

Le : 06/03/2017

## Cour de cassation

### chambre commerciale

Audience publique du 17 novembre 2015

N° de pourvoi: 14-12372

ECLI:FR:CCASS:2015:CO00993

Publié au bulletin

### Cassation partielle

#### Mme Mouillard, président

Mme Vallansan, conseiller apporteur

M. Le Mesle (premier avocat général), avocat général

Me Blondel, SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat(s)

## REPUBLIQUE FRANCAISE

### AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'après la mise en redressement judiciaire de la société Saint-Loup confection (la société débitrice), le 7 juillet 2005, et l'adoption d'un plan de continuation, le 1er juin 2006, M. et Mme X..., ses associés, ont cédé leurs parts le 24 janvier 2008 à la société Foncière du Château, dirigée par M. Y..., et à M. Z..., désigné gérant de la société débitrice, tout en continuant provisoirement d'en assurer la direction technique ; que la société débitrice a été mise en liquidation judiciaire le 18 juin 2009 ; que le liquidateur a assigné en responsabilité pour insuffisance d'actif et en faillite personnelle M. Z..., en sa qualité de dirigeant de droit, et M. Y..., en tant que dirigeant de fait ; que ces derniers ont demandé reconventionnellement l'annulation de la cession des parts sociales ;

Sur le premier moyen :

Attendu que MM. Z...et Y...font grief à l'arrêt de rejeter leur demande d'annulation de la cession alors, selon le moyen, qu'à compter du jugement d'ouverture du redressement judiciaire, les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent, à peine de nullité, céder les parts sociales dans la société qui a fait l'objet du jugement d'ouverture, que dans les conditions fixées par le tribunal ; qu'à défaut de précision en ce sens, cette restriction ne prend pas fin par l'effet de l'adoption du plan de continuation, pendant l'exécution duquel le redressement judiciaire est en cours ; qu'en jugeant que cette restriction à la cession des parts sociales avait pris fin avec l'adoption du plan de continuation de la société débitrice le 1er juin 2006, lequel avait remis cette société in bonis, quand aucune cessation de l'interdiction de

cession sans autorisation préalable ne résultait de l'adoption de ce plan et que la cession non autorisée, ainsi annulable, avait une incidence sur l'appréciation de la responsabilité imputée à MM. Z...et Y..., peu important la présence à l'instance des parties à cette convention, la cour d'appel, qui a distingué là où la loi ne distinguait pas, a violé l'article L. 621-19 du code de commerce, en sa rédaction applicable en l'espèce antérieure à la loi du 26 juillet 2005 ;

Mais attendu que, sauf décision contraire du tribunal, l'interdiction, pour les dirigeants, de céder librement leurs parts sociales à compter du jugement d'ouverture, édictée par l'article L. 621-19 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, cesse avec le jugement qui arrête le plan de continuation ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu que, la société étant redevenue maîtresse de ses biens, les associés étaient, en l'absence de toute interdiction faite par le jugement arrêtant le plan, libres de céder leurs parts sociales, le 24 janvier 2008, sans autorisation judiciaire préalable ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que MM. Y...et Z...font grief à l'arrêt de les condamner solidairement à payer la somme de 490 605 euros au titre de l'insuffisance d'actif alors, selon le moyen :

1°/ qu'est dirigeant de fait la personne qui exerce en toute indépendance une activité positive et indépendante de direction ; que l'attribution d'une telle qualité suppose la constatation de faits précis de nature à caractériser une immixtion dans la gestion ; qu'en se contentant de relever que M. Y...était le seul interlocuteur des époux X...et des salariés, qu'il « agissait en toute autonomie », qu'il était seul entré en contact avec le liquidateur judiciaire de la société débitrice, qu'il avait adressé des courriels à des clients et que la société Foncière du Château était destinataire des relevés de banque de la société débitrice, pour affirmer qu'il « exerçait directement et aux lieux et places du gérant et en toute indépendance, un contrôle effectif et constant de la société », la cour d'appel, qui n'a relevé aucun fait précis traduisant une activité positive et indépendante de direction, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en affirmant que M. Y...exerçait un contrôle effectif et constant de la société, lequel ne relevait plus des anciens dirigeants, les époux X..., sans rechercher, comme elle y était invitée, si, peu important qu'ils ne fussent plus effectivement dirigeants de droit, les époux X..., qui étaient présents dans les locaux de la société débitrice en permanence, au contraire de M. Y..., avaient empêché ce dernier d'avoir une quelconque activité positive et indépendante, dès lors qu'il lui avait été impossible de faire respecter la politique de paiement par la clientèle, de disposer d'un bureau lorsqu'il venait deux fois par mois, de participer à l'établissement des plannings de production, des prix de vente, de facturation, des approvisionnements, des salaires et des décomptes d'heures, tâches exécutées par les époux X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

3°/ qu'en retenant une abstention fautive de M. Z..., dirigeant de droit de la société débitrice, sans rechercher, comme elle y était invitée, si cette abstention n'était pas le fait des époux X..., qui avaient conservé la mainmise sur la direction effective de la société dont ils avaient cédé les parts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

4°/ qu'en retenant à l'encontre de MM. Y...et Z...un défaut de tenue de comptabilité, tout en constatant que M. Y...était entré en contact avec M. B..., auquel il avait fourni une note sur la situation comptable de la société, ce qui faisait apparaître qu'il était en mesure de présenter une comptabilité de cette dernière, la cour d'appel a statué par des motifs contradictoires, violant

ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

5°/ qu'en retenant à l'encontre de MM. Y...et Z...un défaut de tenue de comptabilité, sans rechercher, comme elle y était invitée, si une telle absence de comptabilité ne tenait pas au fait que M. X...avait conservé la maîtrise absolue des éléments comptables et le lien avec le cabinet chargé d'établir cette comptabilité, empêchant MM. Y...et Z...de tenir une comptabilité à l'aide d'éléments auxquels ils ne pouvaient accéder, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

6°/ qu'en imputant à M. Y...une faute consistant à s'être fait remettre par la société Saint Loup confection une somme de 43 000 euros sans contrepartie, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les sommes ainsi versées ne correspondaient pas « strictement à des remboursements d'avances faites au profit de la société débitrice, consacrées à des achats, des travaux, des prestations, des études, des frais d'agents commerciaux, des déplacements » et rémunéraient « les frais de gestion et les heures des personnels employés par la société cessionnaire ou des associés », la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

7°/ qu'en imputant à M. Y...le licenciement de salariés de la société débitrice pour faute lourde, au motif que les jugements rendus par le conseil de prud'hommes au profit de ces salariés « soulignent le rôle qu'a joué M. Y...à l'occasion du licenciement abusif de la quasi-totalité du personnel », quand le motif des jugements auquel il était ainsi fait référence énonçait seulement que « M. Y...François a semble-t-il pris un certain nombre d'initiatives, dont le licenciement », la cour d'appel a statué par un motif dubitatif, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

8°/ que la condamnation d'un dirigeant au paiement de l'insuffisance d'actif suppose que celle-ci soit certaine, son existence et son montant devant être appréciés par le juge au jour où il statue, cette insuffisance étant directement imputable au dirigeant condamné ; qu'en retenant que le montant de l'insuffisance d'actif de 490 605 euros était imputable à MM. Z...et Y..., au motif que le bilan clos le 30 juin 2007 avant leur intervention avait fait apparaître un résultat d'exploitation bénéficiaire et que le bilan clos le 30 juin 2008, après la cession, avait fait apparaître une perte, quand la cession de parts sociales au bénéfice de M. Z...et de la société Foncière du Château n'avait eu lieu qu'à la fin du mois de janvier 2008, de sorte que la perte constatée au 30 juin 2008 pouvait également être le fait des anciens dirigeants en raison de leur activité au cours du premier semestre de l'exercice, ce qui aurait exclu que cette perte puisse être comprise dans l'insuffisance d'actif mise à la charge de MM. Z...et Y..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

9°/ que la condamnation solidaire de plusieurs dirigeants d'une personne morale au paiement de l'insuffisance d'actif est une décision devant être spécialement motivée ; que pour condamner solidairement MM. Z...et Y..., la cour d'appel s'est contentée de leur imputer communément un défaut de comptabilité régulière et une comptabilité manifestement incomplète ; qu'en se déterminant ainsi par une motivation insuffisante à répondre aux exigences de l'article L. 651-2, 1er alinéa, du code de commerce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de cette disposition ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que M. Y...agissait en toute autonomie, qu'il était le seul interlocuteur de M. et Mme X..., qui n'étaient chargés que de la gestion technique de la société débitrice et auxquels il reprochait l'absence de mise en oeuvre des décisions « de la direction », qu'il est intervenu dans le licenciement des salariés et qu'il correspondait avec les clients ; qu'il en déduit que M. Y...a dirigé en fait la

société ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'ayant constaté que M. Z...n'avait jamais réellement exercé ses fonctions de dirigeant de droit, qu'il n'avait eu aucun contact avec les salariés de l'entreprise ou les époux X..., laissant M. Y...agir à sa guise, la cour d'appel, faisant ainsi ressortir l'abstention fautive de M. Z..., a légalement justifié sa décision ;

Attendu, en troisième lieu, que l'arrêt qui, contrairement aux allégations du moyen, ne retient pas contre les dirigeants un défaut de comptabilité au sens de l'article L. 653-5, 6° du code de commerce, relève que c'est en présentant une fausse attestation d'une étude notariale mentionnant qu'il aurait consigné une somme de 114 000 euros pour désintéresser les créanciers de la société que M. Y...s'est fait remettre par celle-ci, sans contrepartie, une somme de 43 000 euros, et qu'il résulte des jugements de condamnation pour licenciement abusif qu'il a joué un rôle actif dans les licenciements fautifs de la quasi totalité du personnel ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise et ne s'est pas prononcée par un motif dubitatif, a caractérisé les fautes de gestion commises par M. Y...;

Attendu, en quatrième lieu, que le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable sur le fondement de l'article L. 651-2 du code de commerce dès lors que sa faute de gestion a contribué à l'insuffisance d'actif, sans qu'il soit nécessaire de déterminer quelle part de l'insuffisance est imputable à cette faute ; qu'ayant précisé que les fautes de gestion qu'elle a retenues contre MM. Y...et Z..., avaient, en privant la société débitrice de trésorerie et en lui imposant des coûts de licenciement induits, contribué à l'insuffisance d'actif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que MM. Y...et Z...avaient tous deux participé aux licenciements abusifs de la quasi totalité du personnel, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de les condamner solidairement ;

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait en sa cinquième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le troisième moyen, pris en sa troisième branche :

Vu l'article L. 653-5, 5° du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité ;

Attendu que, pour condamner MM. Y...et Z...à la faillite personnelle, l'arrêt relève que M. Z...n'a pas répondu à la convocation et aux demandes de renseignements du liquidateur ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'absence de coopération des deux dirigeants avec le liquidateur judiciaire, faisant obstacle au bon déroulement de la procédure, quand elle avait relevé que M. Y...s'était présenté à lui pour fournir toutes explications sur la situation de la société et lui avait adressé copie d'une note sur la situation comptable de la société et sur son redéploiement commercial, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et attendu que la condamnation au titre de la faillite personnelle de chacun des dirigeants ayant été prononcée en considération de plusieurs faits, la cassation encourue à raison de l'un d'eux entraîne la cassation de l'arrêt de ce chef ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce que, confirmant le jugement, il prononce la faillite personnelle de MM. Y...et Z...pour une durée de quinze ans, l'arrêt rendu le 10 décembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et

les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nancy ;

Laisse à chacune des parties la charge de ses dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix-sept novembre deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils, pour M. Y...et M. Z...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. Gilbert Z...et M. François Y... de leur demande en annulation du contrat de cession de parts sociales du 24 janvier 2008 ;

Aux motifs que « le tribunal de commerce de Châlons-en-Champagne a homologué le plan d'apurement du passif présenté par la société Saint Loup Confection en redressement judiciaire par jugement du 1er juin 2006, qui a notamment fixé la première échéance au 1er juin 2007, la durée du plan à dix ans et a dit que la société Saint Loup Confection devra déposer entre les mains du commissaire à l'exécution du plan une situation comptable trimestrielle et le bilan annuel de l'entreprise ; que par application des dispositions de l'article L. 621-62 la décision arrêtant le plan organise soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession, soit sa continuation assortie d'une scission partielle ; que le jugement qui arrête le plan rend ses dispositions opposables au tous ; qu'après adoption d'un plan de continuation, la société en redressement judiciaire se trouve in bonis, et en vertu des dispositions de l'article 89 du décret n° 851388 du 27 décembre 1985 applicables à la cause, le juge-commissaire n'est maintenu en fonction que pour achever la procédure de vérification des créances s'il y a lieu, et sa mission prend fin dès la reddition définitive des comptes de l'administrateur judiciaire et du représentant des créanciers ; que l'arrêt du plan de continuation a pour effet de rétablir le chef d'entreprise à la tête de ses affaires et le débiteur retrouve le droit de disposer de ses biens et de leur prix ; que la société étant in bonis les associés sont, en l'absence de toute interdiction faite par le jugement d'homologation du plan, libres de céder leurs parts sociales ou actions sans autorisation judiciaire préalable ; que s'agissant de la vente de biens qui n'ont pas été déclarés inaliénables par le plan, et dont le plan n'a pas prévu la réalisation, le prix de cession des parts sociales n'a pas à être remis au commissaire à l'exécution du plan et n'est pas dû à la société ; qu'il ne peut qu'être versé entre les mains des cédants ; que la cession de parts sociales est intervenue le 24 janvier 2008 et a préalablement été longuement négociée, elle ne peut être annulée pour les motifs avancés par les appelants alors que de plus, les époux X...cédants desdites parts sociales, ne sont pas parties à la présente procédure et n'étaient, après homologation du plan, pas représentés par le commissaire à l'exécution du plan » ;

Alors que, à compter du jugement d'ouverture du redressement judiciaire, les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent, à peine de nullité, céder les parts sociales dans la société qui a fait l'objet du jugement d'ouverture, que dans les conditions fixées par le tribunal ; qu'à défaut de précision en ce sens, cette restriction ne prend pas fin par l'effet de l'adoption du plan de continuation, pendant l'exécution duquel le redressement judiciaire est en cours ; qu'en jugeant que cette restriction à la cession des parts sociales avait pris fin avec

l'adoption du plan de continuation de la société Saint Loup Confection le 1er juin 2006, lequel avait remis cette société in bonis, quand aucune cessation de l'interdiction de cession sans autorisation préalable ne résultait de l'adoption de ce plan et que la cession non autorisée, ainsi annulable, avait une incidence sur l'appréciation de la responsabilité imputée à MM. Z...et Y..., peu important la présence à l'instance des parties à cette convention, la cour d'appel, qui a distingué là où la loi ne distinguait pas, a violé l'article L. 621-19 du code de commerce, en sa rédaction applicable en l'espèce antérieure à la loi du 26 juillet 2005.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit M. Y... gérant de fait de la société Saint Loup Confection, d'avoir établi l'insuffisance d'actif imputable à la gestion de M. Z...et de M. Y... à la somme de 490. 605 euros et d'avoir condamné solidairement MM. Z...et Y... à payer à Me B..., ès qualités de liquidateur judiciaire de la société Saint Loup Confection, la somme de 490. 605 euros, outre intérêts légaux ;

Aux motifs propres qu'« il résulte de l'examen des statuts de la société Saint Loup Confection, mis à jour lors de l'assemblée générale des associés du 24 janvier 2004, suite à la cession des parts sociales, que le capital social divisé en 500 parts était détenu par la société Foncière du Château à hauteur de 490 parts et par M. Z...à hauteur de 10 parts ; que l'extrait du RCS établit que M. Z...était le gérant de la société et que ce dernier était également le gérant de la société Foncière du Château, propriétaire de 90 % des parts sociales de la société ; que Me B...ès qualités de mandataire liquidateur à la société Saint Loup Confection soutient que M. Z...n'a jamais exercé ses fonctions, sauf à signer les actes de cession des parts sociales et que M. Y... était le gérant de fait depuis les discussions préalables et la préparation des protocoles de cession de la société Saint Loup Confection ; que le dirigeant de fait est la personne qui exerce directement ou par personne interposée, une activité positive et indépendante d'administration générale de la personne morale, sous couvert ou aux lieu et place de ses représentants légaux ; que les pièces versées aux débats et notamment la note de synthèse chronologique de la société Saint Loup Confection adressée à Me B...confirment, qu'après la signature par M. Z...des actes présidant à la cession totale des parts sociales activement négociée par M. Y..., le contrat de prestations avec la société JLM a été mis en oeuvre ; que la gestion technique de la société a été laissée aux époux X..., alors que les nouveaux associés étaient à Paris et n'étaient, selon M. Y..., présents qu'une à deux fois par semaine ; que dans leurs notes adressées à Me B...les 10 et 12 août 2009, les époux X...expliquent, que suite à la cession des parts, ils ont au travers de la société JLM assuré la production, la partie technique et la qualité de la production ainsi que les contacts avec les donneurs d'ordres habituels, alors que la gestion financière était assurée par une société Parthena, la Foncière du Château sise 95, rue La Boétie à Paris ; que tous les relevés de banque étaient transmis à cette adresse par la banque, les virements et chèques étaient émis et signés par M. Z...à Paris ; que M. Z...leur avait donné une procuration bancaire d'un montant de 1. 500 euros pour faire face à des dépenses d'entretien ou de remplacement de pièces ; que la comptabilité était suivie par Mme A...de la société Parthena ; qu'ils étaient en relation habituelle avec M. Y..., qui était leur seul interlocuteur et agissait en toute autonomie ; que ce dernier est seul entré en contact avec Me B...pour fournir toutes explications sur la situation de la société le 26 juin 2009 et a, le 17 juin 2009, transmis à son conseil, avec copie à Me B..., une note sur la situation comptable de la société et sur son redéploiement commercial en rappelant que le suivi quotidien de la société sur le plan juridique, social, commercial et comptable était assuré par son associé principal, la société Foncière du Château ; qu'il se plaint dans ce document du refus des époux X...de mettre en

oeuvre les prescriptions de la direction ; qu'au vu de ces éléments et des pièces versées aux débats, il est démontré que les époux X...n'assuraient que le suivi technique de la production dans l'attente de la nomination de nouveaux dirigeants techniques par les nouveaux associés, qu'ils ne prenaient aucune décision de gestion ; que ces dernières étaient, comme les relations avec la banque et le suivi commercial, assurées par les nouveaux associés ; qu'en l'absence de M. Z..., M. Y..., seul interlocuteur des époux X...et des salariés, était le véritable dirigeant de fait ; qu'il exerçait directement et aux lieu et place du gérant et en toute indépendance, un contrôle effectif et constant de la société qui, contrairement à ce qu'il soutient dans ses écrits, ne relevait plus des anciens dirigeants, les époux X...; que le jugement déferé sera donc confirmé en tant qu'il a constaté que M. Y... était gérant de fait de la société Saint Loup Confection ; que par application de l'article L. 651-2 du code de commerce, lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal de commerce peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider qu'elle sera supportée en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux ayant contribué à la faute de gestion ; qu'en cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ; que la liste des créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire laisse apparaître que Me B...ès qualités a recueilli les déclarations des créanciers pour une somme totale de 708. 290, 88 euros représentant à hauteur de 357. 231, 46 euros l'avance consentie par le CGEA d'Amiens à la suite du licenciement de 19 salariés pour faute lourde et de 2 salariés pour motif économique ; que la réalisation de l'actif a permis de rapporter une somme de 51. 619, 89 euros, de sorte que l'insuffisance d'actif s'élève au montant de 656. 670, 99 euros dont à déduire le passif imputable à la première procédure de redressement judiciaire, qui a été déterminé avec précision lors de la présentation du plan de continuation et qui s'élève, après règlement de deux échéances du plan, à la somme de 166. 066 euros ; que le montant de l'insuffisance d'actif imputable à M. Z...et M. Y... est donc de 490. 605 euros, étant observé que le bilan clos le 30 juin 2007, avant leur intervention fait apparaître un résultat d'exploitation de 19. 195 euros et une situation saine et que le bilan clos le 30 juin 2008 fait apparaître une perte ; qu'il résulte des énonciations faites ci-dessus que M. Z...n'a jamais réellement exercé ses fonctions, qu'il n'a eu aucun contact avec les salariés de l'entreprise ou les époux X...en laissant M. Y... agir à sa guise, alors que la situation de la société était déjà difficile à la fin de l'année 2008 et avait au premier trimestre 2009 donné lieu à une enquête en raison du défaut de paiement des salaires ; que dans son rapport du 24 novembre 2009 adressé au tribunal de commerce, Me B...relève que le gérant de droit n'a jamais déferé à ses convocations adressées à deux adresses différentes, sans être retournées à l'expéditeur, et ne lui a jamais adressé aucun message ; qu'il est donc établi qu'il n'a exercé aucun contrôle ni aucune surveillance sur la marche de l'entreprise, qu'il s'est abstenu de mettre en place une structure compétente et une comptabilité fiable, que les difficultés de trésorerie n'ont pas permis de payer les salariés et ont suite au mécontentement qu'ils ont exprimé, donné lieu, pour 19 d'être eux, à un licenciement pour faute lourde, sans motif valable et sans respect de la procédure de licenciement ; que l'inaction fautive de M. Z..., son désintérêt et ses fautes de gestion ont conduit à la liquidation judiciaire de la société Saint Loup Confection et à l'insuffisance d'actif et justifient sa condamnation sur le fondement des dispositions de l'article L. 651-2 du code de commerce ; qu'en ce qui concerne M. Y..., les premiers juges ont justement relevé au vu des pièces n° 57-1 à 57-6 versées aux débats, qu'il s'est le juillet 2007 dans le cadre d'un mandat d'intérêt commun, fait remettre sans aucune contrepartie, par la société Saint Loup

Confection, une somme de 43. 000 euros en présentant une fausse attestation d'une étude notariale mentionnant qu'il avait consigné une somme de 114. 000 euros en vue de désintéresser des créanciers de la société ; que ce comportement pour le moins fautif a contribué à la liquidation judiciaire et à l'insuffisance d'actif et a privé la société de trésorerie ; que les jugements rendus par le conseil de prud'hommes au profit des salariés licenciés pour faute lourde, versés aux débats, soulignent le rôle qu'a eu M. Y... à l'occasion du licenciement abusif de la quasi-totalité du personnel dont le coût doit être supporté par la société Saint Loup Confection ; que le jugement déferé sera donc confirmé en ce qu'il a condamné solidairement M. Z...et M. Y... à payer à Me B...la somme de 490. 605 euros représentant l'insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire sur le fondement des dispositions de l'article L. 651-2 du code de commerce » ;

Et aux motifs, éventuellement adoptés, que « M. Y... s'est substitué en permanence à M. Z...lors des discussions préalables à la cession et dans l'établissement du protocole de cession du 27 décembre 2007 ; que M. Y... apparaît comme signataire du protocole de cession du 27 décembre 2007 pour le compte de la Foncière du Château ; que M. Y... s'est comporté en véritable gérant de fait de la société Saint Loup Confection dans la gestion de l'entreprise, pour preuve les échanges de mails avec les clients (23 juin 2009, 8 juin 2009), présence aux lieu et place du gérant de droit à la convocation du liquidateur Me B...François du juin 2009, envoi en date du 17 juin 2009 au liquidateur Me B...François des documents comptables et objectifs commerciaux ; que le tribunal déclarera M. Y... gérant de fait de la société Saint Loup Confection ; qu'il est reproché à M. Z...gérant de droit et à M. Y... gérant de fait, les faits suivants : au titre de l'article L. 653-4 du code de commerce : avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale, en l'espèce, pour M. Y... François en se faisant remettre des fonds de la société Saint Loup Confection sans contrepartie, pour preuves, le reçu de 43. 000 euros signé de M. Y... et copie du chèque tiré sur la banque Kolb, les courriers à Me B...François de l'étude notariale Prud'homme (14 octobre 2009 et 23 octobre 2009), contestant avoir fourni une attestation de dépôt de fonds de 114. 000 euros, pour la société Saint Loup Confection, le dépôt de plainte du notaire à la gendarmerie pour usage de faux du 23 octobre 2009, en l'espèce, pour M. Z...par son inaction et son désintérêt total de ses fonctions de gérant, en cautionnant ou du moins en ne s'opposant pas aux agissements et aux décisions de M. Y... qui ont conduit à la liquidation judiciaire et à l'insuffisance d'actif de la société Saint Loup Confection ; qu'au titre des articles L. 653-5 du code de commerce, avoir, en s'abstenant de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle à son bon déroulement, en l'espèce en ne se présentant pas aux audiences du tribunal de commerce et en ne se rendant pas aux convocations du mandataire liquidateur, avoir omis de demander l'ouverture d'une procédure collective dans le délai de 45 jours, à compter de la cessation des paiements, sans avoir par ailleurs demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation, conformément à l'article L. 653-1 du code de commerce, en l'espèce le rapport établi le 23 avril 2009 mettait en évidence l'état de cessation des paiements dès le 1er avril 2009 ; que M. Z...et M. Y..., par leurs fautes de gestion et leurs irrégularités ont contribué à l'insuffisance d'actif de la société Saint Loup Confection, engageant leur responsabilité financière, en l'espèce en ayant procédé à des licenciements abusifs qui ont grevé les finances de la société Saint Loup Confection de 132. 646 euros (cf. jugements du conseil des prud'hommes du 9 mars 2010 où l'on peut lire « M. Y... François a semble-t-il pris un certain nombre d'initiatives dont le licenciement de (Z) pour faute lourde », « griefs énoncés dans le courrier de licenciement du 11 juin 2009, actés par M. Z...Gilbert (Z) ») ; qu'il y aura

lieu en application de l'article L. 652-2 du code de commerce, de leur faire supporter solidairement les dettes sociales et d'en fixer la somme à 490. 605 euros » ;

Alors, d'une part, qu'est dirigeant de fait la personne qui exerce en toute indépendance une activité positive et indépendante de direction ; que l'attribution d'une telle qualité suppose la constatation de faits précis de nature à caractériser une immixtion dans la gestion ; qu'en se contentant de relever que M. Y... était le seul interlocuteur des époux X...et des salariés, qu'il « agissait en toute autonomie », qu'il était seul entré en contact avec le liquidateur judiciaire de la société Saint Loup Confection, qu'il avait adressé des courriels à des clients et que la société Foncière du Château était destinataire des relevés de banque de la société Saint Loup Confection, pour affirmer qu'il « exerçait directement et aux lieu et place du gérant et en toute indépendance, un contrôle effectif et constant de la société », la cour d'appel, qui n'a relevé aucun fait précis traduisant une activité positive et indépendante de direction, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Alors, d'autre part, qu'en affirmant que M. Y... exerçait un contrôle effectif et constant de la société, lequel ne relevait plus des anciens dirigeants, les époux X..., sans rechercher, comme elle y était invitée (concl. p. 8), si, peu important qu'ils ne fussent plus effectivement dirigeants de droit, les époux X..., qui étaient présents dans les locaux de la société Saint Loup Confection en permanence, au contraire de M. Y..., avaient empêché ce dernier d'avoir une quelconque activité positive et indépendante, dès lors qu'il lui avait été impossible de faire respecter la politique de paiement par la clientèle, de disposer d'un bureau lorsqu'il venait deux fois par mois, de participer à l'établissement des plannings de production, des prix de vente, de facturation, des approvisionnements, des salaires et des décomptes d'heures, tâches exécutées par les époux X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Alors, de troisième part, qu'en retenant une abstention fautive de M. Z..., dirigeant de droit de la société Saint Loup Confection, sans rechercher, comme elle y était invitée (concl. p. 8), si cette abstention n'était pas le fait des époux X..., qui avaient conservé la mainmise sur la direction effective de la société dont ils avaient cédé les parts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Alors, de quatrième part, subsidiairement, qu'en retenant à l'encontre de MM. Y... et Z...un défaut de tenue de comptabilité, tout en constatant que M. Y... était entré en contact avec Me B..., auquel il avait fourni une note sur la situation comptable de la société, ce qui faisait apparaître qu'il était en mesure de présenter une comptabilité de cette dernière, la cour d'appel a statué par des motifs contradictoires, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors, de cinquième part, subsidiairement, qu'en retenant à l'encontre de MM. Y... et Z...un défaut de tenue de comptabilité, sans rechercher, comme elle y était invitée (concl. p. 8), si une telle absence de comptabilité ne tenait pas au fait que M. X...avait conservé la maîtrise absolue des éléments comptables et le lien avec le cabinet chargé d'établir cette comptabilité, empêchant MM. Y... et Z...de tenir une comptabilité à l'aide d'éléments auxquels ils ne pouvaient accéder, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Alors, de sixième part, subsidiairement, qu'en imputant à M. Y... une faute consistant à s'être fait remettre par la société Saint Loup Confection une somme de 43. 000 euros sans contrepartie, sans rechercher, comme elle y était invitée (concl. p. 7, in fine), si les sommes ainsi versées ne correspondaient pas « strictement à des remboursements d'avances faites au

profit de Saint Loup Confection, consacrées à des achats, des travaux, des prestations, des études, des frais d'agents commerciaux, des déplacements » et rémunéraient « les frais de gestion et les heures des personnels employés par la société cessionnaire ou des associés de cette société », la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Alors, de septième part, subsidiairement, qu'en imputant à M. Y... le licenciement de salariés de la société Saint Loup Confection pour faute lourde, au motif que les jugements rendus par le conseil de prud'hommes au profit de ces salariés « soulignent le rôle qu'a joué M. Y... à l'occasion du licenciement abusif de la quasi-totalité du personnel », quand le motif des jugements auquel il était ainsi fait référence énonçaient seulement que « M. Y... François a semble-t-il pris un certain nombre d'initiatives, dont le licenciement », la cour d'appel a statué par un motif dubitatif, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors, de huitième part, plus subsidiairement, que la condamnation d'un dirigeant au paiement de l'insuffisance d'actif suppose que celle-ci soit certaine, son existence et son montant devant être appréciés par le juge au jour où il statue, cette insuffisance étant directement imputable au dirigeant condamné ; qu'en retenant que le montant de l'insuffisance d'actif de 490. 605 euros était imputable à MM. Z...et Y..., au motif que le bilan clos le 30 juin 2007 avant leur intervention avait fait apparaître un résultat d'exploitation bénéficiaire et que le bilan clos le 30 juin 2008, après la cession, avait fait apparaître une perte, quand la cession de parts sociales au bénéfice de M. Z...et de la société Foncière du Château n'avait eu lieu qu'à la fin du mois de janvier 2008, de sorte que la perte constatée au 30 juin 2008 pouvait également être le fait des anciens dirigeants en raison de leur activité au cours du premier semestre de l'exercice, ce qui aurait exclu que cette perte puisse être comprise dans l'insuffisance d'actif mise à la charge de MM. Z...et Y..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Alors, en tout état de cause, que la condamnation solidaire de plusieurs dirigeants d'une personne morale au paiement de l'insuffisance d'actif est une décision devant être spécialement motivée ; que pour condamner solidairement MM. Z...et Y..., la cour d'appel s'est contentée de leur imputer communément un défaut de comptabilité régulière et une comptabilité manifestement incomplète ; qu'en se déterminant ainsi par une motivation insuffisante à répondre aux exigences de l'article L. 651-2, 1er alinéa du code de commerce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de cette disposition.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir prononcé la faillite personnelle de M. Z...en qualité de gérant de droit de la société Saint Loup Confection et fixé la durée de cette mesure à quinze ans et d'avoir prononcé la faillite personnelle de M. Y... en qualité de gérant de fait de la société Saint Loup Confection et fixé la durée de cette mesure à quinze ans ;

Aux motifs propres que « par application des dispositions de l'article L. 653-1 du Code de commerce, les mesures de faillite personnelle et d'interdiction de gérer sont applicables aux personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale ; que l'article L. 653-5 du code de commerce prévoit que ces sanctions peuvent être prononcées contre les personnes ayant, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle au bon déroulement de la procédure ou ayant fait disparaître des documents comptables, n'ayant pas tenu de comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation ou ayant tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables ; que le rapport établi par Me B...le 24 novembre 2009 démontre

amplement qu'à la suite du prononcé de la liquidation judiciaire, M. Z...n'a pas répondu à sa convocation et à ses demandes de renseignements, que seul M. Y... s'est présenté au mandataire liquidateur et n'a fourni aucune explication sur l'absence de M. Z..., gérant de droit ; que la société Saint Loup Confection n'a pas été en mesure de présenter une comptabilité relative à l'activité postérieure à l'exercice clos le 30 juin 2008 ; qu'il est donc démontré que tant le gérant de droit que le gérant de fait se sont abstenus de coopérer avec le liquidateur et ont fait obstacle au bon déroulement de la procédure et n'ont pas tenu une comptabilité régulière et une comptabilité manifestement incomplète au regard des textes applicables aux sociétés commerciales » ;

Et aux motifs éventuellement adoptés que « au titre de l'article L. 653-4 du code de commerce : avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale, en l'espèce, pour M. Y... François en se faisant remettre des fonds de la société Saint Loup Confection sans contrepartie, pour preuves, le reçu de 43.000 euros signé de M. Y... et copie du chèque tiré sur la banque Kolb, les courriers à Me B...François de l'étude notariale Prud'homme (14 octobre 2009 et 23 octobre 2009), contestant avoir fourni un attestation de dépôt de fonds de 114.000 euros, pour la société Saint Loup Confection, le dépôt de plainte du notaire à la gendarmerie pour usage de faux du 23 octobre 2009 ; en l'espèce, pour M. Z...par son inaction et son désintéret total de ses fonctions de gérant, en cautionnant ou du moins en ne s'opposant pas aux agissements et aux dédisions de M. Y... qui ont conduit à la liquidation judiciaire et à l'insuffisance d'actif de la société Saint Loup Confection ; qu'au titre des articles L. 653-5 du code de commerce, avoir, en s'abstenant de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle à son bon déroulement, en l'espèce en ne se présentant pas aux audiences du tribunal de commerce et en ne se rendant pas aux convocations du mandataire liquidateur » ;

Alors, d'une part, que le défaut de remise de la comptabilité n'est pas un fait de nature à justifier le prononcé de la faillite personnelle ; qu'en imputant à MM. Y... et Z...un défaut de tenue de comptabilité régulière et une comptabilité manifestement incomplète pour prononcer leur faillite personnelle, tandis qu'elle avait seulement retenu que ces derniers n'avaient pas été en mesure de présenter une comptabilité relative à l'activité postérieure à l'exercice clos le 30 juin 2008, ce qui ne pouvait justifier le prononcé d'une telle mesure, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 653-5 du code de commerce ;

Alors, d'autre part, subsidiairement, qu'en retenant à l'encontre de MM. Y... et Z...un défaut de tenue de comptabilité, tout en constatant que M. Y... était entré en contact avec le liquidateur judiciaire auquel il avait fourni une note sur la situation comptable de la société, ce qui faisait apparaître que MM. Y... et Z...avaient été en mesure de présenter une comptabilité de cette dernière, la cour d'appel a statué par des motifs contradictoires, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors, de troisième part, en tout état de cause, qu'en affirmant que MM. Z...et Y..., qualifiés respectivement de gérant de droit et de gérant de fait, n'avaient pas coopéré avec le liquidateur, faisant ainsi obstacle au bon déroulement de la procédure collective, et n'avaient pas tenu de comptabilité régulière ou, à tout le moins une comptabilité manifestement incomplète, après avoir constaté que M. Y... était entré en contact avec Me B...« pour fournir toutes explications sur la situation de la société le 26 juin 2009 et a le 17 juin 2009 transmis à son Conseil avec copie à Me B..., une note sur la situation comptable de la société, et sur son redéploiement commercial », ce dont il résultait que MM. Y... et Z...ne s'étaient pas abstenus de coopérer avec les organes de la procédure, auxquels ils avaient transmis les éléments nécessaires relatifs à la

comptabilité de la société, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, violant ainsi l'article L. 653-5 du code de commerce ;

Alors, de quatrième part, qu'en imputant à M. Y... une faute consistant à s'être fait remettre par la société Saint Loup Confection une somme de 43.000 euros sans contrepartie, sans rechercher, comme elle y était invitée (concl. p. 7, in fine), si les sommes ainsi versées ne correspondaient pas « strictement à des remboursements d'avances faites au profit de Saint Loup Confection, consacrées à des achats, des travaux, des prestations, des études, des frais d'agents commerciaux, des déplacements » et rémunéraient « les frais de gestion et les heures des personnels employés par la société cessionnaire ou des associés », la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du code de commerce ;

Alors, en tout état de cause, que ne constitue pas un comportement susceptible de justifier le prononcé de la faillite personnelle, le défaut de déclaration de cessation des paiements ; qu'à supposer le motif adopté, en retenant une faute justifiant la faillite personnelle à défaut pour MM. Z...et Y... d'avoir demandé l'ouverture

d'une procédure collective dans le délai de 45 jours à compter de la cessation des paiements, quand un tel comportement ne compte pas au nombre des agissements pouvant justifier le prononcé d'une telle mesure, la cour d'appel a violé les articles L. 653-3 à L. 653-5 du code de commerce.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Reims , du 10 décembre 2013

**Titrages et résumés :** ENTREPRISE EN DIFFICULTE - Redressement judiciaire - Plan - Plan de continuation - Effets - Effets à l'égard du débiteur - Fin de l'interdiction pour un dirigeant de céder ses parts sociales

Sauf décision contraire du tribunal, l'interdiction, pour les dirigeants, de céder librement leurs parts sociales à compter du jugement d'ouverture du redressement judiciaire de leur société, édictée par l'article L. 621-19 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, cesse avec le jugement qui arrête le plan de continuation

**Textes appliqués :**

- article L. 621-19 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005