officielle de la procédure collective pour les réalisations d'actif (pièce 14), documents qui ne sont aucunement contestés par les anciens dirigeants.

Il résulte toutefois de la pièce n° 12 que, dans ce passif antérieur, figure un poste de créances déclarées pour 56 000 euros à titre provisionnel, qui ne peut être compris dans le passif servant de base au calcul.

Le passif servant de base au calcul est donc de 1 163 024,03 euros, ce qui donne une insuffisance d'actif de 1 133 423,93 euros.

Sur la qualité de dirigeant

Il résulte des dispositions précitées que tous les dirigeants de droit ou de fait ayant contribué à la faute de gestion peuvent faire l'objet de l'action.

En l'espèce, il n'est pas contesté que MM. X et Y était bien les personnes physiques dirigeants de droit de l'Eurl Kreapixel Network au sens de l'article L. 651-2 ci-dessus, en leur qualité de co-gérants de la Sarl Kreapixel Capital, associée unique de Kreapixel Network.

Sur les fautes de gestion alléguées

La faute de gestion est une faute commise par le dirigeant dans l'administration de la société et manifestement contraire à l'intérêt social. Elle se déduit des agissements du dirigeant par comparaison au comportement d'un dirigeant normalement compétent placé dans la même situation, ou encore aux règles minimales de bonne gestion, et ne réclame pas la démonstration d'une mauvaise foi ou d'une intention de nuire. Toutefois, il ne doit pas s'agir d'une simple négligence.

En l'espèce, le mandataire liquidateur fait grief aux deux dirigeants de dépenses excessives au regard des possibilités de la société ou faites au profit d'autres structures ou à leur profit personnel :

— Souscription d'un nombre important de contrats de crédit-bail pour des véhicules de luxe

Il apparaît que 5 véhicules étaient portés au bilan le 30 septembre 2012 et que deux véhicules supplémentaires y figuraient au 30 septembre 2013, pour des sommes mensuelles importantes: D E, D TT, D R8, D S5, Volkswagen Tiguan, D Q5, F G, pour un total de loyers de 65 337 euros, outre des dépenses d'entretien de 31 304 euros et la taxe sur véhicules de société de 16 982 euros, soit plus de 110 000 euros par an. Or, comme énoncé ci-dessus, le 30 septembre 2013, la société enregistrait une perte de 402 691 euros (pièces n° 5 à 7 du mandataire).

Le mandataire liquidateur est fondé à relever que, contrairement aux déclarations des dirigeants, les contrats, tous d'une durée de 60 mois, ne sont pas successifs mais se cumulent (ses pièces n° 46 à 48), et que ses explications sont fondées sur la comptabilité de la société qui lui a été remise, alors que tous les contrats ne lui ont pas été remis.

La qualification de « véhicules de luxe » pour les automobiles ci-dessus énumérées, qui sont loin d'être de simples véhicules de société, n'est pas contestée.

Les gérants, qui tentent seulement de minimiser les faits en évoquant sans l'établir des « chevauchements de période » pour assurer que tous les véhicules n'étaient pas loués sur la même période, omettent de justifier en quoi la location d'autant de véhicules de luxe aurait été nécessaire à l'objet social de cette Eurl, et se limitent, par des affirmations non étayées ni justifiées, à prétendre qu'ils ont mis les véhicules en vente dès les premières difficultés.

Ils sont d'autant moins fondés à tenter d'utiliser le fait que le liquidateur ne dispose pas de l'intégralité des contrats, alors que ce mandataire ne peut détenir que ce que les gérants lui ont remis. Au surplus, il apparaît que MM. X et Y avaient initié en première instance un incident de communication de pièces, qui a été rejeté par le juge chargé d'instruire l'affaire, qui a constaté que les documents étaient à leur disposition au greffe (leur pièce n° 10), et ils ont acquiescé à cette décision en se désistant de leur appel (arrêt de la cour du 5 juillet 2018 ' leur pièce n° 12).

La souscription sans justification d'un nombre de contrats de crédit-bail pour des véhicules de luxe, d'un coût important pour la société, alors que l'exercice s'est soldé par une perte conséquente, dont les loyers des véhicules et autres frais annexes représentent plus du quart de cette perte de l'exercice, constitue une faute de gestion. Le caractère volontaire de cette accumulation de souscriptions, au surplus pour des véhicules d'un luxe injustifié, ne permet pas de la qualifier de simple négligence.

Les loyers et les frais annexes versés par la société pour ces véhicules ont diminué la capacité de la société en trésorerie, au détriment le cas échéant d'autres dettes, et ont ainsi augmenté le passif, ce qui a contribué à l'insuffisance d'actif.

— Augmentation excessive de la surface louée et aménagements des locaux d'un coût excessif

Par avenant du 26 juin 2012, le loyer versé par la société Kreapix Network à son bailleur, la SCI Ferry, est passé de 11 760 à 45 480 euros, et la surface louée de 98 à 379 m². Il peut être observé que la nécessité d'une augmentation aussi conséquente, expliquée selon les dirigeants par une augmentation du nombre de salariés, n'est pas justifiée.

Surtout, le mandataire liquidateur relève qu'il ressort du bilan clos au 30 septembre 2012 que les co-gérants ont fait exécuter dans les locaux des aménagements et installations d'une valeur de 133 738 euros, dont 70 333,88 euros pour la fourniture et l'installation d'une cuisine et d'un lieu de restauration de 300 m² (sa pièce n° 12).

Il ajoute que pour un effectif moyen de 15 salariés, la création d'une cuisine et d'un espace de restauration à ce prix est hors de proportion avec les besoins de l'entreprise.

Les dirigeants opposent seulement que le prix de 133 738 euros pour des travaux concernant 300 m² n'apparaît pas démesuré. Ils ajoutent, mais par simple affirmation et sans en justifier, que les effectifs de la société auraient été de 28 personnes et non 15, et font état de leur souci de garantir des conditions de travail correctes à leurs salariés dans une commune de 4 000 habitants.

Pour autant, le montant important des aménagements n'est toujours pas justifié par les anciens dirigeants, tout particulièrement pour ce qui concerne les aménagements de restauration, dont ils échouent toujours à établir la nécessité, voire la simple utilité.

Le paiement sans justification d'aménagements d'un coût important pour la société en termes de loyers et d'installations supplémentaires, tout particulièrement pour des facilités de restauration non justifiées par l'effectif de la société, qui, là encore, représentent plus du quart de la perte de l'exercice suivant, constitue une faute de gestion. Le caractère volontaire de cette décision d'aménagements ne permet pas de la réduire à une simple négligence.

Les montants versés par la société pour ces aménagements ont diminué la capacité de la société en trésorerie, au détriment le cas échéant d'autres dettes, et ont ainsi augmenté le passif, ce qui a contribué à l'insuffisance d'actif.

— La mise à disposition de locaux à des tiers sans loyer ni contrepartie

Le mandataire liquidateur relève que les bilans des Sarl Kreapixel Capital et Eurl Kreapixel Software ne font apparaître aucune dépense de loyer, alors que leurs établissements se situaient au même endroit que celui de l'Eurl Kreapixel Network, dans les locaux loués à la SCI Ferry, rue du 19 mars 1962 à Prigonrieux.

Il fait ainsi grief à MM. X et Y d'avoir mis à disposition les locaux de la société Kreapixel Network à des tiers sans aucune contrepartie.

Ces dirigeants opposent qu'aucune faute de gestion ne saurait être retenue « puisqu'il s'agissait simplement d'héberger des structure sociétales (') dont les activités sont connexes et participent au développement de la société Kreapixel Network », et « n'induisent aucune charge à Kreapixel Network ».

Pour autant, il n'est nullement démontré l'intérêt pour la société Kreapixel Network d'héberger dans ses locaux ces autres sociétés, fussent-elles du même groupe. De plus il est évidemment parfaitement inexact de soutenir que cet hébergement n'aurait induit aucune charge, puisque, comme vu ci-dessus, la société Kreapixel Network a soudainement augmenté de près de 300 m² la surface qu'elle louait, avec une multiplication par 4 de ses charges de loyer, outre les aménagements excessifs ci-dessus analysés.

Or, les sociétés hébergées ne participaient pas au paiement de ce supplément de loyer, ni n'apparaissent avoir participé au paiement des aménagements.

Les dirigeants n'ont donc pas agi dans l'intérêt social de la société Kreapixel Network, mais dans l'intérêt de sociétés tierces, dans lesquelles ils avaient eux-mêmes des intérêts personnels.

Constitue une faute de gestion le fait de louer et d'aménager des locaux pour les mettre sans contrepartie à la disposition de sociétés tierces dans lesquelles ils avaient des intérêts personnels, au détriment de la société objet de la présente procédure, et le caractère volontaire de cette mise à disposition gratuite ne permet pas de la qualifier de simple négligence.

Le paiement de loyers pour des locaux disproportionnés à ses besoins, en réalité mis en partie gratuitement à la disposition de ces sociétés tierces, a contribué à l'insuffisance d'actif, en ce que la société Kreapix Network a été privée d'une source de trésorerie, qui lui a manqué lorsqu'elle a rencontré des difficultés.

— Le compte courant débiteur ouvert au profit de la Sarl Kreapixel Capital

Il apparaît que la société Kreapixel Capital était titulaire d'un compte courant débiteur dans les livres de Kreapixel Network, passé d'un montant de 40 247 euros dans le bilan au 30 septembre 2012 à 145 631 euros au 30 septembre 2013 et à 105 909 euros pour l'exercice clos le 30 septembre 2014.

Or, la société Kreapixel Capital, qui a ainsi bénéficié des fonds de la société Kreapixel Network, a été elle aussi placée en liquidation judiciaire le 11 septembre 2015 après deux exercices déficitaires de 152 397 et 76 122 euros aux 30 septembre 2013 et 2014. Il apparaît alors que les fonds de la société Kreapixel Network ont été dilapidés dans sa société mère sans espoir de retour.

Les dirigeants ne sauraient s'abriter derrière la « convention de trésorerie » qu'ils invoquent (leur pièce n° 14), alors qu'il ne leur est pas reproché un quelconque caractère occulte de cette opération, dûment comptabilisée, mais aussi alors qu'ils étaient les seules personnes physiques dirigeantes représentant l'ensemble des quatre sociétés concernées.

Le grief consiste à leur reprocher d'avoir vidé partie de la substance de la société Kreapixel Network, qu'ils dirigeaient, au profit de la société Kreapixel Capital, qu'ils dirigeaient aussi, et ce, sans justification particulière. L'objectif vague et général « d'améliorer et optimiser les conditions dans lesquelles elles devaient assurer leurs besoins de trésorerie » ne justifiant pas

d'avoir fait perdre à la société Kreapixel Network 145 631 euros de trésorerie à la date à laquelle elle enregistrait une perte comptable de 402 691 euros pour l'exercice au 30 septembre 2013.

Il convient d'observer que, là encore, les pertes de la société Kreapixel Network organisées par MM. X et Y l'ont été au profit de la société Kreapixel Capital, dont ils étaient aussi les dirigeants.

Il s'agit d'une faute de gestion, dont le caractère volontaire exclut la qualification de simple négligence.

La faute a évidemment contribué à l'insuffisance d'actif en ce qu'elle a vidé la société Kreapixel Network d'une partie de sa substance, en l'espèce les montants de trésorerie ci-dessus.

— Les dépenses qualifiées de personnelles

Le mandataire liquidateur fait grief aux dirigeants de dépenses importantes de frais de voyage, passés de 575 euros en 2012 à 19 178 euros au 30 septembre 2013.

Les dirigeants affirment qu'il s'agit de frais pour des salons professionnels, le cas échéant internationaux, sans l'établir.

Toutefois, faute de connaître plus précisément les destinations fréquentées lors de ces voyages, la faute de gestion n'est pas établie.

Le mandataire liquidateur relève aussi des frais de réception passés de même de 35 607 à 58 468 euros. Là encore, et quoique les dirigeants se montrent incapables de justifier de cette augmentation, la faute de gestion n'est pas suffisamment caractérisée sur ce point pour être retenue à l'encontre des dirigeants.

— La rémunération des dirigeants

Le mandataire liquidateur pointe que la rémunération des dirigeants a été multipliée par quelque 4 fois entre 2011 et 2012, avant de revenir à une multiplication par quelque 2 fois en 2013, soit respectivement :

Pour M. X : 33 669 puis 129 507 puis 77 834 euros,

Pour M. Y : 30 873 puis 117 886 puis 72 232 euros.

Il relève qu'aucune assemblée générale n'a autorisé ces rémunérations, que la santé financière de l'entreprise ne justifiait pas.

Les dirigeants, qui ne contestent pas les chiffres produits, affirment en réponse que leur rémunération a toujours été en adéquation avec la rentabilité et le chiffre d'affaires de la société, et qu'ils ont immédiatement réduit leur rémunération lors de la survenu de « difficulté de marché ».

Contrairement à ce qu'énonce le tribunal, il n'appartient pas au liquidateur d'apporter la preuve négative de ce que les rémunérations n'ont pas été autorisées par une assemblée générale, mais, au contraire, aux dirigeants qui se sont attribué ces rémunérations d'en justifier, ce qu'ils ne font ni n'offrent de faire.

Le caractère excessif de la rémunération doit être apprécié au regard de la situation financière de la société concernée.

Le résultat d'exercice de la société Kreapixel Netword au 30 septembre 2012, année exceptionnelle qui ne s'est pas reproduite, est de 116 192 euros (pièce n° 5 du mandataire liquidateur, page 13). Ainsi, MM. X et Y se sont attribués en rémunération à eux deux de 247 393 euros, soit plus du double du résultat annuel de la société.

L'année suivante, pour l'exercice clos au 30 septembre 2013, alors que la société enregistrait

une perte importante de 402 691 euros (pièce n° 6 du mandataire, page 14), MM. X et Y n'ont que partiellement réduit leur rémunération, qui représentait encore plus de 37 % de la perte.

Le fait de s'attribuer des rémunérations importantes, sans autorisation de l'assemblée générale, non proportionnées aux possibilités de la société constitue une faute de gestion, dont le caractère volontaire exclut la qualification de simple négligence.

Cette faute a contribué à l'insuffisance d'actif en ce que les sommes ainsi versées à MM. X et Y ont diminué l'actif de la société qui aurait pu permettre de faire face à une partie de ses dettes, diminuant d'autant les créances déclarées.

Sur le lien de causalité entre les fautes de gestion et l'insuffisance d'actif

Il faut mais il suffit qu'il soit démontré que la faute a concouru à l'insuffisance d'actif, sans qu'il ne soit nécessaire qu'elle en soit la cause unique.

En l'espèce, cette démonstration est faite ci-dessus, à l'occasion de l'analyse de chacun des griefs retenus.

Sur le montant de la condamnation

Chacune des fautes retenues comme ayant contribué à l'insuffisance d'actif chiffrée à 1 133 423,93 euros étant légalement justifiée, il appartient à la juridiction d'apprécier le montant de la condamnation dès lors qu'il n'excède pas l'insuffisance d'actif.

Le tribunal de commerce a limité à 227 651 euros le montant de la condamnation. M. M. X et Y sollicitent le rejet de toute demande du mandataire liquidateur, et celui-ci, formant appel incident, demande à ce qu'ils soient condamnés à supporter l'insuffisance d'actif à hauteur de 700 000 euros.

Au vu des fautes de gestion établies, de leur incidence sur l'augmentation de l'insuffisance d'actif et du comportement de M. M. X et Y tel que décrit lors de l'examen ci-dessus des griefs, dont il découle qu'ils ont sciemment fait supporter à la société Kreapixel Network des dépenses indues ou injustifiées, il convient, réformant le jugement sur le quantum de sa condamnation, de porter à la somme de 650 000 euros le montant que les dirigeants devront verser à ce titre, soit la moitié de l'insuffisance d'actif.

Les actes constitutifs de fautes de gestion commis par les deux co-gérants de l'associée unique que Kreapixel Network ont été indissociablement commis par MM. X et Y, de sorte qu'il y a lieu à condamnation solidaire.

Le jugement sera donc réformé sur le seul quantum de la condamnation.

Sur les autres demandes

Parties tenues in solidum aux dépens d'appel, M. X et M. Y paieront in solidum à la SCP H-I ' L-M, en sa qualité de mandataire liquidateur de l'Eurl Kreapixel Network, la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel.

La demande relative aux frais d'exécution présentée par MM. X et Y en même temps que celle relative aux dépens dont elle est pourtant distincte, qui est en l'état purement hypothétique, rien ne laissant ici présumer une volonté de résistance de son adversaire nécessitant la mise en oeuvre d'une procédure d'exécution forcée, est au surplus superfétatoire, puisque la loi, notamment par les dispositions de l'article L. 111-8 du code des procédures civiles d'exécution, met déjà par principe les frais d'une exécution forcée nécessaire à la charge du débiteur, sous le contrôle du juge de l'exécution.

Au surplus encore, aucune condamnation n'est prononcée à leur profit dont ils devraient assurer l'exécution.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort,

Confirme le jugement rendu entre les parties par le tribunal de commerce de Bergerac le 5 avril 2019,

SAUF sur le quantum de la condamnation de MM. X et Y au titre de leur responsabilité pour insuffisance d'actif,

Et, statuant à nouveau sur ce quantum,

Condamne solidairement M. X et M. Y à payer à la SCP H-I ' L-M, en sa qualité de mandataire liquidateur de la société Kreapixel Network, la somme de 650 000 euros au titre de leur responsabilité dans l'insuffisance d'actif de cette société,

Condamne in solidum M. X et M. Y à payer à la SCP H-I ' L-M, en sa qualité de mandataire liquidateur de l'Eurl Kreapixel Network, la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel,

Condamne in solidum M. X et M. Y aux dépens d'appel,

Dit n'y avoir lieu à statuer ici sur des frais d'une exécution forcée hypothétique.

Le présent arrêt a été signé par M. Chelle, président, et par M. Goudot, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.