

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL DE VERSAILLES
13e chambre
ARRET DU 21 NOVEMBRE 2017

R.G. N° 17/04808

Décision déferée à la cour : Jugement rendu le 11 janvier 2017 par le Tribunal de commerce de NANTERRE N° RG : 2016/L00957

La cour d'appel de Versailles, a rendu l'arrêt suivant dans l'affaire entre :

Monsieur Claude Dominique Y MONTRouGE

Représenté par Me Martine DUPUIS de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, avocat Postulant au barreau de VERSAILLES, vestiaire : 625 - N° du dossier 1757115 et par Me JeanYves LE BRAS, avocat plaidant au barreau de NANTERRE

APPELANT

Maître Patrick Z D E Z pris en sa qualité de liquidateur à la liquidation judiciaire de la Sté CREABATIVERT adresse [...] 92000 NANTERRE

Représenté par Me Patricia MINAULT de la SELARL MINAULT PATRICIA, avocat Postulant, au barreau de VERSAILLES, vestiaire : 619 - N° du dossier 20170121 et par Me Isilde QUENAULT, avocat plaidant au barreau de PARIS

INTIME

Composition de la cour :

L'affaire a été débattue à l'audience publique du 09 Octobre 2017, Madame Sophie VALAYBRIERE, présidente ayant été entendue en son rapport, devant la cour composée de :

Madame Sophie VALAY-BRIERE, Présidente,

Madame Hélène GUILLOU, Conseiller,

Madame Florence DUBOIS-STEVANT, Conseiller, qui en ont délibéré,

Greffier, lors des débats : Monsieur Jean-François MONASSIER

En présence du Ministère Public, représenté par Monsieur Fabien BONAN, Avocat Général, dont l'avis du 31 juillet 2017 a été transmis le même jour au greffe par voie électronique

FAITS ET PROCEDURE

La SARL Creabativert, créée en 2008 et dirigée par Mr Claude-Dominique Y , exploitait une entreprise générale de bâtiment tous corps d'état.

Par jugement du 18 juin 2013, le tribunal de commerce de Nanterre, statuant sur la déclaration de cessation des paiements du dirigeant, a prononcé la liquidation judiciaire de la SARL Creabativert, désigné Me Patrick Z de Z en qualité de liquidateur et fixé la date de cessation des paiements au 19 décembre 2011.

Considérant que des fautes de gestion avaient été commises par le gérant, Me Z de Z , ès qualités, a saisi le tribunal de commerce de Nanterre qui, par jugement du 11 janvier 2017, a :

- prononcé à l'égard de Mr Claude-Dominique Y une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci, pour une durée de sept ans,

- condamné Mr Claude-Dominique Y à payer la somme de 70.000 euros entre les mains de Me Patrick Z de Z , ès-qualités, avec intérêts au taux légal à compter de la signification du jugement et capitalisation des intérêts par année entière selon les dispositions de l'article 1343-2 du code civil,

- condamné Mr Claude-Dominique Y à payer à Me Patrick Z de Z , ès-qualités, la somme de 3.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

- condamné Mr Claude-Dominique Y aux dépens à l'exception des frais de greffe employés en frais privilégiés de la procédure collective,

- ordonné l'exécution provisoire sur l'ensemble des condamnations prononcées, les fonds étant déposés à la caisse des dépôts et consignations jusqu'à l'obtention d'une décision ayant autorité définitive de chose jugée.

M. Claude-Dominique Y a interjeté appel le 24 janvier 2017.

Par ordonnance du 26 janvier 2017, le magistrat chargé de l'instruction a prononcé l'irrecevabilité de la déclaration d'appel faite pour l'appelant d'avoir acquitté la contribution prévue par l'article 1635 bis P du code général des impôts.

La présente cour à laquelle la décision a été déférée a par arrêt rendu le 11 mai 2017 constaté la régularisation de la fin de non recevoir et déclaré l'appel recevable.

Dans ses dernières conclusions remises au greffe le 1er août 2017 et notifiées par RPVA le 08 août 2017, Mr Claude-Dominique Y demande à la cour, au visa des dispositions de l'article 146 de la loi du 9 décembre 2016 et de l'article L651-2 du Code de Commerce dans sa nouvelle rédaction, de :

- le déclarer recevable et bien fondé en son appel,

Y faisant droit, à titre principal :

- infirmer en toutes ses dispositions le jugement du tribunal de commerce de Nanterre du 11 janvier 2017,

- débouter Me Patrick Z de Z , ès-qualités, de l'ensemble de ses demandes,

à titre subsidiaire de :

- réduire les condamnations à une somme plus en proportion avec ses revenus et à une durée moins pénalisante, permettant de lui « donner une deuxième chance »,

en tout état de cause de :

- condamner Me Patrick Z de Z , ès-qualités, au paiement de la somme de 4 500 euros par application des dispositions de l'article 700 du code procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens avec droit de recouvrement direct par la SELARL Lexavoué Paris-Versailles, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Il soutient que le tribunal n'a pas tenu compte de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, promulguée le 11 décembre 2016, dite loi Sapin 2, notamment de l'article 146 dont l'objet est d'alléger la responsabilité du chef d'entreprise et qui a modifié l'article L651-2 du code de commerce et qu'il n'a pas plus démontré le caractère intentionnel des agissements du dirigeant.

Il considère qu'il ne peut lui être reproché d'avoir intentionnellement poursuivi fautivement l'activité alors que la situation financière de sa société dépendait des délais de règlement de la société Foncia, qu'il a respecté ses obligations sociales et fiscales en rédigeant et déposant les déclarations sociales et fiscales ainsi que les documents comptables aux différentes administrations puis au liquidateur judiciaire même si les cotisations n'ont pas pu être payées ce qui ne résulte pas d'un comportement volontaire de sa part puisqu'il a conclu des moratoires avec certains organismes et que l'insuffisance d'actif s'est trouvée augmentée du seul fait de la liquidation judiciaire qui a réduit à néant la valeur des travaux en cours.

S'agissant des sanctions personnelles, dont il critique la durée qui lui interdit toute deuxième chance, il explique qu'il n'a fait que tenter de sauver son entreprise, qu'il a tout fait pour contacter ses débiteurs et leur demander de payer leurs factures, enfin que la preuve du défaut de coopération avec les organes de la procédure n'est pas rapportée.

Selon conclusions remises au greffe et notifiées par RPVA le 8 septembre 2017, Me Patrick Z de Z , ès qualités, demande à la cour de :

- confirmer le jugement en ce qu'il a retenu à l'encontre de Mr Claude-Dominique Y les fautes de gestion de retard dans la déclaration de cessation des paiements et de non-respect des obligations sociales et fiscales,

- confirmer le jugement en ce qu'il a fait application de l'article L. 653-8 du Code de commerce et prononcé une mesure d'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale et toute exploitation agricole, ainsi que toute personne morale, pour une durée de sept ans,

- confirmer le jugement en ce qu'il a condamné Mr Claude-Dominique Y à lui payer la somme de 3000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

- infirmer le jugement en ce qu'il a fixé l'insuffisance d'actif à la somme de 343 102,73 euros et en ce qu'il a limité la condamnation de Mr Claude-Dominique Y à la somme de 70.000 euros, et statuant à nouveau de,
- fixer l'insuffisance d'actif de la société Creabativert à la somme de 432.808,45 euros ;
- condamner Mr Claude-Dominique Y à lui payer la somme de 432.808,45 euros en application des dispositions de l'article L. 651-2 du code de commerce, avec intérêts au taux légal conformément aux dispositions de l'article 1231-7 du code civil,
- dire que les intérêts se capitaliseront, pour ceux échus depuis une année entière au moins, en application des dispositions de l'article 1343-2 du code civil,
- débouter Mr Claude-Dominique Y de ses demandes,
- condamner Mr Claude-Dominique Y à lui payer la somme de 5.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner Mr Claude-Dominique Y aux entiers dépens de l'instance et de ses suites dont distraction au profit de la SELARL Patricia Minault en application de l'article 699 du code de procédure civile

Il fait valoir que les débats devant le tribunal se sont tenus le 8 novembre 2016 soit avant la promulgation de la loi Sapin 2 dont Mr Y n'avait pas fait état et que la nouvelle rédaction de l'article L652-1 du code de commerce ne constitue pas un changement notable au regard de la jurisprudence qui imposait la caractérisation d'une faute.

Il rappelle que les fautes de gestion ne doivent pas uniquement être limitées à la période suspecte et que l'insuffisance d'actif s'est élevée à la somme de 432 808,45 euros.

Il soutient que Mr Claude-Dominique Y a déposé sa déclaration de cessation des paiements le 13 juin 2013 soit 18 mois plus tard que la date de cessation des paiements retenue par le tribunal, laquelle lie la juridiction, ce qui à l'évidence ne peut être une négligence et a aggravé le passif social, fiscal et chirographaire de plus de 180 000 euros, ce dont le dirigeant était parfaitement conscient.

Il explique ensuite que Mr Y n'a pas payé les cotisations sociales et fiscales dues depuis fin 2011 ce qui dépasse la simple négligence et a également contribué à l'aggravation de l'insuffisance d'actif ; qu'il ne lui a pas remis les documents nécessaires au recouvrement des créances ; que les mesures prises par ce dernier l'ont été trop tardivement ; que l'insuffisance d'actif s'élève à la somme de 432 808,45 euros et non à celle de 343 102,73 euros dès lors qu'il n'y a pas lieu de retrancher de ce passif les créances salariales prises en charge par la collectivité ; que le montant de la condamnation ne représente que 16% de l'insuffisance d'actif ; que Mr Y ne justifie pas de sa situation actuelle ; enfin, qu'il ne lui a pas remis les renseignements auxquels il était tenu par application de l'article L622-6 du code de commerce malgré les demandes qui lui ont été faites. Selon avis notifié aux parties par RPVA le 9 mars 2017 puis le 31 juillet 2017, le ministère public demande à la cour la confirmation du jugement déféré considérant que Mr Claude-Dominique Y , dirigeant de droit de la SARL Creabativert depuis la constitution de celle-ci en 2008, a déposé tardivement la déclaration de cessation des paiements, n'a pas respecté ses obligations sociales et fiscales et n'a pas coopéré avec les organes de la procédure.

Pour un plus ample exposé des moyens des parties, il est renvoyé à leurs dernières écritures conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

SUR CE,

Aucun moyen n'étant soulevé au soutien de l'irrecevabilité de l'appel ou susceptible d'être relevé d'office, l'appel sera déclaré recevable.

La qualité de dirigeant de droit de l'appelant n'est pas contestée.

1- Sur l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Aux termes des dispositions de l'article 2 du code civil, la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif.

L'article L651-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, dispose notamment que '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'.

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, par le biais de son article 146, a complété cet alinéa en insérant à sa suite la phrase suivante : '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'.

M. Y tente de se prévaloir de cette modification législative, entrée en vigueur le 11 décembre 2016, soit postérieurement à la saisine du tribunal intervenue le 29 mars 2016, pour lequel aucune disposition transitoire n'a été prévue, alors même qu'il ne s'agit ni d'une loi de procédure ou de compétence ni d'un texte interprétatif, ce qui reviendrait à appliquer rétroactivement une législation à une action en cours et à une procédure collective ouverte antérieurement à cette législation.

Cette disposition ne peut donc s'appliquer au cas d'espèce.

* Sur l'insuffisance d'actif

L'insuffisance d'actif résulte de la différence entre le passif antérieur au jugement d'ouverture admis ou en tout cas non contesté et l'actif résultant des réalisations effectuées en liquidation judiciaire. Les salaires et indemnités de licenciement versés après le jugement d'ouverture, six licenciements ayant été prononcés par le liquidateur, ne constituent pas des dettes nées avant le jugement d'ouverture de sorte qu'ils n'ont pas à être pris en compte pour la détermination de l'insuffisance d'actif comme relevé à bon droit par le tribunal.

Le passif définitivement admis dans la procédure collective s'élève à la somme de 450 368, 20 euros dont il convient de déduire la créance de l'AGS de 89 705,70 euros.

L'actif réalisé par la procédure collective, essentiellement constitué du compte bancaire créateur de la société, s'élève à la somme de 17.559,75 euros, les titres de Creabatiservices n'ayant pu trouver acquéreur.

L'insuffisance d'actif étant donc de 343.102, 73 euros, Me Z de Z sera débouté de sa demande tendant à la voir fixer à 432 808,45 euros.

* Sur le retard dans la déclaration de cessation des paiements

Le défaut de déclaration de cessation des paiements dans le délai légal de 45 jours s'apprécie au regard de la date de cessation des paiements fixée dans le jugement d'ouverture ou dans un jugement de report.

En l'espèce, le jugement d'ouverture, devenu définitif, l'a fixée au 19 décembre 2011 alors que M. Claude-Dominique Y n'a déposé la déclaration de cessation des paiements que le 13 juin 2013. Le retard de près de 18 mois apporté à la déclaration de cessation des paiements est donc établi.

Entre ces deux dates, les déclarations de créance montrent que le passif a augmenté. Ainsi,

- le SIE de Montrouge a déclaré une créance de 14 341 euros au titre de l'impôt sur les sociétés pour l'année 2012 et de la cotisation foncière pour l'année 2013,
- l'URSSAF a déclaré une créance de 86 890 euros au titre des cotisations dues de janvier 2012 au premier trimestre 2013,
- PRO BTP a déclaré une créance de 41 285 euros au titre des cotisations retraite et prévoyance dues depuis le 31 décembre 2011,
- la Banque populaire a déclaré une créance de 25 485,86 euros correspondant au solde débiteur du compte au 18 juin 2013,
- la Société générale a déclaré une créance de 14 504,97 euros correspondant au solde débiteur du compte.

Dans le même temps, l'actif n'a pas été renforcé.

L'absence de déclaration de l'état de cessation des paiements, lequel ne pouvait au regard des pièces produites être ignoré du dirigeant de la société Créabativert, dans le délai légal constitue un manquement de ce dernier à ses obligations et non une simple négligence comme vainement soutenu.

Tant la faute de gestion que ses conséquences sur l'insuffisance d'actif sont donc démontrées.

* Sur le non respect des obligations fiscales et sociales

Il n'est pas fait grief à la SARL Creabativert de ne pas avoir déposé ses déclarations sociales et fiscales mais d'avoir omis de s'acquitter des cotisations en résultant.

La preuve du non paiement par la SARL Creabativert de ses dettes sociales et fiscales depuis fin 2011 est rapportée tant par les déclarations de créance partiellement rappelées ci-dessus que par les documents comptables produits qui font état de dettes fiscales et sociales à hauteur de 87 952 euros pour l'exercice 2010, de 162 461 euros pour l'exercice 2011 et de 222 460 euros pour l'exercice 2012.

Comme relevé de manière pertinente par le tribunal, le non paiement de ces dettes a contribué à la constitution d'une trésorerie fictive qui a permis à la société de poursuivre son activité aggravant ainsi l'insuffisance d'actif.

La faute de gestion est donc établie. L'augmentation de la ligne relative aux dettes fiscales et sociales des bilans suffit à démontrer que cette faute a contribué à l'insuffisance d'actif puisque dans le même temps l'actif n'a pas été renforcé.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, ce n'est pas l'interdiction faite à une société de poursuivre son activité en liquidation judiciaire qui a contribué à augmenter son passif. Outre que la cessation d'activité en liquidation judiciaire résulte, sauf décision de poursuite, de l'application de la loi, il appartenait à Mr Y de fournir au liquidateur judiciaire les factures de travaux réalisés jusqu'à l'ouverture de la procédure collective pour lui permettre de les recouvrer, ce qu'il n'a pas fait.

M. Y produit un seul bulletin de paie pour le mois de mai 2017, selon lequel il percevrait une rémunération nette moyenne de 740,11 euros selon le cumul net annuel y figurant, comme responsable technique de la SARL Créabatiservices, dont il convient de relever qu'elle est dirigée par son épouse (cf. Extrait Kbis) et que son capital social était détenu à 40 % par la SARL Créabativert. Selon les avis d'imposition également produits, il aurait perçu des revenus à hauteur de 15 316 euros en 2014 et de 10 617 euros en 2016.

Il apparaît toutefois qu'il serait également le dirigeant de la SAS ABCD Solutions, immatriculée au registre du commerce et des sociétés d'Evry depuis le 17 mars 2015 (cf. Extrait société.com) sans que les revenus tirés de cette activité ne soient justifiés.

Les fautes de gestion commises par Mr Y ayant contribué à l'insuffisance d'actif, il y a lieu de confirmer le jugement en ce qu'il l'a condamné au paiement d'une somme de 70 000 euros à ce titre.

2- Sur la sanction personnelle

L'interdiction prévue par l'article L653-8 du code de commerce peut être prononcée à l'encontre de toute personne mentionnée à l'article L653-1 du même code qui, de mauvaise foi, n'aura pas remis au mandataire judiciaire, à l'administrateur ou au liquidateur, les renseignements qu'il est tenu de lui communiquer en application de l'article L622-6 dans le mois suivant le jugement d'ouverture ou qui aura, sciemment, manqué à l'obligation d'information prévue par le second alinéa de l'article L622-22 du code de commerce. Elle peut également être prononcée à l'encontre de la même personne qui a omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Pour condamner Mr Y à une interdiction de gérer d'une durée de sept années, le tribunal a retenu les fautes de non coopération avec les organes de la procédure et d'absence volontaire de déclaration de cessation des paiements dans le délai légal.

M° Z de Z fait également grief à Mr Y de ne pas lui avoir remis les renseignements visés par l'article L622-6 du code de commerce.

Dans la déclaration de cessation des paiements qu'il a effectuée, Mr Y a indiqué que la société avait des créances clients à recouvrer pour un montant de 95 544 euros. Dans ses écritures, il affirme avoir 'transmis des pièces et documents prouvant qu'il a fait ce qu'il pouvait pour prendre contact avec les débiteurs et leur demander de payer leurs factures' et prétend qu'il se déduit de l'absence de relance de la part du liquidateur judiciaire qu'il s'est exécuté. Outre qu'il

inverse la charge de la preuve, Mr Y , qui ne produit aucune pièce étayant ses affirmations, ne démontre pas avoir transmis au liquidateur les pièces réclamées par ce dernier selon lettres du 21 juin 2013 et 17 janvier 2014.

Si l'absence de réponse aux courriers du liquidateur judiciaire réclamant les pièces justificatives du poste client à recouvrer est insuffisante à caractériser la mauvaise foi exigée par le texte susvisé, elle suffit en revanche à établir l'abstention volontaire de coopération avec le liquidateur judiciaire prévue par l'article L.653-5-5° du code de commerce.

S'agissant de l'absence de demande d'ouverture d'une procédure collective dans le délai légal, M. Y fait valoir que le bilan 2012 était bénéficiaire et qu'il n'avait aucune 'véritable raison de considérer que la situation de sa société était irrémédiablement compromise'. Cependant, il n'ignorait pas que la société ne réglait plus ses cotisations sociales depuis 2011 et le bilan pour l'exercice 2012, s'il fait état d'un résultat de 61 419 euros, mentionne également des dettes fournisseurs d'un montant de 111 430 euros ainsi que des dettes fiscales et sociales de 222 460 euros.

Au demeurant [...], les demandes d'étalement des paiements qu'il a adressées en 2011 à l'URSSAF, en novembre 2012 et janvier 2013 à CIBTP puis en mai 2013 à la commission des chefs de services financiers justifient qu'il n'ignorait pas que la société Créativert était en cessation des paiements nonobstant le retard apporté par Foncia dans le règlement de ses factures.

C'est donc bien sciemment qu'il a omis de procéder à une demande d'ouverture de procédure collective dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements.

Il convient, en conséquence, de confirmer le jugement en toutes ses dispositions.

PAR CES MOTIFS,

La cour statuant par décision contradictoire,

Déclare recevable l'appel formé par Mr Claude-Dominique Y ,

Confirme le jugement en toutes ses dispositions, notamment en ce qu'il a prononcé à l'égard de M. Claude-Dominique Y , né le [...] à L'HAY LES ROSES, domicilié [...] MONTRouGE (92120), 10 Villa de la République, une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci, pour une durée de sept ans, et l'a condamné à payer à Me Patrick Z de Z , ès qualités, la somme de 70.000 euros avec intérêts au taux légal à compter de la signification du jugement et capitalisation des intérêts par année entière selon les dispositions de l'article 1343-2 du code civil ; Y ajoutant,

Déboute Me Z de Z de ses autres demandes ;

Condamne Mr Claude-Dominique Y à payer à M° Z de Z ès qualités la somme de 4 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne Mr Claude-Dominique Y au paiement aux dépens d'appel dont distraction au profit de la SELARL Patricia Minault, avocat, pour ceux dont elle aurait fait l'avance en application de l'article 699 du code de procédure civile ;

Dit qu'en application des articles 768-5° et R.69-9° du code de procédure pénale, la présente décision sera transmise par le greffier de la Cour d'appel au service du casier judiciaire après visa du ministère public.

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 au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

Signé par Madame Sophie VALAY-BRIERE, Présidente et par Monsieur MONASSIER, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Le greffier, La présidente