

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE LYON
3ème chambre A
ARRÊT DU 13 Septembre 2018

N° RG 18/01146

Décision du Tribunal de Commerce de LYON du 08 février 2018
RG 2016f4145

Société SPTT SOCIÉTÉ PHOCÉENNE DE TRANSPORT

APPELANT

M. Simon Z
né le à Clomb Bechar (ALGÉRIE)
Villeurbanne

Représenté par Me Luc CHAUPLANNAZ de la SELARL CABINET CHAUPLANNAZ
AVOCATS ET ASSOCIÉS, avocat au barreau de LYON substitué par Me Mathieu
DORIMINI, avocat au barreau de LYON

INTIMÉS

M. Bernard Y, mandataire judiciaire, ès qualités de liquidateur judiciaire de la
société MONCEY TEXTILES
LYON

Représenté par Me Romain LAFFLY de la SELARL LAFFLY & ASSOCIÉS - LEXAVOUE
LYON, avocat au barreau de LYON et ayant pour avocat plaidant, Me Gilles DUMONT-
LATOUR, avocat au barreau de LYON

Société SPTT SOCIÉTÉ PHOCÉENNE DE TRANSPORT Ès qualités de " contrôleur de la
liquidation judiciaire " de la " SOCIÉTÉ MONCEY TEXTILES "
Marseille

Défaillante

En présence du ministère public en la personne de Monsieur Jean-Louis ..., substitut général,

* * * * *

Date de clôture de l'instruction : 31 Mai 2018

Date des plaidoiries tenues en audience publique : 07 Juin 2018

Date de mise à disposition : 13 Septembre 2018

Audience tenue par Hélène U, président, et Pierre ..., conseiller, qui ont siégé en rapporteurs sans opposition des avocats d  m  nt avisés et ont rendu compte à la Cour dans leur délibéré, assistés pendant les débats de Jessica ..., greffier

A l'audience, Hélène U a fait le rapport, conformément à l'article 785 du code de procédure civile.

Composition de la Cour lors du délibéré :

- Anne-Marie ESPARB  S, président

- Hélène HOMS, conseiller

- Pierre BARDOUX, conseiller

Arrêt réputé contradictoire rendu par mise à disposition au greffe de la cour d'appel, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile,

Signé par Anne-Marie ESPARB  S, président, et par Jessica LICTEVOUT, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

* * * *

EXPOSÉ DU LITIGE

La société Moncey textiles, dont M. Simon Z était le gérant et qui avait pour activité la confection de vêtements pour homme de marque Rivaldi, a été admise, par ordonnance du 10 juin 2015 au bénéfice d'une procédure de conciliation puis, par jugement du 4 août 2015, elle a été placée en redressement judiciaire.

Par jugement du 8 octobre 2015, le tribunal de commerce de Lyon a homologué un plan de cession partielle au profit de la société Claminvest et a prononcé la liquidation judiciaire de la société Moncey textiles en nommant Me Y en qualité de liquidateur.

Sur requête de ce dernier, le juge-commissaire a désigné, par ordonnance du 27 novembre 2015, le cabinet CMexpertise aux fins de procéder à l'examen comptable des trois derniers exercices et de l'exercice en cours de la société Moncey textiles.

La mission a été exécutée par M. ... qui a déposé son rapport définitif le 27 septembre 2016.

Par acte du 26 octobre 2016, Me Y   s qualités de liquidateur de la société Moncey textiles a fait assigner M. Z devant le tribunal de commerce de Lyon en paiement de tout ou partie de l'insuffisance d'actif telle qu'elle ressortira des opérations de liquidation judiciaire et s'élevant au jour de l'assignation à 10 449 752 euros.

Le juge-commissaire a émis un avis favorable à l'action.

Par jugement du 8 février 2018, le tribunal de commerce de Lyon a notamment jugé que M. Z

était à l'origine de l'insuffisance d'actif de la société Moncey textiles et l'a condamné à contribuer à hauteur de 2 783 570 euros, à verser à Me Y ès qualités une indemnité de 15 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter les dépens.

Par déclaration reçue au greffe le 15 février 2018, M. Z a interjeté appel de cette décision.

Par conclusions déposées le 12 avril 2018, M. Z demande à la cour de :

' réformer le jugement dont appel et statuant à nouveau,

à titre principal,

' constater l'absence de fautes de gestion de sa part ayant pu contribuer à créer une insuffisance d'actif,

' constater l'absence de lien de causalité entre les griefs allégués et la contribution à l'insuffisance d'actif,

' constater l'existence de négligences de sa part dans la gestion administrative de la société Moncey textiles, en conséquence,

' juger que l'action est non fondée,

' débouter Me Y ès qualités de mandataire judiciaire de la société Moncey textiles de l'intégralité de ses demandes,

' condamner Me Y ès qualités de mandataire judiciaire de la société Moncey textiles à lui payer 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens d'instance et d'appel,

à titre subsidiaire,

' constater l'implication des banques dans la création de l'état de cessation des paiements,

' constater que les concours bancaires dénoncés contribuent pour moitié à l'insuffisance d'actif créée,

' constater le manque de gravité et de lien entre les irrégularités constatées et l'insuffisance d'actif,

' constater l'absence de confusion de patrimoine entre la société Moncey textiles et la société SRDJ 1,

' constater l'importance de ses engagements de caution à concurrence de 2 506 571 euros et des actions en paiement à son encontre, en conséquence,

' juger qu'il n'y pas lieu de le condamner au paiement de l'insuffisance d'actif, en tout ou partie, de la liquidation judiciaire de la société Moncey textiles,

' débouter Me Y ès qualités de l'intégralité de ses demandes,

' condamner le même à lui payer 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens de l'instance et d'appel,

à titre infiniment subsidiaire,

' constater l'état de cessation des paiements au 1er juin 2015,

' constater les difficultés économiques et financières objectives de la société Moncey textiles,

' constater l'absence de déclaration tardive de l'état de cessation des paiements,

' constater l'importance de ses engagements de caution à concurrence de 2 506 571 euros et des actions en paiement à son encontre, en conséquence,

' juger qu'il sera condamné au paiement des seules sommes que la cour estimera indûment versées dont elle fixera le montant,

' débouter Me Y ès qualités de ses autres demandes notamment au titre de l'article 700 du code de procédure civile et des dépens.

Par conclusions déposées le 9 mai 2018, Me Y ès qualités de liquidateur de la société Moncey textiles demande à la cour de :

' confirmer le jugement dont appel dans toutes ses dispositions, ajoutant,

' retenir à l'encontre de M. Z l'ensemble des fautes de gestion ressortant de ses conclusions et du rapport de CM expertise, en conséquence,

' juger que M. Z sera condamné à payer l'intégralité de l'insuffisance d'actif de la société Moncey textiles telle qu'elle ressortira des opérations de liquidation fixée aujourd'hui à la somme de 10 449,752 euros,

' condamner M. Z à lui payer la somme de 25 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

' le condamner aux dépens, ceux d'appel distraits au profit de Me ... avocat.

Le dossier a été communiqué au ministère public qui n'a pas présenté d'observations.

M. Z a fait signifier la déclaration d'appel et ses conclusions à la Société phocéenne de transport, (SPTT) contrôleur à la liquidation judiciaire de la société Moncey textiles et intimée non constituée, respectivement par actes des 21 mars et 30 avril 2018 remis, tous deux, à son président directeur général.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 31 mai 2018.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Selon 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 en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion.

Toutefois en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée (...).

Il ressort de ce texte que la condamnation en contribution à l'insuffisance d'actif, nécessite que soient établies la commission d'une ou de plusieurs fautes de gestion, autres que de simples négligences, du dirigeant de la personne morale antérieures au jugement d'ouverture, l'existence d'un préjudice constitué par une insuffisance d'actif et la preuve de la contribution de faute(s) de gestion à l'insuffisance d'actif.

Par ailleurs, même si toutes les conditions de fond sont réunies, la condamnation à l'insuffisance d'actif est facultative pour le tribunal et elle peut être totale et partielle selon les éléments de la cause dont la gravité de la faute et le degré de contribution de la faute au préjudice.

Sur l'insuffisance d'actif

Me Y ès qualités sollicite la condamnation de M. Z au paiement de la somme de 10 449 752 euros.

L'insuffisance d'actif s'établit à la différence entre le montant du passif admis et le montant de l'actif tel qu'il résulte des réalisations effectuées.

Les créances postérieures à la liquidation judiciaire ne peuvent être prises en compte dans la détermination du passif servant à déterminer l'insuffisance d'actif à la contribution duquel le débiteur peut être condamné en totalité ou en partie.

Le passif admis d'un montant de 11 182 968,50 euros, selon les parties, contient, selon l'état des créances, une somme de 201 546,73 euros au titre des créances super privilégiées et privilégiées des salariés ; ces créances nées du licenciement de salariés suite à l'ouverture de la liquidation judiciaire doivent être déduites pour déterminer l'insuffisance d'actif auquel M. Z peut être condamné à contribuer ce qui réduit le passif à 10 981 421,77 euros.

L'actif réalisé au 20 octobre 2016 s'établit à 733 216,53 euros.

L'insuffisance d'actif à ce jour ressort donc à 10 248 205,24 euros. Me Y ès qualités ne précise pas si des actions en recouvrement de créances sont envisagées ou envisageables.

Sur les fautes de gestion reprochées à M. Z

Le tribunal de commerce a retenu comme constituant des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif les faits suivants :

' dépréciation des stocks sur les exercices 2012 à 2015 calculée sur des bases comptables non définies,

' avances faites à différentes sociétés du groupe sans justificatifs et sans contrepartie d'un montant de 1 643 438 euros,

' avoirs consentis à différentes sociétés sans justificatifs d'un montant total de 766 000 euros,

' règlements effectués pour le compte de la société SRDJ sans justifications en raison d'une confusion de patrimoine entre les deux sociétés pour un montant de 150 000 euros,

' primes de fin d'exercice versées aux associés et prélevées durant l'exercice 2015 à hauteur de 224 132 euros et non régularisées.

M. Z conteste que ces faits soient constitutifs de fautes de gestion et reproche aux premiers juges de ne pas avoir fait une juste appréciation des faits.

De son côté, Me Y ès qualités soutient d'autres fautes de gestion que le tribunal de commerce a estimé ne pas devoir examiner eu égard à la condamnation qu'il prononçait, fautes que M. Z conteste également.

1- les fautes de gestion retenues par le tribunal de commerce :

- la dépréciation des stocks sur les exercices 2012 à 2015 calculée sur des bases comptables non définies

Me Y ès qualités fait valoir que M. ... a conclu à une non-dépréciation des stocks sur les exercices 2012 à 2015 aboutissant à une valorisation de la marge brute trop élevée et à une incohérence du stock inventorié par Me ... commissaire-priseur lors de l'ouverture du redressement judiciaire.

M. Z prétend que la valorisation du stock est juste et que les dépréciations ont été effectuées non par des provisions mais par une perte de marge brute, ce qui revient au même en termes de sincérité des comptes et exclut toute faute de sa part.

Au soutien de ses allégations il produit un rapport de son expert comptable, M. ... qui selon Me Y ès qualités ne peut être prise en compte au motif qu'il n'est pas contradictoire étant postérieur au rapport définitif de M. ... qui a pris en compte les observations de M. ... communiquées par le conseil de M. Z.

Ce rapport, reprend les explications données à M. ... en les complétant et les explicitant, pour permettre à M. Z d'assurer sa défense ; il est versé au débat et soumis à la contradiction de Me Y ès qualités ; il ne peut être écarté.

Dans les conclusions de son rapport, M. ... expose qu'il a estimé que le montant des stocks des exercices 2012 à 2015 n'est pas cohérent avec le volume d'activité de la société ce qui pourrait laisser penser à une valorisation en valeur brute trop élevée ; qu'il a constaté que, hormis en février 2015, aucune dépréciation n'avait été comptabilisée et que les sondages effectués lui permettaient de conclure à une surévaluation des stocks significative ; qu'enfin, le stock inventorié par Me ... lors de l'ouverture du redressement judiciaire ne semble pas en phase avec l'activité des derniers mois et présente un montant anormalement faible par rapport aux valeurs précédemment comptabilisées ;

que les explications complémentaires du 25 juillet 2015 (données par M. ...) ne l'avait pas amené à modifier ses conclusions.

Compte tenu des explications de M. ..., sur la dépréciation du stock par une perte de marge et sur la cohérence du stock valorisé par le commissaire priseur après correction pour des frais et du prix de vente des marchandises entre le 20 juin et le 20 août 2015 soit en période liquidative, la preuve d'une faute de gestion n'est pas rapportée.

· les avances faites aux SCI Hillel Ethan, Foncière champs de l'Orme, Teboul invest et Amo 250

Le tribunal de commerce a retenu que la société Moncey textiles a consenti une avance de 159 000 euros à la SCI Hillel Ethan ayant les mêmes associés à savoir Simon Z, son frère David Z et ses fils et neveu Jérémy et Rudy Z mais dans laquelle elle ne détient aucune participation et qui lui loue un dépôt.

Me Y ès qualités n'argumente pas sur cette avance ; M. ..., qui ne reprend pas ce fait dans les conclusions de son rapport indique que cette avance semble ne pas avoir été remboursée ; Me Y ès qualités a tenté de la recouvrer devant le juge des référés qui, par ordonnance du 22 mai 2017, a rejeté la demande au motif que le rapport de M. ... était nuancé et que la SCI Hillel Ethan avait produit un extrait de son grand livre faisant apparaître au 31 décembre 2015 un solde du compte Moncey nul ainsi que ses comptes annuels arrêtés à la même date ; M. Z produit une assignation à comparaître devant le tribunal de grande instance de Lyon en date du 9 octobre 2017 délivrée par Me Y ès qualités à la SCI Hillel Ethan en recouvrement de cette créance.

M. Z ne conteste pas cette avance, dont il dit qu'elle a peut-être été faite en réalité à la SCI Foncière champs de l'Orme, mais il soutient qu'en tout état de cause, elle a été remboursée depuis des années et qu'il n'a pas commis de faute.

Si la question du remboursement est litigieuse et portée devant la juridiction compétente ce qui permettra à la SCI Hillel Ethan de faire valoir sa défense, l'avance faite à cette société, ou à la SCI Foncière champs de l'Orme, est reconnue par M. Z.

Or, le fait pour une société de consentir à une autre société une avance sans justification et sans contrepartie constitue une faute de gestion.

Il est acquis aux débats que la société Moncey textiles a consenti des avances à d'autres SCI dans lesquelles elle détient une participation minoritaire :

- 10 % dans la société Teboul invest, le reste du capital étant détenu par les mêmes associés que ceux de la société Moncey textiles,

- 0,05 % dans la SCI Amo 250, la société Teboul invest détenant 10 % des parts et les mêmes associés que ceux de la société Moncey textiles le reste,

- 10 % dans le capital de la SCI Foncière champs de l'Orme, le reste étant détenu par les mêmes associés que ceux de la société Moncey textiles.

Le tribunal de commerce a retenu que le montant des avances s'élevait à 1 643 438 euros

comme allégué par Me Y ès qualités ; M. Z soutient tout d'abord que cette somme est fausse, le montant des avances s'élevant à 670 346 euros.

Le rapport de M. ... sur lequel s'appuie Me Y ès qualités mentionne des avances à la société Teboul invest d'un solde en février 2015 de 252 000 euros et à la SCI Amo 250, à la même date, de 367 516 euros ; contrairement au calcul de Me Y ès qualités et retenu par les premiers juges, ce solde ne s'ajoute pas à ceux mentionnés pour les années précédentes comme le démontrent les comptes sociaux.

Ce rapport mentionne également une avance à la SCI Foncière champs de l'Orme d'un montant de 158 950 euros ainsi que le versement d'un dépôt de garantie de 60 000 euros et le solde débiteur d'un compte fournisseur de 15 811 euros soit un total de 234 761 euros.

M. ... analyse ces dernières sommes comme des avances dans la mesure d'une part, où le bail ne prévoit pas le versement d'un dépôt de garantie, que celui représente neuf mois de loyer et qu'il n'est pas rémunéré contrairement à ce que prévoit l'article L. 145-40 du code de commerce et d'autre part, que le compte fournisseur correspond à des avances supplémentaires assurant une partie de la trésorerie de la SCI. En l'état de ces éléments, ces sommes doivent être considérées comme des avances.

En conséquence, le montant total des avances ressort à 854 277 euros.

M. Z conteste ensuite que ces avances constituent des fautes de gestion au motif que la société Moncey textiles associé des SCI et locataire des locaux leur appartenant pouvait, en cas de vente, bénéficier de la valorisation des biens immobiliers, devait être remboursée de ses avances et percevoir un bonus de liquidation à hauteur de sa part dans le capital. Il ajoute que c'est en considération de la faculté contributive de chaque associé, et non de sa participation au capital, que les avances ont été faites par la société Moncey textiles à une époque où elle en avait la capacité financière.

Les avances consenties ont servi à financer les acquisitions des SCI et des aménagements. Les explications de M. Z confirment que leur seul motif était de procurer aux SCI, détenues très majoritairement par les membres de la famille Teboul associés de la société Moncey textiles, des financements à titre gratuit et qu'elles n'avaient aucune contrepartie, le retour sur investissement invoqué étant une hypothèse lointaine (les biens ayant été acquis après 2010 et servant à l'exploitation de l'activité de la société Moncey textiles) et restant très limité (compte tenu des participations au capital notamment dans la SCI Amo 250). De plus, les autres associés n'ont pas contribué au financement des acquisitions et à leur aménagement et le capital de la société Foncière champs de l'Orme de 1 000 000 euros n'a pas été libéré.

Ces opérations anormales, quelle que soit la capacité financière de la société dont l'objet n'est pas de financer les acquisitions immobilières d'autres sociétés, à la place des associés majoritaires, commises au préjudice de la société Moncey textiles qui a été privée de ces fonds, constituent des fautes de gestion.

· les avoirs aux sociétés Rivaldi

Il est reproché à M. Z d'avoir consenti des avoirs aux sociétés Rivaldi, sociétés clientes dont les dirigeants et associés sont les mêmes, en totalité ou partiellement, que ceux de la société Moncey textiles, et dont le montant arrêté à 35 % du chiffre d'affaires est estimé

comme injustifié par M. ... ainsi que des avoirs émis en août 2015 pour des montants soldant la dette des sociétés envers la société Moncey textiles et paraissant, selon M. ... constituer une opération anormale au détriment de la société Moncey textiles.

Le montant total de ces avoirs versés à la fin des exercices 2013, 2014 et 2015 s'élève à 766 000 euros et celui des avoirs versés en août 2015 s'élève à 57 533 euros.

M. Z prétend que ces avoirs sont justifiés par le prix élevé des tarifs appliqués aux sociétés Rivaldi par rapport aux autres clients.

Toutefois, aucune pièce justifiant le taux de calcul des avoirs n'a été fourni par M. Z qui n'a transmis à M. ... qu'un échantillon de 10 de référence ne concernant que les mois d'octobre et novembre 2014, avril, mai et juin 2015 et essentiellement un seul client.

Si comme le dit, M. Z la méthode du sondage est valable, ce qui n'est pas contesté, elle ne peut être probante si le sondage concerne 10 références sur des milliers de référence vendues, ne concerne que cinq mois sur trois années et essentiellement un client achetant des quantités très largement supérieures à celles achetées par les sociétés Rivaldi ce qui justifie des prix inférieurs.

Quant aux références communiquées par M. ... à M. ..., elles ne prennent pas en compte les quantités vendues aux différents clients qui sont un élément déterminant du tarif accordé.

En tout état de cause, aucune convention n'avait été conclue entre la société Moncey textiles et les sociétés Rivaldi, avec lesquelles elle n'a aucun lien capitalistique, prévoyant les tarifs, les avoirs et leur mode de calcul.

S'agissant des avoirs consentis en août 2015 et ayant eu pour effet de solder les comptes client et annuler les sommes dues à la société Moncey textiles, M. ... a expliqué pour le compte de M. Z, que ces avoirs appliqués sur les ventes réalisées entre janvier et août 2015 sont inférieurs au taux de 35 % habituellement pratiqué car ce taux aurait conduit la société Moncey textiles à rembourser les sociétés Rivaldi.

Pour autant il n'est pas justifié que des avoirs soient consentis avant la fin de l'exercice, au moment de la déclaration de cessation des paiements de la société Moncey textiles, sans qu'une convention l'y oblige, annulant ainsi des créances à son détriment.

M. ... a expliqué également que les sociétés Rivaldi ne pouvaient être traitées comme n'importe quel client car leur magasin avaient principalement pour rôle de servir de vitrine à la marque Rivaldi sans contrepartie alors que le budget d'une campagne publicitaire sur panneaux de 3m/4m avoisine les 60 000 euros par an ; que de plus ces sociétés ont toujours été déficitaires et aucune rémunération n'a été versée à leur responsable à savoir M. Z et les autres associés de la société Moncey textiles.

Ces explications ne justifient pas le versement des sommes par la société Moncey textiles, sans convention, à des sociétés dans lesquelles elle n'est pas associée, sans qu'un mode de calcul objectif puisse être justifié, et qui ont eu pour effet de subvenir aux besoins de ces sociétés déficitaires ; en agissant ainsi M. Z a commis une faute de gestion.

· la confusion de patrimoine entre la société Moncey textiles et la société SDRJ 1 :

Me Y ès qualités fait grief à M. Z d'avoir confondu les comptabilités de ces deux sociétés.

M. ... expose dans son rapport que les comptes clients de ces deux sociétés enregistraient des opérations financières qui n'avaient pas à transiter par ces comptes et qu'il a estimé que les services comptables semblaient avoir du mal à dissocier les flux entre ces deux sociétés et ce, sur des montants significatifs. Il ajoute que les comptes ne sont pas pointés et justifiés ce qui peut porter atteinte à la sincérité des comptes présentés.

M. Z fait valoir que tribunal de commerce a retenu les conclusions de M. ... qui sont pourtant hypothétiques et il conteste l'existence d'une confusion de patrimoines en soulignant que Me Y ès qualités qui a assigné les SCI Foncière champs de l'Orme, Teboul invest et Amo 250 en extension de la procédure collective, (action déclarée irrecevable par arrêt de cette cour en date du 6 juillet 2017) n'a pourtant pas assigné la société SRDJ 1.

Il résulte des décisions précitées et produites par M. Z que Me Y ès qualités a assigné la société SRDJ 1 en extension de la procédure collective, l'instance ayant été jointe à celle concernant les autres SCI citées ; l'action a été rejetée par le tribunal de commerce et déclarée irrecevable par l'arrêt du 6 juillet 2017 en raison de l'adoption d'un plan de cession partiel intervenue avant la demande d'extension ; un pourvoi en cassation a été introduit par Me Y ès qualités.

Dans le cadre de la présente action en contribution à l'insuffisance d'actif, la question de la confusion des patrimoines n'a pas à être examinée pour apprécier si M. Z a commis, ou non, une faute de gestion.

M. Z explique que les flux estimés anormaux par M. ... entre les deux sociétés correspondaient à des avances de trésorerie, prenant la forme de règlements aux fournisseurs effectués par la société SRDJ 1 au profit de la société Moncey textiles qui rencontrait des difficultés de trésorerie ce qui explique le solde créditeur de la société SRDJ 1 au 28 février 2015 à hauteur de 864 458,35 euros contre 100 376 euros au 28 février 2014.

L'examen par M. ... des comptes clients et fournisseurs des sociétés Moncey textiles et SRDJ 1 démontre des règlements par la société Moncey textiles de factures pour le compte de la société SDRJ 1, de nombreuses écritures hors factures d'achat et de vente, le règlement de dépenses, dès début 2014, effectué alternativement par l'une des sociétés pour le compte de l'autre ; de plus les justificatifs n'ont pas été transmis pour toutes les écritures.

Il résulte de ces éléments que les flux entre ces deux sociétés, même expliqués par M. Z, sont anormaux et ont abouti à augmenter le passif de la société Moncey textiles à hauteur de 864 458,35 euros au 28 février 2015 au motif, selon M. Z, d'un besoin de trésorerie suite à la dénonciation de concours bancaires, mais durant le même exercice, la société Moncey textiles a consenti à la SCI Amo 250 une avance supplémentaire de 128 596 euros et aux sociétés Rivaldi des avoirs de 326 000 euros à la fin de l'exercice et de 57 533 euros en août 2015.

En agissant ainsi M. Z a commis une faute de gestion.

· le versement de primes aux associés

Me Y ès qualités fait grief à M. Z d'avoir versé des primes exceptionnelles très importantes et sans justificatifs correspondant aux soldes débiteurs des comptes courants d'associés.

Selon le rapport de M. ..., ces primes se sont élevées à près de 796 000 euros pour les exercices clos en février 2013, 2014 et 2015.

M. Z explique que ces primes étaient versées à la fin de l'exercice pour compléter les faibles rémunérations versées en cours d'exercice pour ne pas pénaliser la trésorerie de la société Moncey textiles ; que les primes versées ayant occasionné une imposition importante sur le revenu des associés, pour ne pas pénaliser ces derniers, il a décidé de faire prendre en charge les impôts par la société Moncey textiles dans l'attente de la régularisation des primes votées chaque année en fin d'exercice ; que certaines dépenses des associés étaient traitées de la même manière ; que si d'un point de vue formel, ce procédé n'est pas régulier car il crée artificiellement des comptes courants d'associé débiteurs et le paiement des charges personnelles des associés est interdit sur le principe (des acomptes sur primes mentionnées sur les bulletins de salaires étant préférables), sur le fond, ces sommes ne sont pas indues car elles correspondent à la contrepartie du travail des associés comme salariés et gérant et à leur contribution au développement du chiffre d'affaires et des résultats de la société.

Il résulte du rapport de M. ... que les contrats de travail des associés ne prévoient pas le versement de primes variables et que celles qui ont été versées sont décorréliées des résultats individuels de chaque associé ou de ceux de la société Moncey textiles, leur montant étant fonction du solde débiteur des comptes courants sur lequel M. Z et les associés effectuaient des prélèvements tout au long de l'exercice.

Ces prélèvements effectués sans contrôle et transformés, toujours sans contrôle, en primes non contractuelles pour couvrir des dépenses et des charges personnelles (impôts sur le revenu) ne constituent pas un procédé irrégulier en la forme mais une faute de gestion caractérisée de la part de M. Z qui ne peut justifier d'une adéquation entre les prélèvements et la contribution de chaque associé salarié aux résultats de la société Moncey textiles et de d'autant moins que le dernier exercice clos le 28 février 2015 s'est soldé par un déficit de 6 272 000 euros alors que les comptes courant étaient débiteurs, pour l'exercice suivant (au cours duquel le redressement judiciaire a été ouvert) des sommes suivantes :

- compte de M. Simon Z, gérant salarié : 92 085 euros au 18 août 2015,
- compte de M. David Z, responsable de l'entrepôt d'Aubervilliers, emploi à temps partiel cumulé avec une pension de retraite : 61 130 euros,
- compte de M. Jérémy Z, commercial, : 55 012 euros,
- compte de M. Rudy Z, directeur de création : 68 405 euros.

Le fait que M. ... ait pris acte de ce que le compte d'associé de M. Z, gérant puisse passer à 51 034 euros compte du montant des rémunérations perçues très inférieures à celles qui avaient été fixées par l'assemblée générale du 30 septembre 2014, est sans incidence sur la réalité de la faute de gestion qu'il a commise.

2- les fautes de gestion invoquées par Me Y ès qualités non examinées par le tribunal de commerce :

- la déclaration tardive de l'état de cessation de paiement pour continuer à profiter des largesses de la société Moncey textiles

Ainsi que le soutient M. Z, l'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal, susceptible de constituer une faute de gestion s'apprécie au regard de la seule date de la cessation des paiements fixée par le jugement d'ouverture ou dans un jugement de report.

Les parties ne produisent pas le jugement d'ouverture mais Me Y ès qualités ne conteste pas que la date de cessation des paiements a été fixée, par le jugement d'ouverture du 4 août 2015, au 1er juin 2015 et qu'elle n'a pas fait l'objet d'un report. Il ressort du rapport de fin de mission du conciliateur que la déclaration de cessation des paiements a été déposée après le 22 juillet 2015 ; elle a donc été déposée plus de 45 jours après la date de cessation des paiements.

M. Z a donc commis la faute de gestion alléguée par Me Y ès qualités.

- la location par la SCI Hillel Ethan à une personne physique d'un local d'habitation figurant dans le bail consenti à la société Moncey textiles

Selon le rapport de M. ..., la SCI Hillel Ethan loue à la société Moncey textiles un bâtiment à usage d'usine et un local contigu à usage de bureau et d'habitation situés à Lyon.

M. Z a communiqué un bail consenti par la SCI Hillel Ethan à une personne physique et concernant le logement compris dans le bail consenti par la même SCI à la société Moncey textiles.

M. ... en conclut que la SCI Hillel Ethan loue deux fois le même bien et que le loyer du logement soit 450 euros par mois, devrait revenir à la société Moncey textiles.

M. Z explique que la société Moncey textiles n'a jamais utilisé l'appartement qui a été occupé, par la suite, par un de ses salariés, raison pour laquelle un bail a été signé avec la SCI Hillel Ethan. Il ajoute que si le bail n'a pas été modifié, telle était l'intention des parties et que le loyer de 450 euros perçu par la bailleuse pour le logement est à mettre en perspective avec l'absence d'application de l'indexation du loyer qui est resté à 96 000 euros depuis la signature du bail le 5 mars 2007.

Ces faits relèvent d'une négligence des parties mais non d'une faute de gestion caractérisée de M. Z, l'incidence financière de cette négligence n'étant pas établie eu égard à l'absence d'application de l'indexation du loyer prévue par le bail, ce qui a été vérifiée par M.

- la relocation par la SCI Hillel Ethan d'un local à la société Décorient sans autorisation

Selon le rapport de M. ..., la société Moncey textiles verse à la SCI Hillel Ethan un loyer annuel de 18 000 euros pour un local à Lyon alors qu'elle n'a pas d'établissement à cette adresse et qu'aucun bail n'a été produit.

M. Z fait valoir que la société Moncey textiles loue verbalement ce local à la société Décorient depuis octobre 2011 et qu'il est donc normal qu'elle rétrocède le loyer à la SCI Hillel Ethan.

Il verse le grand livre auxiliaire mentionnant les versements de la société Decorient à hauteur de 1 500 euros. Ce justificatif était joint à la note de M. ... transmise à M. ... qui ne retient pas de préjudice pour la société Moncey textiles, l'incidence de 14 000 euros qu'il mentionne ne concernant, contrairement aux conclusions de Me Y ès qualités, que le loyer du logement situé rue Alexis Perroncet (450 euros par mois de janvier 2013 à août 2015).

L'absence de production d'un bail entre les sociétés Moncey textiles et Hillel ..., seul grief retenu par M. ..., ne constitue pas une faute de gestion.

- la convention de licence de la marque Biaggio accordée en 2013 à effet rétroactif au 11 septembre 2009 à la société SRDJ 1 à titre gratuit et sans contrepartie

M. Z réplique que la gratuité de la licence était justifiée, outre par les capacités financières limitées de la société SRDJ 1, par l'absence de rabais sur la marge de cette société qui achetait son stock de textiles auprès de la société Moncey textiles avec une marge à taux usuel et ne bénéficiait pas, contrairement aux autres clients, d'une réduction commerciale en raison des liens de groupe, les deux sociétés ayant les mêmes associés.

Il soutient que la gratuité de l'exploitation de la licence avait donc, pour la société Moncey textiles, un intérêt indirect car elle permettait à la société SRDJ 1 de développer son chiffre d'affaires et in fine de développer son propre chiffre d'affaires.

Il ajoute que de plus, l'absence de contrepartie se justifiait au regard du potentiel limité de la marque nouvellement créée qui a été évaluée entre 3 et 5 Keuros par le technicien désigné par le juge-commissaire du redressement judiciaire de la société SRDJ 1 ouvert le 17 juin 2017.

Les éléments mis en avant par M. Z ne justifient pas que la société Moncey textiles ait été privée d'un actif qui a été évalué à la somme indiquée, selon le rapport produit, en raison de l'évolution très défavorable de l'activité de la société et de son absence de rentabilité.

Il ressort des pièces produites par Me Y ès qualités qu'une convention d'exploitation a été signée à la fin de la période d'observation qui expirait le 10 avril 2018 prévoyant une redevance de 3 000 euros HT pour 15 jours, que suite au renouvellement de la période d'observation, le conseil de la société SRDJ 1 a sollicité la prorogation de la convention en indiquant que la cession de l'entreprise ne se ferait que sous la condition suspensive de la cession des marques au profit de l'acquéreur, que Me Y ès qualités a répondu qu'une prorogation n'interviendrait qu'aux mêmes conditions et que seule une offre d'acquisition à un prix proche de 75 000 euros, auquel M. Z avait évalué la marque par courrier du 14 décembre 2017, pourrait être traitée dans l'Intérêt des créanciers.

La privation de cet actif ou de la contrepartie de son exploitation, pendant plusieurs années, constitue une faute de gestion de M. Z.

- la location de véhicules de luxe

Me Y ès qualités reproche à M. Z la location de véhicules de luxe pour tous les associés de la société Moncey textiles ; il fait valoir que ces véhicules n'étaient pas nécessaires pour l'image de marque de la société Moncey textiles et que celle-ci ne pouvait assumer le coût des locations ; M. Z prétend le contraire.

Il ressort du rapport de fin de mission du conciliateur que les contrats de crédit bail ont été souscrits le 20 avril 2014, le 11 avril 2012, le 5 avril 2013 et le 4 avril 2014 et représentaient une charge mensuelle de 4 034,09 euros.

Il résulte également de ce rapport et du bilan économique et social établi le 23 septembre 2015 que le résultat d'exploitation de la société Moncey textiles était bénéficiaire jusqu'à l'exercice clos le 28 février 2015 malgré la baisse du chiffre d'affaires en 2012 (18 443 Keuros) et 2013 (19 051 Keuros) et son augmentation en 2014 (20 526 Keuros) sans rattraper restant celui de 2011 (21 244 Keuros).

La société Moncey textiles pouvait donc assumer la charge financière de véhicules qui étaient utilisés par les associés de la société Moncey textiles dans le cadre de leurs fonctions de gérant ou de salariés, l'allégation de M. Z relative à la défense de l'image de marque de la société Moncey textiles n'étant pas démentie par les seules affirmations de Me Y ès qualités, lequel ne démontre pas que la location de ces véhicules, constitue une faute de gestion.

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

Ce lien de causalité n'est pas démontré par Me Y ès qualités en ce qui concerne la déclaration tardive de l'état de cessation des paiements qui a été faite après le 15 juillet 2015, date d'expiration du délai légal mais avant le 4 août 2015, date du jugement d'ouverture.

Il n'est pas non plus démontré en ce qui concerne l'avance consentie à la SCI Hillel Ethan, car, soit cette avance a été remboursée, soit, Me Y ès qualités obtiendra la condamnation de la SCI Hillel Ethan à la rembourser.

En ce qui concerne les avances consenties aux SCI Foncière champs de l'Orme, Amo 250 et Teboul invest, Me Y ès qualités ne précise pas, alors que M. Z fait valoir le possible recouvrement de ces sommes, s'il a présenté des demandes en paiement aux SCI, s'il envisage d'introduire des actions en justice ou les motifs qui s'y opposant. Dans ces conditions, une incertitude pèse sur le montant de l'insuffisance d'actif dont il doit être tenu compte dans la condamnation de M. Z laquelle ne peut être supérieure à l'insuffisance d'actif.

Par contre, les avoirs consentis aux sociétés Rivaldi d'un montant total de 823 333 euros, les primes versées aux associés d'un montant de 796 000 euros ont contribué à l'insuffisance d'actif de la société Moncey textiles qui a été précisément privée, sinon de la totalité de ces sommes du moins d'une partie ; il en va de même de la concession de l'exploitation à titre gratuit de la marque Biaggio pendant plusieurs années qui a privé la société Moncey textiles d'un actif ; il doit cependant être tenu compte de la possible cession de la marque désirée par les organes de la procédure collective de la société SRDJ 1 et par Me Y ès qualités à un prix proche de 75 000 euros ce qui diminuerait l'insuffisance d'actif.

Les flux anormaux entre la société Moncey textiles et la société SDRJ 1 qui ont conduit à une dette de la société Moncey textiles envers la société SDRJ 1 déclarée par celle-ci (sous le nom Biaggio jeans) à hauteur de 787 130 euros ont également contribué à l'insuffisance d'actif.

Par ailleurs, il résulte du rapport de fin de mission de conciliation établi par Me ... et du bilan économique et social que ce dernier a rédigé en qualité d'administrateur judiciaire que la société Moncey textiles a connu des difficultés économiques, comme le soutient M. Z, en

raison d'une perte sur le montant des créances en dollars provoquée par la chute de cette devise durant l'exercice 2014, d'une baisse de la fréquentation des magasins et de nombreux impayés clients qui l'ont conduite à baisser ses marges, le tout ayant engendré des difficultés importantes de trésorerie et une situation obérée entraînant le refus de banques, qui avaient déjà dénoncé certains concours, d'accorder de nouvelles lignes de crédit.

Ainsi, ces difficultés objectives ne permettant pas d'imputer la totalité de l'insuffisance d'actif à M. Z.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il y a lieu de condamner M. Z à contribuer à l'insuffisance d'actif de la société Moncey textiles à hauteur de 3 500 000 euros.

Succombant en première instance et en appel, M. Z doit supporter les entiers dépens et verser à Me Y ès qualités une indemnité pour les frais irrépétibles exposés en première instance d'un montant de 10 000 euros et en appel d'un montant de 15 000 euros.

La décision déferée doit donc être infirmée.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant publiquement par arrêt réputé contradictoire,

Infirme le jugement entrepris et statuant à nouveau,

Condamne M. Z à payer à Me Y ès qualités de liquidateur de la société Moncey textiles

* la somme de 3 500 000 euros à titre de contribution à l'insuffisance d'actif de la société Moncey textiles,

* une indemnité globale de 25 000 euros pour les frais irrépétibles exposés en première instance et en appel,

Condamne M. Z aux dépens de première instance et d'appel pouvant être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le Greffier
Le Président