

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE VERSAILLES
13e chambre
ARRET DU 28 MAI 2019

N° RG 18/08367 – N° Portalis DBV3-V-B7C-S2O4

AFFAIRE :

M Z DE D pris en sa qualité de liquidateur à la liquidation judiciaire de la société MEDIASTAY HOLDING

C/

E Y

Décision déferée à la cour : Jugement rendu le 05 Décembre 2018 par le Tribunal de Commerce de NANTERRE

N° chambre :

N° Section :

N° RG : 2017L02083

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

Monsieur M Z DE D pris en sa qualité de liquidateur à la liquidation judiciaire de la société MEDIASTAY HOLDING

[...]

[...]

Représenté par Maître Patricia B de la SELARL B PATRICIA, avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire : 619 – N° du dossier 20180526 et par Maître I.QUENAULT, avocat plaidant au barreau de PARIS

APPELANT

- Monsieur E Y

né le [...] à [...]

de nationalité Française

[...]

[...]

— Monsieur G A

né le [...] à PARIS

de nationalité Française

[...]

[...]

Représenté par Maître Martine DUPUIS de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire : 625 – N° du dossier 1860968 et par Maître J-P.PETRESCHI, avocat plaidant au barreau de PARIS

MINISTERE PUBLIC pris en la personne de Monsieur le Procureur Général domicilié en cette qualité audit siège

COUR D'APPEL

[...]

[...]

INTIMES

Composition de la cour :

L'affaire a été débattue à l'audience publique du 08 Avril 2019, Madame Sophie VALAY-BRIERE, présidente, ayant été entendue en son rapport, devant la cour composée de :

Madame Sophie VALAY-BRIERE, Présidente,

Madame Marie-Andrée BAUMANN, Conseiller,

Madame Delphine BONNET, Conseiller,

qui en ont délibéré,

Greffier, lors des débats : Monsieur Jean-François MONASSIER

En la présence du Ministère Public, représenté par Monsieur I J, Avocat Général dont l'avis du 14 février 2019 a été transmis le même jour au greffe par la voie électronique.

La SAS Mediastay holding, créée en 2007, était la société holding du groupe Mediastay, spécialisé dans le marketing à la performance sur Internet, notamment sur des sites dédiés à des loteries en ligne ou des plate-formes de jeux vidéos. L'activité du groupe consistait à mettre en relation des internautes

et des annonceurs, qui rémunéraient la mise en relation et achetaient les données des utilisateurs collectées via des supports exploités par le groupe. Celui-ci disposait de plusieurs filiales dont, en France, la société Mediastay création et la société Mediastay Lyon, qui ont toutes deux fait l'objet de procédures de liquidation judiciaire respectivement les 25 juin 2014 et 11 février 2015.

La SAS Mediastay holding était présidée par Monsieur E Y depuis sa création et Monsieur G A en a été le directeur général entre le 17 avril 2009 et le 8 octobre 2014, date à laquelle il a démissionné de ses fonctions.

A compter de 2011, le groupe Mediastay a connu une baisse d'activité et la société Mediastay holding une chute constante de son chiffre d'affaires.

C'est dans ce contexte que, par ordonnance du 14 mai 2013 rendue sur requête de la société Mediastay holding, le président du tribunal de commerce de Nanterre a désigné maître K X en qualité de mandataire ad hoc avec mission d'analyse et d'assistance dans le cadre d'une restructuration et d'une renégociation des engagements financiers et des dettes fiscales et sociales de la société.

Suivant ordonnance du 17 septembre 2013, la même juridiction a ouvert une conciliation au profit de la société Mediastay holding, maître X étant désigné aux fonctions de conciliateur. La procédure a abouti à un protocole de conciliation entre la débitrice et ses principaux créanciers financiers constaté le 17 décembre 2013 par le président du tribunal de commerce de Nanterre.

Puis, sur demande de M. Y, le tribunal a ouvert le 30 avril 2014 une procédure de sauvegarde au profit de la société Mediastay holding, qui a été convertie en redressement judiciaire par jugement du 29 octobre 2014, maître X étant désigné en qualité d'administrateur judiciaire et maître Z de D en qualité de mandataire judiciaire, la date de cessation des paiements étant fixée au jour du jugement.

Selon jugements du 24 décembre 2014 et 11 février 2015, le tribunal de commerce de Nanterre a autorisé la cession des actifs de la société Mediastay holding pour la somme de 485 000 € puis prononcé la liquidation judiciaire de celle-ci, maître Z de D étant désigné en qualité de liquidateur judiciaire.

Ce dernier, estimant que les opérations de la procédure collective avaient mis en évidence un certain nombre de fautes de gestion imputables à MM. Y et A, les a fait assigner devant le tribunal de commerce de Nanterre aux fins de les voir condamnés en comblement de l'insuffisance d'actif et mesure d'interdiction de gérer.

Suivant jugement contradictoire rendu le 5 décembre 2018, le tribunal de commerce de Nanterre, après avoir pris acte de l'abandon au passif de la société Mediastay holding de la créance détenue par MM. Y et A à hauteur de 1 080 000 euros au titre de leurs engagements de caution en garantie d'un prêt bancaire, a débouté maître Z de D, ès qualités, de l'ensemble de ses demandes de condamnation considérant que les griefs de poursuite abusive d'une activité déficitaire et de gestion contraire à l'intérêt de la société par recours massif à l'emprunt bancaire et par un soutien abusif aux filiales de la débitrice n'étaient pas caractérisés.

Maître Z de D, ès qualités, a interjeté appel de cette décision le 11 décembre 2018.

Dans ses dernières conclusions, déposées au greffe et notifiées par RPVA le 5 mars 2019, il demande à la cour de :

— infirmer le jugement du tribunal de commerce de Nanterre du 5 décembre 2018 en toutes ses dispositions ;

En conséquence, statuant à nouveau,

— constater que, par jugement du 11 février 2015, le tribunal de commerce de Nanterre a ouvert une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la société Mediastay holding;

— constater que l'insuffisance d'actif de la société Mediastay holding s'élève à la somme de 11 102 855,50 euros ;

— constater que MM. Y et A ont commis des fautes de gestion en poursuivant l'activité déficitaire de la société Mediastay holding et en adoptant une gestion contraire à l'intérêt de la société ;

En conséquence,

— condamner solidairement MM. Y et A à lui payer la somme de 11 102 855,50 euros avec intérêts au taux légal de droit 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 ;

— faire application de l'article L.653-8 du code de commerce et prononcer 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 à l'encontre de MM. Y et A ;

— débouter MM. Y et A de l'ensemble de leurs demandes ;

— condamner solidairement MM. Y et A à lui payer la somme de 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

— condamner solidairement MM. Y et A aux entiers dépens de l'instance et de ses suites dont distraction est sollicitée au profit de maître B, en application de l'article 699 du code de procédure civile.

Dans leurs dernières conclusions, déposées au greffe et notifiées par RPVA le 16 mars 2019, MM. Y et A demandent à la cour de :

A titre principal :

— confirmer en toutes ses dispositions le jugement rendu le 5 décembre 2018 par le tribunal de commerce de Nanterre ;

A titre subsidiaire :

— constaté qu'ils ont déjà, en leur qualité de caution personnelle de la société Mediastay holding, supporté une charge de 409 033 euros outre les intérêts au profit de divers créanciers ;

— prendre acte de ce que sans aucune reconnaissance des responsabilités pour lesquelles ils sont

recherchés, ils ont proposé, ainsi que M. C, d'abandonner spontanément l'ensemble des créances qu'ils ont déclarées au passif de la liquidation judiciaire de la société Mediastay holding pour un montant total de 1 080 000 euros ;

— les exonérer de la charge de l'insuffisance d'actif ;

En conséquence,

— condamner maître Z de D, ès qualités, à leur verser la somme de 10 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

— condamner maître Z de D, ès qualités, aux entiers dépens de l'instance.

Dans son avis communiqué par RPVA le 14 février 2019, le ministère public indique s'en rapporter à la sagesse de la cour.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 25 mars 2019.

A l'audience du 8 avril 2019, MM. Y et A ont confirmé renoncer à leurs créances de 120 000 et 240 000 euros chacun.

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

SUR CE,

L'article L. 651-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 9 décembre 2016, qui est applicable immédiatement aux procédures collectives et aux instances en responsabilité en cours, 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 celle-ci, 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. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. 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.

1-Sur l'insuffisance d'actif

Maître Z de D expose que les opérations de la procédure collective ont permis le recouvrement d'actifs à hauteur de 889 756,20 euros, que le passif définitif est de 11 992 611,70 euros, en sorte que l'insuffisance d'actif s'élève à la somme de 11 102 855,50 euros.

Il indique que c'est à tort que les intimés veulent, d'une part, inclure dans l'actif les sommes issues d'une provision pour honoraires et les intérêts du compte de répartition et, d'autre part, déduire du passif, premièrement, le montant du superprivilège au motif qu'il s'agirait d'un passif postérieur, alors que celui-ci ne concerne que des sommes antérieures au jugement d'ouverture conformément aux articles L.3253-2 et L.3253-3 du code du travail, deuxièmement, les sommes de 120 000 euros et de 479 697,33 euros, correspondant aux accords conclus et relatifs aux prêts consentis par les sociétés BNP Paribas et Banque populaire, faute d'abandon de créance ou de production d'une quittance subrogative à ce titre, et troisièmement des créances déclarées au passif de la procédure par MM. C, Y et A pour une somme de 360 000 euros chacun au titre d'engagements de caution au profit de la

société qu'ils ont déclarés au tribunal abandonner, en l'absence de caractère définitif du jugement dont appel, et faute là encore de lui avoir adressé un abandon de créance clair et non équivoque.

Il rappelle que les dirigeants condamnés conservent un droit à répartition sur les actifs réalisés en dehors de la procédure en comblement de passif.

Les intimés indiquent qu'il ressort du rapport du liquidateur judiciaire lui-même que le montant de l'actif recouvré s'élève à la somme de 892 405,43 euros et non à celle de 889 756,20 euros.

S'agissant du passif, ils soutiennent qu'il faut soustraire le montant du superprivilège des salaires, de 125 641,58 euros, qui, né de l'ouverture de la procédure collective, est une créance postérieure au jugement d'ouverture ; les créances qu'ils ont déclarées au titre de leur engagement de caution en garantie des prêts contractés auprès des sociétés BNP Parisbas et Banque populaire, pour un montant total de 1 080 000 euros, puisque par application de l'article L.651-2 alinéa 4 du code de commerce les dirigeants ne peuvent participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamné ; les sommes relatives aux prêts des sociétés BNP Parisbas et Banque populaire, qui ont fait l'objet d'un accord entre les banques et les fondateurs de la société Mediastay holding aux termes duquel ces derniers se sont engagés à régler les sommes de 120 00 et 479 697,33 euros pour solde de tout compte, étant précisé qu'ils ne conçoivent pas de demander le retraitement de ces sommes sans renoncer à leur droit à répartition.

Ils en déduisent que l'insuffisance d'actif de la société Mediastay holding s'élève à 9 298 919,04 euros.

L'insuffisance d'actif est égale à la différence entre le montant du passif antérieur admis définitivement et le montant de l'actif réalisé de la personne morale débitrice. Elle s'apprécie à la date à laquelle le juge statue.

Le rapport sur le déroulement des opérations de la liquidation judiciaire, établi le 20 février 2017 par maître Z de D, indique que les actifs réalisés s'élèvent à la somme de 892 405,43 euros, en ce compris une provision sur honoraires de 8 000 euros qu'il indique avoir recueillie et des intérêts 'compte de répartition' de 2 061,21 euros.

Il n'y a pas lieu, néanmoins, de retenir ces deux dernières sommes qui ne correspondent pas à des actifs réalisés et seul le solde du compte ouvert en l'étude de l'administrateur judiciaire, à l'issue de la période d'observation, doit être pris en compte, soit en l'espèce la somme de 7 411,98 €

Le montant de l'actif est donc de 889 756,20 euros.

Selon la synthèse établie par le liquidateur judiciaire le 16 février 2018 le passif admis à titre définitif s'élève à la somme totale de 11 992 611,70 €

La déclaration de créance du CGEA n'est pas versée aux débats mais le rapport du liquidateur judiciaire du 20 février 2017 indique que la somme de 125 641,58 euros déclarée par le CGEA à titre superprivilégié correspond à la prise en charge des congés payés sur la période du 1er juin 2013 au 27 juin 2014, au préavis du contrat de sécurisation professionnelle et de commissions.

Cette créance constituée d'indemnités dues antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, conformément aux articles L. 3253-2, L. 3253-3 et L. 3253-4 du code du travail, qui a été admise, n'a pas à être déduite du passif.

S'agissant de la créance déclarée par la société BNP Paribas et admise à hauteur de 230 000 euros à titre privilégié, il n'est pas contesté qu'un protocole d'accord transactionnel a été régularisé entre d'une part la banque et d'autre part, MM. Y, C et A, cautions, aux termes duquel la banque a accepté que ces derniers lui versent la somme de 120 000 euros à titre forfaitaire, définitif et pour solde de tout compte et que ce règlement est intervenu comme en atteste un mail du 8 février 2016.

Outre que M. C n'est pas présent à la procédure, il n'est démontré ni que la banque ait renoncé à son droit à répartition pour le solde de sa créance due par sa débitrice principale ni que les intimés aient été subrogés dans les droits de celle-ci pour la totalité de sa créance.

Concernant la créance déclarée par la société Banque populaire et admise à hauteur de 483 749,01 euros à titre privilégié, il est également justifié de l'existence d'un protocole d'accord selon lequel la banque a accepté de limiter sa créance à la somme de 479 697,33 euros outre intérêts au taux de 0,99% à compter du 1er janvier 2016 que MM. Y, C et A, cautions, se sont engagés à payer en soixante-douze mensualités de 6 865,04 euros à compter du 1er janvier 2016. Outre que M. C n'est pas présent à la procédure, il n'est pas démontré que la banque ait renoncé à son droit à répartition pour le solde de sa créance et le règlement de cette somme n'étant pas achevé, aucune quittance subrogative n'est produite en sorte que MM. Y et A ne peuvent pas renoncer à une créance dont ils ne sont pas titulaires.

Concernant les créances de 120 000 et 240 000 euros déclarées au passif de la procédure collective par MM. Y, C et A au titre de leurs engagements de caution, MM. Y et A ont indiqué au tribunal puis à la cour y renoncer. Outre que là encore, ils ne peuvent s'engager pour M. C, absent de la procédure, ils ne produisent à hauteur d'appel, nonobstant les demandes du liquidateur judiciaire, aucun écrit aux termes duquel ils abandonnent leurs créances et renoncent à leur droit à répartition sur les sommes autres que celles provenant d'une éventuelle condamnation à supporter l'insuffisance d'actif.

Il n'y a pas lieu, par suite, de déduire ces sommes du passif.

L'insuffisance d'actif s'élève donc à la somme de 11 102 855,50 euros.

2-Sur la direction de la société

Maître Z de D rappelle que MM. Y et A, en leur qualité respective de président et de directeur général, sont tous deux dirigeants de droit de la société Mediastay holding, étant observé que l'article 13.7 des statuts de la société donne les mêmes pouvoirs au directeur général qu'au président.

Il considère que le pacte d'actionnaires du 3 avril 2011 dont se prévalent MM. Y et A ne les a pas privés de leur pouvoir de direction du groupe pour les décisions stratégiques les plus importantes, dans la mesure où il se contente de limiter leurs pouvoirs de direction pour les décisions importantes d'appauvrissement de la société, et stipule expressément que les représentants légaux conservent le pouvoir de solliciter l'ouverture d'une procédure collective, étant relevé que les intimés ne font pas état d'une immixtion du comité exécutif dans la gestion de la société. Il ajoute que ce pacte est inopposable aux tiers aux termes de l'article L.227-6 du code de commerce et ne peut déroger aux statuts qui confèrent les pouvoirs aux dirigeants et sont seuls publiés au greffe. Il rappelle, enfin, que le fait de déléguer ses pouvoirs de gestion ne peut exonérer le dirigeant de sa responsabilité, mais est à l'inverse constitutif d'une faute de gestion.

MM. Y et A ne contestent pas avoir été dirigeants de droit de la société Mediastay holding mais prétendent que la mise en place d'un comité exécutif, prévu par le pacte d'actionnaires conclu le 8 avril 2011, les a privés de leur pouvoir de direction du groupe.

Il est constant que monsieur E Y a été le président de la société liquidée de sa création jusqu'à l'ouverture de la procédure collective et que monsieur G A en a été le directeur général du 17 avril 2009 au 8 octobre 2014, date de sa démission. L'article 13.7 des statuts de la société prévoient que vis à vis des tiers le directeur général a les mêmes pouvoirs que le président.

Ils sont donc des dirigeants de droit au sens de l'article L651-1 du code de commerce.

Le pacte d'associés en date du 8 avril 2011 a été établi en suite de l'entrée de nouveaux investisseurs au capital social de la société Mediastay holding. Il n'a pas modifié la direction de la société mais y a ajouté un comité exécutif, composé de sept membres dont deux choisis par les investisseurs historiques et trois par les fondateurs ou par la société Mediastay international, dont le capital social est détenu par MM. Y, C et A, en sorte qu'il ne peut pas être considéré que les intimés y aient véritablement été minoritaires. L'article 12.3.2 qui détaille les décisions pouvant être prises par ce comité, et leurs modalités, montre que les pouvoirs de la direction sont limités pour la souscription d'emprunts et investissements au delà d'un certain montant, pour toute modification de l'orientation stratégique et pour toute décision d'ouverture d'une procédure collective sous réserve du droit des directeurs généraux ou président de régulariser une déclaration de cessation des paiements dans les délais légaux, seulement à la majorité simple, en toute hypothèse que les fondateurs conservent à l'unanimité le droit de s'opposer à certaines décisions à caractère stratégique.

Il ne résulte pas de ces dispositions que les dirigeants de droit aient été privés de leur pouvoir de direction, alors au demeurant qu'ils ne rapportent pas la preuve de décisions auxquelles le comité se serait opposé.

3-Sur les fautes

Maître Z de D reproche aux intimés plusieurs fautes de gestion et sollicite, en conséquence, la condamnation solidaire de MM. Y et A au paiement de la somme de 11 102 855,50 euros correspondant au montant de l'insuffisance d'actif de la société Mediastay holding.

Les intimés contestent toute faute et considèrent qu'il n'y a pas lieu de prononcer de condamnation à leur encontre. Ils sollicitent néanmoins à titre subsidiaire le bénéfice de l'article L.651-2 du code de commerce pour se voir exonérés de la charge de cette insuffisance d'actif dans la mesure où ils se sont engagés à rembourser la somme de 409 033 euros outre les intérêts au titre de leurs engagements de cautions.

En l'absence de notion juridique de groupe antérieure à l'ordonnance du 12 mars 2014, chaque faute de gestion doit être appréciée au regard de chacune des sociétés et non du groupe.

*La poursuite d'une activité déficitaire ayant rendu les capitaux propres négatifs

Maître Z de D soutient qu'en poursuivant l'activité de la société jusqu'à l'ouverture de la procédure collective en 2014, les capitaux propres étant devenus négatifs, alors qu'elle était lourdement déficitaire depuis 2011, MM. Y et A, qui n'ont pas pris la mesure des difficultés rencontrées, ont commis une faute de gestion d'une particulière gravité qui est à l'origine d'une large partie de l'insuffisance d'actif constatée. Il explique que les mesures engagées par les intimés lorsque les difficultés sont apparues ont principalement consisté en des appels de fonds de l'ordre de 15 millions d'euros à travers des augmentations de capital et des emprunts bancaires, qui n'ont que peu été affectés au développement de nouveaux supports mais ont surtout servi à financer les dépenses courantes, repoussant ainsi la caractérisation de l'état de cessation des paiements et que les

restructurations engagées n'ont pas permis une réduction des charges équivalente à la chute du chiffre d'affaires, 40% en 2013, qui a conduit à une perte de plus de 9 millions d'euros. Il précise que le fait d'avoir sollicité et obtenu des moratoires ou des mesures de prévention n'est pas exonérateur de responsabilité.

Après avoir rappelé que la poursuite abusive d'une activité déficitaire dans un intérêt personnel constituait une faute de gestion des dirigeants sociaux justifiant leur condamnation à combler le passif, MM. Y et A contestent avoir poursuivi abusivement l'activité déficitaire de la société, reprochant à maître Z de D, ès qualités, de faire abstraction de leurs efforts et de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui exonère le dirigeant de sa responsabilité dès lors qu'il a effectué des démarches et fourni des efforts importants pour rétablir la situation de son entreprise avant de déclarer l'état de cessation des paiements, la même cour ayant récemment indiqué que le dirigeant ne pouvait être condamné en comblement de passif dès lors que les difficultés de la société résultaient uniquement de la conjoncture économique et non de sa gestion, celui-ci ayant pris des mesures de restructuration pertinentes.

Ils soulignent que les difficultés qu'a connu le groupe Mediastay à compter de 2011 sont liées à l'apparition de nouvelles technologies et applications rendant les sites édités par le groupe obsolètes et donc moins attractifs pour les annonceurs ainsi qu'à une augmentation, dans le même temps, de la concurrence de sociétés ayant pour activité le marketing à la performance.

Ils expliquent, que face à cette dégradation de l'activité, plusieurs mesures de restructuration de la société ont été prises (arrêt des projets non rentables, réorientation de l'activité, réduction des effectifs, diminution des coûts d'exploitation, levées de fonds), qu'ils ont engagé leur patrimoine personnel en apportant des fonds et en se portant caution des prêts souscrits auprès des sociétés BNP Paribas et Banque populaire et renoncé au monopole du pouvoir de direction au profit des fonds d'investissement entrants et qu'en l'absence des résultats escomptés dans le cadre de la conciliation, ils ont immédiatement sollicité l'ouverture d'une procédure de sauvegarde puis lorsque l'élaboration d'un plan de sauvegarde s'est avéré inenvisageable, ils ont agi pour organiser la cession du fonds de commerce de la société Mediastay holding.

Ils ajoutent que, contrairement à ce que prétend l'appelant, l'activité de la société était technique et innovante, raison pour laquelle à compter de 2011, elle a investi dans le lancement d'une nouvelle activité (Games passport) afin de développer des jeux vidéos sous environnement «web» classique, ainsi que sur Facebook et sous forme d'applications mobiles, les levées de fonds ayant en grande partie servi à financer ce redéploiement stratégique.

Il convient de rappeler à titre liminaire qu'il n'y a pas lieu de caractériser l'intérêt personnel des dirigeants puisque celui-ci n'est pas nécessaire à la constitution de la faute reprochée.

Il n'est pas contesté que l'origine des difficultés du groupe et donc de la société holding s'explique d'une part par l'apparition de nouvelles technologies qui ont rendu ses produits moins attractifs et l'ont contrainte à rechercher de nouveaux projets et d'autre part par une concurrence accrue. Aucun élément en revanche n'est versé aux débats pour démontrer le rôle de la dégradation de la conjoncture économique qui aurait contraint les annonceurs à réduire leur budget, l'article du journal du net versé aux débats par les intimés, s'il montre l'importance prise par Google et Facebook sur le marché du net relève également la croissance du marché de la publicité on line en 2016.

L'analyse de l'activité d'une société doit s'effectuer au regard de son actif et de son passif propres sans référence aux comptes du groupe. Il doit toutefois être tenu compte des conventions de trésorerie existant entre les sociétés et de l'activité de holding de la société Mediastay holding, laquelle

supportait l'ensemble des contrats clients en France et l'intégralité de la dette bancaire du groupe Mediastay.

Les bilans versés aux débats montrent les chiffres suivants (en euros) :

2009

2010

2011

2012

2013

2014 (7 mois)

capitaux propres

[...]

— 379 313

chiffre d'affaires

[...]

[...]

[...]

[...]

bénéfices/pertes

[...]

[...]

— 4 603 010 – 4 871 455 – [...]

Il se déduit de ces résultats qu'à compter de 2011, et jusqu'à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, la société Médiastay holding a cessé de faire des bénéfices pour, au contraire, développer des pertes, son chiffre d'affaires connaissant une chute brutale en 2013, en sorte que son activité s'est poursuivie de manière déficitaire et qu'à compter de 2014 ses capitaux propres sont devenus négatifs.

Les documents comptables témoignent également, comme souligné par le liquidateur judiciaire, de ce qu'au cours des exercices 2012 et 2013, les charges d'exploitation ont diminué dans une proportion inférieure à la diminution du chiffre d'affaires.

Les dirigeants, qui avaient connaissance des difficultés de la société, ont cependant dès 2011 recherché et trouvé de nouveaux investisseurs. Il a ainsi été procédé à deux augmentations de capital de la société les 13 avril et 28 septembre 2011, d'un montant global de l'ordre de 9,7 millions d'euros, pour tenter de développer de nouveaux produits et conquérir des marchés. Un support intitulé Games passport ainsi que des nouveaux produits dérivés de jeux télévisés ont été créés.

Il n'est pas non plus sérieusement contesté qu'en 2012, la direction de la société a procédé à une restructuration en arrêtant des projets non rentables, en réorientant l'activité vers des projets générateurs de marge et en procédant au licenciement de 25 personnes.

L'évolution des immobilisations démontre que seule une partie des sommes empruntées a été investie dans le développement des logiciels et sites internet ce qu'ont reconnu les dirigeants dans leurs écritures de première instance en indiquant que 'la levée de fonds intervenue en 2011, plutôt que de permettre de développer les nouveaux projets de la société afin de se repositionner, a d'avantage permis d'assurer le service de la dette'.

Ils ont également reconnu que le support intitulé Games passport n'avait atteint ni la rentabilité espérée ni les objectifs fixés.

Il résulte, enfin, du rapport Mazars établi le 10 juin 2013, que 'les pertes significatives générées (EBITDA 'reporting' de -2,7 m€ en 2011 et de -4,6 m€ en 2012) ont consommé la levée de fonds obtenus en 2011 et ont contraint les dirigeants à réinvestir 3,0 m€ en 2013 afin de permettre au groupe de poursuivre son exploitation', étant précisé qu'à défaut d'un nouveau financement, les prévisions de trésorerie aboutissaient à une impasse dès le mois de juillet 2013. Il ressort des écritures des dirigeants que les associés ont néanmoins souhaité procéder à une nouvelle levée de fonds plutôt que de solliciter 'l'assistance du tribunal de commerce', ce qu'ils ont réalisé le 28 février 2013, sous forme d'une augmentation de capital de 1,5 millions d'euros et d'une émission d'obligations convertibles en actions à hauteur de 1,5 millions d'euros. Les intimés indiquent y avoir participé personnellement à hauteur de 500 000 euros, ce qui n'est pas contesté, la société Médiastay international, leur appartenant, figurant dans le 'Term sheet recapitalisation Mediastay holding' du 30 janvier 2013. Ils ont également procédé à vingt nouveaux licenciements en juin 2013 et tenté de réorganiser la direction en recherchant un nouveau directeur général.

Par ailleurs, l'endettement bancaire de la société étant important, le rapport Mazars en date du 10 juillet 2013 montrant que celui-ci était en décalage avec les capacités de remboursement de la société, ils ont en mai 2013 sollicité la désignation d'un mandataire ad hoc puis en septembre 2013 celle d'un conciliateur, ces mesures permettant à la débitrice d'obtenir un protocole de conciliation aux fins d'aménagement de sa dette bancaire, lequel a été constaté par le président du tribunal de commerce de Nanterre le 17 décembre 2013, et le 31 juillet 2013 un moratoire auprès de la CCSF, pour les créances fiscales et sociales impayées depuis le début de l'année 2013 pour une somme globale de 371 962 euros arrêtée au 15 juin 2013, comme le démontrent les documents de la direction générale des finances publiques et les déclarations de créance produites.

S'il est certain que le fait d'obtenir des moratoires ou des mesures de prévention n'est pas exonérateur de responsabilité, il ne peut, en l'espèce, être reproché aux dirigeants d'avoir utilisé les outils juridiques existants dès lors qu'ils ne les ont pas inutilement multipliés.

Ces différentes mesures pouvaient légitimement faire croire à MM. Y et A à un redressement de la rentabilité à l'horizon 2014, l'année 2013 étant qualifiée par le rapport Mazars d'année de transition.

Après avoir constaté que les résultats escomptés n'avaient pas été atteints fin 2013/début 2014, et que la société ne pourrait pas honorer les échéances du protocole de conciliation, M. Y a repris contact par mail du 19 mars 2014 avec le conciliateur afin de l'informer qu'il recherchait des solutions 'd'adossement à un industriel' ou de 'reprise de 100% de Mediastay par un investisseur financier' et qu'en cas d'échec il solliciterait l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire avant le 2 avril suivant, demande qu'il a effectivement formée le 11 avril 2014.

Le tribunal, qui a alors constaté que la société n'était pas en état de cessation des paiements, a fait droit à cette demande par jugement du 30 avril 2014.

Il se déduit de ces éléments que MM. Y et A ont mis en oeuvre des mesures concrètes de restructuration et de financement dès l'apparition des difficultés, sans qu'il soit démontré qu'elles aient été dénuées de pertinence, en sorte qu'en dépit du fait que l'activité déficitaire s'est poursuivie, aucune faute de gestion ne peut leur être reprochée.

*La gestion contraire à l'intérêt de la société

Maître Z de D reproche aux intimés une gestion contraire à l'intérêt de la société aux motifs de l'aggravation de l'endettement de la société Médiastay holding résultant des emprunts contractés entre 2011 et 2013 et d'un soutien abusif aux filiales du groupe.

A- Les emprunts et l'aggravation de l'endettement

Maître Z de D soutient qu'alors que la société avait déjà recouru à des emprunts bancaires pour un montant total de 6 018 000 euros entre 2007 et 2010, elle a contracté trois nouveaux emprunts, dont un emprunt obligataire, entre 2011 et 2013 dont il est résulté une augmentation des dettes financières de 44% entre 2010 (3 600 600 euros) et 2013 (5 192 052 euros), alors que sur la même période la société connaissait une baisse de chiffre d'affaires de 48% et des résultats déficitaires. Il précise que le ratio d'endettement était ainsi de 82% dès la fin de l'exercice 2013. Il considère que ce recours massif à l'emprunt bancaire destiné à financer l'activité structurellement déficitaire d'une société, sans perspective d'amélioration de la rentabilité à court terme, s'analyse en une fuite en avant des dirigeants qui ont souhaité poursuivre, notamment aux frais de tiers, l'activité chroniquement déficitaire de leur société, alors que lesdits engagements étaient insupportables par la structure, et ce peu important la qualité du prêteur de deniers dès lors que l'obligation au remboursement existe. Il ajoute que la 'sécurisation' n'est pas une notion comptable. Il prétend que cette faute de gestion de MM. Y et A a nécessairement participé à l'aggravation de l'insuffisance d'actif, compte tenu de la part du passif bancaire et financier dans le passif déclaré laquelle s'élève à plus de 5,8 millions d'euros.

Les intimés réfutent toute gestion contraire à l'intérêt de la société en raison de son recours à plusieurs emprunts. Ils rappellent que les emprunts souscrits entre 2007 et 2010 s'inscrivaient dans une période de forte croissance, durant laquelle la société Mediastay holding assumait le service de la dette et prétendent qu'à partir de 2011, la poursuite de l'activité de la société a reposé bien plus sur les fonds propres levés en 2011 et 2013 que sur les trois emprunts souscrits sur la même période. S'agissant de l'emprunt obligataire intervenu en 2012, ils précisent qu'il est constitutif de « quasi fonds propres », qu'il ne saurait être considéré comme un emprunt bancaire mais reflète la volonté des actionnaires de refinancer eux-mêmes la société. Concernant les emprunts du 19 juillet 2011 et du 21 septembre 2012, ils précisent que la BPI les a consentis en connaissance de la situation de la société, en complément de la levée de fonds précédente et pour accompagner son repositionnement. Ils ajoutent que si l'endettement a augmenté, ils ont dans le même temps sécuriser 12,6 millions de fonds propres additionnels, et que le recours à un montage financier composé à 11% de dettes, 11% de quasi fonds propres et 78% de fonds propres reflète un équilibre plus sain que la présentation tronquée faite par le

liquidateur judiciaire et démontre que les actionnaires et les banquiers avaient confiance dans les projets de réorientation de la société. Ils concluent que la faute n'est pas caractérisée dès lors qu'au cours de la période 2011/2013, la société Médiastay holding a financé son activité essentiellement par un recours aux fonds propres, le financement par emprunt bancaire ne représentant que 20% des apports en fonds propres.

Il est constant que le 28 février 2013 les actionnaires ont d'une part procédé à une augmentation de capital de 1,5 millions d'euros et d'autre part émis des obligations convertibles en actions à hauteur de la même somme, les bénéficiaires de cette émission étant les fonds Turenne invest, Highco Shelf service, Iris capital et Idinvest, déjà actionnaires.

Si ce dernier investissement ne peut pas être qualifié de 'quasi fonds propres', il est néanmoins certain que ces actionnaires ont pris leur décision en toute connaissance de la situation de la société et que l'obligation au remboursement n'est pas avérée avant l'échéance prévue dans la convention, les bénéficiaires ayant toujours la possibilité d'opter pour une conversion de leurs obligations en actions.

Le recours à cet emprunt obligataire, même s'il a contribué à l'augmentation de l'endettement de la société, ne peut pas par conséquent être considéré comme constitutif d'une faute de gestion.

La société Médiastay holding a par ailleurs souscrit le 19 juillet 2011 un nouvel emprunt auprès de BPI France financement pour un montant de 1 500 000 euros, alors même que deux contrats souscrits le 26 juin 2008 (330 000 euros) et le 13 juillet 2010 (538 000 euros) avec cette même société étaient toujours en cours de remboursement. Le préambule de cette convention prévoit que 'le contrat de développement participatif s'adresse aux entreprises saines qui font face à une phase de développement très soutenue de leur activité s'accompagnant d'un programme d'investissement générant d'importants besoins financiers... Il renforce la structure financière de l'entreprise et se positionne en complément des financements bancaires et/ou des apports en fonds propres'.

Le 21 septembre 2012, la société Médiastay holding a de nouveau souscrit un contrat de prêt à taux zéro pour l'innovation auprès de la BPI à hauteur de 800 000 €. Les conditions particulières du contrat indiquent que l'objet du prêt est le 'développement d'une infrastructure novatrice' et la création de plate-formes de jeux.

Il n'est pas démontré que la société BPI, qui accompagnait la société Médiastay depuis plusieurs années, aurait ignoré les difficultés de cette société lors de ces souscriptions.

Les documents comptables produits montrent que, ce faisant, le montant des 'emprunts et dettes' est passé de 3 600 600 euros à la fin de l'exercice 2010, à 4 308 203 euros en 2011, 3 843 145 euros fin 2012 et 5 192 052 euros, dont 1 500 000 euros d'emprunt obligataire, au 31 décembre 2013, alors que dans le même temps le chiffre d'affaires baissait.

Cependant il convient de rappeler que les capitaux propres étaient toujours positifs à ces dates et de relever que les emprunts souscrits en 2011 et 2012 s'inscrivaient, d'une part, dans la suite des augmentations de capital réalisées par les associés les 13 avril et 28 septembre 2011, à hauteur de 9,7 millions d'euros, et, d'autre part, dans la recherche par la société Médiastay de solutions pour réorienter son activité et développer de nouveaux produits afin de renouer avec la rentabilité perdue.

Si le rapport Mazars montre, comme le relève le liquidateur judiciaire, que les investissements réalisés ont été des échecs, il convient de souligner toutefois que ce rapport indique aussi que la forte baisse du niveau d'activité sur la plate-forme de jeux Games passport n'a débuté qu'au second trimestre 2012, en sorte qu'à la date à laquelle ils ont été souscrits il ne peut être affirmé ni qu'il n'y avait aucune

perspective d'amélioration de la rentabilité à court terme compte tenu des autres mesures prises par ailleurs ni que les dirigeants souhaitent alors poursuivre une activité chroniquement déficitaire aux frais de tiers.

Le grief sera, en conséquence, écarté.

B- Le soutien abusif aux filiales

Maître Z de D rappelle que la société Mediastay holding disposait de créances intragroupes d'un montant de 2 326 600,82 euros au 10 avril 2014. Il fait valoir que celles-ci n'ont cessé d'augmenter entre 2011 et 2014 sans que la holding n'en sollicite le remboursement alors que dans le même temps son propre chiffre d'affaires était en baisse constante. Il prétend que le rapatriement de certaines créances, notamment de la moitié de l'avance de trésorerie faite à la filiale brésilienne, aurait permis de financer l'activité de la holding sans mettre celle de la filiale en danger. Il explique que le soutien apporté à ses filiales a privé la société Médiastay holding de disponibilités importantes, la mettant dans l'incapacité d'honorer ses créances fiscales et sociales et générant le caractère insoutenable de sa dette financière et conduisant finalement à l'ouverture de la procédure collective. Il précise que les dirigeants ne peuvent s'exonérer de cette faute de gestion au motif de l'existence d'une convention de trésorerie dans la mesure où une telle convention ne peut être utilisée que dans des conditions et proportions conformes à ce qui peut être supporté par les sociétés, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce dès lors que la situation financière de la société Mediastay holding était catastrophique.

MM. Y et A exposent que les activités des différentes sociétés du groupe Mediastay étaient indissociablement imbriquées et leur sort économique lié, que la société Médiastay holding portait l'ensemble des contrats clients en France et que les chiffres d'affaires des autres entités françaises étaient constitués de la facturation de prestations aux autres sociétés du groupe, que dans le cadre de leurs relations des conventions de trésoreries avaient été mises en place entre les sociétés par lesquelles elles convenaient de s'apporter mutuellement un soutien ponctuel au moyen d'avances et de mises à disposition de fonds nécessaires, que de 2011 à 2014 la société Mediastay holding a continué à consentir des avances à ses filiales rentables afin de permettre in fine des remontées et le redressement du groupe dans son ensemble, que le rapatriement de la trésorerie «bloquée» au Brésil au profit de la maison mère était prévu comme l'indique le rapport Mazars de juillet 2013, qu'une analyse objective du compte de résultat de la holding au 31 juillet 2014 permet de constater l'existence d'autres créances sur les mêmes sociétés, mais non rattachées à des participations, pouvant tout à fait constituer la contrepartie des avances consenties qui n'ont pu être remboursées à la holding en raison des difficultés rencontrées par le groupe dans son ensemble, pour soutenir en conclusion qu'ils n'ont commis aucune faute à ce titre puisque les avances et mises à disposition de fonds s'inscrivaient dans un contexte économique global visant à redresser la situation du groupe.

La balance des comptes de la SA Mediastay holding et le grand livre des comptes produits montrent qu'au 10 avril 2014, la société Médiastay holding détenait des créances à tout le moins de 1 174 686,06 euros à l'encontre de la société North américa, 222 996,63 euros à l'encontre de la société brésilienne Médiastay Ltda et un compte courant d'associé de 928 918,13 euros dans les livres de la société Médiastay création.

Il n'est pas démontré que la holding ait tenté de recouvrer ces sommes alors même que le rapport Mazars du 10 juillet 2010 indique 'il a été considéré que la société Médiastay serait en mesure de rapatrier une partie de la trésorerie bloquée au Brésil. Le coût fiscal de ce rapatriement sera donc considéré comme étant assumé courant 2014, permettant de mettre à disposition de Médiastay près de 50% de la trésorerie bloquée dès début (sic). Le taux de 50% a été déterminé de façon forfaitaire avec le souci de conserver à la société la capacité à se financer 'normalement'".

Il ne peut pas être argué de l'existence de créances réciproques entre la holding et sa filiale Médiastay création dès lors que les avances (928 918,13 euros) étaient supérieures aux créances (793 603 €), en sorte que le non recouvrement du solde constitue une faute de gestion.

De même la convention de trésorerie en date du 10 septembre 2007, aux termes de laquelle les sociétés Mediastay holding et Médiastay création ont convenu de 's'apporter un soutien ponctuel au moyen d'avances et mises à disposition de fonds nécessaires à l'une des parties, et cela par l'utilisation des excédents disponibles de trésorerie ou des autorisations de découvert et assimilées de l'autre partie, en fonction des propres capacités de celle-ci', ne peut exonérer les dirigeants de leur responsabilité dès lors que les avances consenties contrevenaient à ces dispositions en ce qu'elles excédaient les capacités financières de la société mère.

Mêmes si ces avances et leur non recouvrement n'ont pas à elles seules conduit à la ruine de la société holding et des filiales ayant effectué des apports, elles constituent une faute de gestion qui en l'espèce a contribué à l'insuffisance d'actif de la société Médiastay holding en la privant de trésorerie, à hauteur à tout le moins de la somme de 1 421 500 euros, en tenant compte de 50% seulement de la créance de la société brésilienne, alors que sa situation financière était obérée, ce que les dirigeants n'ignoraient pas puisqu'à compter du début de l'année 2013 la société holding ne payait plus ses cotisations sociales et fiscales.

Cette seule faute retenue à l'encontre des dirigeants, dont il n'est pas prétendu qu'il s'agirait d'une simple négligence, justifie leur condamnation à supporter solidairement une partie de l'insuffisance d'actif.

MM. Y et A, qui rappellent s'être engagés à rembourser la somme de 409 033 euros avec intérêts d'ici 2021 au titre de leurs engagements de caution, ne produisent aucun élément relatif à leur situation personnelle, financière et patrimoniale.

Ils seront, en conséquence condamnés solidairement au paiement de la somme de 150 000 euros avec intérêts au taux légal à compter de la présente décision et capitalisation par application de l'article 1343-2 du code civil.

4-Sur la sanction personnelle

Considérant que MM. Y et A ont commis la faute d'usage des biens de la société contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, maître Z de D sollicite leur condamnation à une mesure d'interdiction de gérer sur le fondement de l'article L.653-4 3° du code de commerce.

MM. Y et A s'opposent à cette demande aux motifs qu'ils n'ont pas commis la faute reprochée et qu'ils se sont engagés à rembourser la somme de 409 033 euros outre intérêts au titre de leurs engagements de caution.

L'article L 653-1 du code de commerce dispose que lorsqu'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les dispositions de ce chapitre III, intitulé 'de la faillite personnelle et des autres mesures d'interdictions', sont notamment applicables aux personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait de personnes morales.

L'article L.653-8 alinéa 1 prévoit que dans les cas prévus aux articles L. 653-3 à L. 653-6, le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou

contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci.

Aux termes de l'article L.653-4, 3° du même code, une mesure d'interdiction de gérer peut être prononcée pour avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement.

Au regard des éléments analysés ci-dessus relativement au soutien abusif apporté aux filiales, la faute est caractérisée en ce que MM. Y et A ont ainsi favorisé des sociétés dans lesquelles ils étaient intéressés en ce qu'ils détenaient une partie du capital social de celles-ci. Toutefois eu égard aux démarches et mesures qu'ils ont prises pour tenter de redresser le groupe Médiastay, il n'y a pas lieu de prononcer une mesure d'interdiction de diriger à leur encontre en sus de la sanction financière déjà prononcée.

Le jugement sera donc partiellement infirmé.

PAR CES MOTIFS,

La cour, statuant publiquement par arrêt contradictoire,

Infirmé le jugement sauf en ce qu'il a pris acte de l'abandon au passif de la société Mediastay holding de la créance détenue par MM. Y et A, débouté maître Z de D, ès qualités, de sa demande d'interdiction de gérer et dit que les griefs de poursuite abusive d'une activité déficitaire et de gestion contraire à l'intérêt de la société par recours massif à l'emprunt bancaire n'étaient pas caractérisés ;

Statuant à nouveau des chefs infirmés,

Dit que la faute de gestion contraire à l'intérêt de la société par un soutien abusif aux filiales est caractérisée ;

Condamne solidairement MM. Y et A à supporter une partie de l'insuffisance d'actif de la société Médiastay holding et à payer à maître Z de D ès qualités, à ce titre, la somme de 150 000 euros outre celle de 6 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Ordonne la capitalisation des intérêts ;

Condamne solidairement MM. Y et A aux dépens de première instance et d'appel avec droit de recouvrement au profit de maître B, avocat, pour les frais dont elle aurait fait l'avance, conformément à l'article 699 du code de procédure civile.

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,