COMM.

IK

COUR DE CASSATION

_____

Audience publique du 21 juin 2017

Rejet non spécialement motivé

Mme MOUILLARD, président

Décision n° 10264 F

Pourvoi n° W 15-24.896

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

_____

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

_____

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu la décision suivante :

Vu le pourvoi formé par :

1°/ la société Diagnostic Medical Systems, société anonyme,

2°/ la société Medilink, société à responsabilité limitée,

ayant toutes deux leur siège [...],

contre l'arrêt rendu le 23 juin 2015 par la cour d'appel de Montpellier (2e chambre), dans le litige les opposant :

1°/ à Mme Christina X..., épouse Y..., domiciliée [...],

2°/ à M. Antoine Y..., domicilié [...],

3°/ à M. Jean-Luc Z..., domicilié [...],

défendeurs à la cassation ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 10 mai 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. A..., conseiller référendaire rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme B..., avocat général, M. Graveline, greffier de chambre ;

Vu les observations écrites de la SCP Spinosi et Sureau, avocat des sociétés Diagnostic Medical Systems et Medilink, de la SCP Didier et Pinet, avocat de M. Y... ;

Sur le rapport de M. A..., conseiller référendaire, l'avis de Mme B..., avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;

Attendu que le moyen de cassation annexé, qui est invoqué à l'encontre de la décision attaquée, n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Qu'il n'y a donc pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée ;

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés Diagnostic Medical Systems et Medilink aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette leur demande et les condamne à payer à M. Y... la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt et un juin deux mille dix-sept. MOYEN ANNEXE à la présente décision

Moyen produit par la SCP Spinosi et Sureau, avocat aux Conseils, pour les sociétés Diagnostic Medical Systems et Medilink

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé, par substitution de motifs, le jugement du tribunal de commerce de Montpellier prononcé le 2 décembre 2013, ayant déclaré prescrites les actions intentées par la SA Diagnostic Medical Systems et la SARL Medilink à l'encontre de M. Antoine Y..., Mme Christina X... et M. Jean-Luc Z... ;

Aux motifs que «sur la prescription des actions contre les dirigeants sociaux :

Les demandes de la SA Diagnostic Médical Systems (DMS)
et de la SARL Medilink, en responsabilité et condamnations à paiement de dommages et intérêts, dirigées tant contre M. Antoine Y... que contre son épouse C... Christina X... et M. Jean-Luc Z..., sont fondées sur leurs responsabilités pour violation des dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes ou fautes de gestion des sociétés dont ils étaient auparavant les dirigeants, en application de l'article L.225-251 du code de commerce.

Ces actions sont cependant prescrites, en application de l'article L.225-254 du code de commerce, par trois ans à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation.

En l'espèce cette fin de non-recevoir a été retenue par le tribunal de commerce de Montpellier dans son jugement déféré et est invoquée devant la cour par M. Antoine Y... et M. Jean Luc Z.... Le tribunal a retenu que les achats de matériels médicaux n'ayant pas été dissimulés constituaient les faits dommageables, entraînant le cours de la prescription triennale depuis le 30 septembre 1999 au plus tard.

Il résulte des éléments de la procédure fiscale susvisée que le dommage dont les SA DMS et SARL, anciennement SA Medilink sollicitent l'indemnisation, est constitué par le montant des redressements fiscaux et pénalités ou majorations accessoires opérés par l'administration fiscale au titre de l'impôt sur les sociétés et des contributions additionnelles, pour des actes de gestion des dirigeants sociaux considérés par elle comme frauduleux, ayant eu lieu durant la période contrôlée, au titre du dernier exercice clos le 30 septembre 1999.

Contrairement à ce qu'a retenu le tribunal de commerce de Montpellier dans son jugement déféré, ce ne sont pas les achats ou reventes des matériels médicaux qui constituent par eux-mêmes les faits dommageables mais la minoration artificielle de leurs prix de rachat, conjuguée à l'absence de prise en compte de cette minoration équivalente à une donation occulte, dans les déclarations à l'impôt sur les sociétés. Ces éléments ne pouvaient apparaître par la simple prise de connaissance des documents comptables obligatoires établis jusqu'en 2000. Seule une enquête fiscale, menée à partir du contrôle de la comptabilité d'une société tierce, complice, la société Novatech détenue par les épouses des dirigeants sociaux, ainsi que de la société ASE, lesquelles constituaient un élément important du système de majoration artificielle du chiffre d'affaires et des résultats mis en place par les dirigeants sociaux, a permis cette révélation. En effet la comptabilité vérifiée de la SA DMS a été, par ailleurs, reconnue régulière, et c'est l'enquête fiscale qui a permis la mise au jour de cette fraude destinée en premier lieu à tromper les actionnaires ou les candidats à l'achat d'actions sur la santé financière réelle des SA DMS et Medilink en 1999 et accessoirement à éluder une partie de l'impôt sur les sociétés de ce chef

Le redressement fiscal correspondant a été notifié à chacune des deux sociétés le 25 septembre 2000 (pièces n° 4 et 5), mis en recouvrement le 30 avril 2001 et il a été contesté par elles le 9 juillet 2001, puis, après rejet de cette contestation notifiée le i août 2005, devant le tribunal administratif de Montpellier. Celui-ci, par deux jugements prononcés le 26 juin 2008 (pièces n° 8 et 9), a rejeté leurs contestations.

Appel a été interjeté de ces jugements, devant la cour administrative d'appel de Marseille, laquelle les a confirmés, par arrêts en date du 21 février 2012 (pièces n° 10 et 11).

La date du fait dommageable, ayant été à l'origine du redressement fiscal avec application de majorations ou de pénalités fiscales, est donc, au plus tard, celle de clôture de l'exercice comptable contrôlé par l'administration fiscale, le 30 septembre 1999.

Les SA DMS et SARL Medilink, dont les dirigeants sociaux ont été changés, respectivement, en juillet puis décembre 2009, soutiennent que l'existence et le montant des redressements, pénalités et majorations fiscales encourues du fait des actes occultes des anciens dirigeants sociaux accomplis en 1999, ont été dissimulés par ceux-ci, qui n'en ont pas informé les actionnaires ni les administrateurs, notamment dans les documents comptables, jusqu'à leur révélation, laquelle ne peut être que postérieure à la date de cessation des fonctions des dirigeants fautifs, soit l'assemblée générale du juillet 2009 pour la SA DMS, ayant révoqué M. Antoine Y....

Pour contester la prescription de leurs actions, les SA DMS et SARL Medilink se réfèrent à la motivation du juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Montpellier, statuant sur une demande de rétractation d'ordonnances sur requête en date du 20 juin 2013, les ayant autorisées à pratiquer des saisies conservatoires à l'encontre de M. Y... et de Mme X..., ainsi rédigée notamment "la dissimulation résulte du caractère nécessairement occulte de la fraude constatée par l'administration fiscale et de l' apparence de régularité comptable donnée au circuit de facturation fictif. En outre, le caractère restreint du conseil d'administration de DMS (M. Y..., Mme X... et M. Yves D..., un ami de M. Y..., révoqué le 28 juillet 2009 également) a facilité la dissimulation aux actionnaires des motifs ou des situations ayant motivé les redressements. La gravité même des contentieux fiscaux a été dissimulée aux assemblées d'actionnaires jusqu'en 2009, puisqu'ils n'étaient pas provisionnés dans les comptes."

Elles considèrent que lorsque le fait dommageable a été commis par le représentant légal de la société, la seule révélation à prendre en compte est la révélation à un autre organe social, de façon certaine, de l'existence et de l'étendue des dissimulations fiscales commises, notamment son successeur, soit en l'espèce le 28 juillet 2009, date de l'assemblée générale ayant décidé la révocation de M. Antoine Y... de sa fonction de président du conseil d'administration de la SA DMS, avant d'être révoqué de sa fonction de dirigeant de la société Medilink le 24 décembre 2009. Seul le directeur administratif et financier de la SA DMS, M. Frédéric E... était au courant de la fraude et il a démissionné de ses fonctions de salarié le jour de la révocation de M. Y....

Les deux sociétés considèrent que les faits ont été dissimulés par les dirigeants fautifs à leurs actionnaires, notamment en ne provisionnant pas le montant des redressements fiscaux même après le rejet de leur recours par le tribunal administratif de Montpellier, le 26 juin 2008. Le rapport de gestion 2008 indiquait en effet que « le groupe estime toujours extrêmement probable d'obtenir gain de cause», du fait de l'appel interjeté, qui sera rejeté en 2012 par la cour d'appel administrative de Marseille.

Elles ajoutent que le fait que le montant des redressements fiscaux ait été mentionné comme des engagements hors bilans sur les documents comptables adressés aux actionnaires à partir de 2001 ne révélait pas les faits fautifs des dirigeants à l'origine de ces conséquences fiscales, même s'ils révélaient l'existence d'un contentieux fiscal en cours.

Selon les appelantes, la prescription triennale n'était donc pas acquise le 26 juillet 2012, date de délivrance des assignations devant le tribunal de commerce de Montpellier, depuis l'assemblée générale de la SA DMS du 28 juillet 2009, ayant révélé les faits dommageables tant pour cette société que pour sa filiale, la SA Medilink.

Mais la prescription par trois ans apparaît au contraire acquise. Les faits frauduleux à l'origine des redressements fiscaux litigieux ont été révélés de façon précise, complète et détaillée dans les deux jugements du tribunal administratif de Montpellier en date du 26 juin 2008, prononcés publiquement, qui relevaient en outre que le mécanisme de fraude n'était pas contesté en lui-même par les dirigeants sociaux. Les actionnaires et administrateurs des deux sociétés, faisant partie d'un groupe coté en Bourse dont les actions étaient offertes à la vente au public, ne pouvaient donc les ignorer, pour avoir la possibilité d'en prendre connaissance librement auprès de cette juridiction à compter de cette date ou dès qu'ils ont été informés de l'existence de ces jugements, au plus tard.

En effet, dans sa décision n° 0504899 concernant la SA DMS, venue à l'audience le juin 2008 et ayant fait l'objet d'une lecture en audience publique le 26 juin 2008, le tribunal administratif de Montpellier, saisi d'un recours par requête de cette société envers le rejet de sa réclamation préalable par le directeur des services fiscaux, en date du l' septembre 2000, a notamment motivé comme suit le rejet de cette requête :

"Considérant qu'il résulte de l'instruction que la SA DIVIS a acquis auprès de la SARL Novatech des matériels médicaux à un prix minoré par rapport au prix auquel elle les avait initialement cédés au cours du même exercice clos en 1999 ; qu'eu égard à la communauté d'intérêts unissant les actionnaires et les dirigeants des sociétés Novatech et DMS, qui appartiennent au même groupe familial, cet écart de 5.809.284 F (885 619 6), correspondant à la différence entre la valeur vénale et le prix d'acquisition des matériels cédés, via les sociétés Seram, M2 et Sofratest, à la société DMS, doit être regardé comme une libéralité volontairement consentie, de manière occulte, par la société Novatech à la société anonyme DMS, imposable à raison de cette somme en vertu des dispositions précitées de l'article 111 c du code ; que la requérante qui ne conteste pas l'existence et le caractère occulte de l'avantage indirectement consenti par la société Novatech, soutient que la réintégration à son résultat imposable de l'exercice clos en 1999, du montant correspondant à cette distribution occulte, conduirait à une double imposition en raison de l'absence de minoration de son actif net."

Par ailleurs, dans sa décision n°0504898 concernant la SA Medilink, venue à l'audience le 12 juin 2008 et ayant fait l'objet d'une lecture en audience publique le 26 juin 2008, le tribunal administratif de Montpellier, saisi d'un recours par requête de cette société envers le rejet de sa réclamation préalable par le directeur des services fiscaux, en date du 1 er septembre 2000, a notamment motivé comme suit le rejet de cette requête :

"Considérant qu'il résulte de l'instruction que la SA Medilink a acquis auprès de la SARL Novatech des matériels' médicaux à un prix minoré par rapport au prix auquel elle les avait initialement cédés au cours du même exercice clos en

1999 ; qu'eu égard à la communauté d'intérêts unissant les actionnaires et les dirigeants des sociétés Novatech et Medilink, qui appartiennent au même groupe familial, cet écart de 1.189.854 F (181 392 é), correspondant à la différence entre la valeur vénale et le prix d'acquisition des matériels cédés, via la société Ase, à la société Medilink, doit être regardé comme une libéralité volontairement consentie, de manière occulte, par la société Novatech à la société anonyme Medilink, imposable à raison de cette somme en vertu des dispositions précitées de l'article 111 c du code ;

que la requérante qui ne conteste pas l'existence et le caractère occulte de l'avantage indirectement consenti par la société Novatech, soutient que la réintégration à son résultat imposable de l'exercice clos en 1999, du montant correspondant à cette distribution occulte, conduirait à une double imposition en raison de l'absence de minoration de son actif net.... ".

Il en ressort que non seulement le mécanisme exact des actes de gestion occultes et frauduleux (rachat à un prix minoré de matériel médical vendu de façon fictive pour influer artificiellement sur le chiffre d'affaires et le résultat comptable des SA DMS et Medilink) ayant entraîné le redressement fiscal se trouvait clairement et précisément détaillé dans ces deux jugements, mais il était relevé par le tribunal administratif, que ces faits n'étaient pas contestés en eux-mêmes par les SA DMS et Medilink, alors dirigées par M. Antoine Y..., et M. Jean-Luc Z..., qui soutenaient seulement que les effets du redressement fiscal ne devaient pas leur être appliqués, pour constituer, selon eux, une double imposition.

Quant à la connaissance pour les actionnaires des deux sociétés de l'existence de ces jugements, elle résulte, à tout le moins et au plus tard, de la diffusion d'un communiqué de presse par la SA DMS le 21 avril 2009, cité dans le rapport d'enquête sur l'information et le marché du titre DMS et des instruments liés, à compter du 31 décembre 2006 (pièce n°29), s'agissant d'une société cotée en Bourse (page 19)

"Le 21 avril 2009, DMS indiquait dans le communiqué de presse relatif aux résultats 2008 : Par ailleurs, deux contentieux fiscaux concernant deux sociétés du groupe font désormais l'objet après un premier jugement défavorable, d'un appel en justice. La position de DMS et de ses conseils demeure inchangée, le groupe estime toujours extrêmement probable d'obtenir gain de cause. Cependant, par prudence, 0,2 M ont été passés en charge. Ces litiges portent sur l'impôt sur les sociétés, à hauteur de 0,7 ME au titre du principal et des intérêts de retard au 31/12/2008."

Précédemment, l'existence du contentieux fiscal avait été portée à la connaissance des administrateurs et actionnaires, dans une note relative aux engagements hors bilan, publiée le 18 octobre 2008 avec les comptes de la SA DMS arrêtés au 30 juin 2008, notamment.

Le rapport de l'AMF (page 18 - pièces n°29) reprend l'indication suivante, portée à la connaissance du public :

" Plusieurs contentieux fiscaux concernant deux sociétés du groupe, déjà présentés dans l'annexe de l'exercice précédent, ne 'Ont pas l'objet de provision dans les comptes consolidés compte tenu des éléments favorables présents dans les dossiers à ce jour. Les procédures sont toujours pendantes devant la direction des services fiscaux de l'Hérault et devant le Tribunal Administratif de Montpellier. Les litiges portent sur l'impôt sur les sociétés à hauteur de 598 ke. "

Il s'ensuit que les administrateurs et actionnaires des deux sociétés, à la date du 21 avril 2009, avaient à leur disposition tous les éléments d'information révélant les actes de gestion occultes commis en 1999 par les dirigeants sociaux des SA DMS et Medilink, à l'origine du redressement fiscal, et dont la responsabilité est recherchée de ce chef dans la présente instance, introduites par assignations délivrées le 26 juillet 2012. Ils connaissaient aussi le montant des conséquences dommageables de ces faits pour eux, en termes d'imposition supplémentaire, ayant fait l'objet du redressement fiscal porté à leur connaissance depuis plusieurs années, notamment dans les documents comptables annexes de l'exercice clos au 31 décembre 2001 (Bilan consolidé du groupe DMS, concernant notamment les SA DMS et Medilink -pièce n°52), dans un paragraphe 4.1.15 "Engagements hors bilan":
?Autres risques :

Plusieurs contentieux fiscaux concernant deux sociétés du groupe ne font pas l'objet de provision dans les comptes consolidés compte tenu des éléments favorables présents dans les dossiers à ce jour. Les procédures sont pendantes devant plusieurs directions des services fiscaux.

Les litiges portent sur
- l'impôt sociétés pour : 598 milliers d'euros
- la TVA pour : 466 milliers d'euros."

Peu importe à l'égard de la fixation de la date de révélation des actes de gestion fautifs dissimulés, qu'un appel de ces deux jugements ait été ensuite interjeté par les sociétés, qui ne remettait en cause que le caractère définitif du redressement fiscal, sans dissimuler pour autant aux actionnaires le mécanisme de la fraude, incontesté en lui-même et rendu public à compter du 26 juin 2008 et du communiqué de presse du 21 avril 2009, en assurant ainsi la révélation aux administrateurs et actionnaires des deux sociétés concernées. Peu importe également que deux recours contre ces arrêts aient été intentés devant le Conseil d'Etat, qui les a déclarés non admissibles le 22 mars 2013.

Certes, il leur appartenait de prendre connaissance de ces jugements mais ceux-ci étaient disponibles au greffe du tribunal administratif de Montpellier pour tout intéressé qui en faisait la simple demande, ce qui caractérise la révélation des faits dissimulés, au sens de l'article L.225-254 du code de commerce susvisé.

Concernant l'absence invoquée d'administrateurs des sociétés DMS et Medilink hormis les dirigeants sociaux poursuivis, M. Antoine Y..., M. Jean-Luc Z... et Mme Christina X..., ou les membres de leur famille, il ressort au contraire des extraits k-bis du registre du commerce et des sociétés (pièces n°1 et 2) que plusieurs autres administrateurs ont siégé alors que les redressements fiscaux avaient été notifiés aux SA DMS et Medilink
- pour la SA DMS, notamment :
* M. Marc F... jusqu'au 28 juin 2004,
* M. Xavier G... du 28 juin 2004 au 7 février 2005,
* M. Gérard H... à compter du 7 février 2005, devenu administrateur et directeur général délégué à compter du 5 septembre 2006, jusqu'au 2 juin 2008 puis président du conseil d'administration depuis le 28 juillet 2009,
* la SA SPEF, représentée par M. Jean-Paul I... à compter du 7 février 2005 jusqu'au 5 septembre 2006,
* M. Yves D... à compter du 2 juin 2008, jusqu'au 28 juillet 2009.

La SA Medilink, avant sa transformation en SARL le 1' avril 2003, a été gérée par Mme Christina X... épouse Y... puis par M. Antoine Y... et enfin par Mme Nathalie J... épouse Z... mais elle faisait partie du "groupe DMS" et son bilan apparaissait dans le bilan consolidé de celui-ci, diffusé publiquement chaque année, s'agissant du groupe d'une société cotée en Bourse.

Dès lors les assignations en date du 26 juillet 2012 ont été délivrées plus de 3 ans après la révélation des fautes de gestion, le 26 juin 2008 et les actions sont prescrites, en application de l'article L.225-254 du code de commerce. Il convient donc de confirmer, par ces motifs substitués, le jugement déféré, ayant retenu la prescription des actions »

Alors, d'une part, que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en relevant d'office le moyen tiré de ce qu'il appartenait aux actionnaires et administrateurs de la société de prendre connaissance des jugements qui étaient disponibles au greffe du tribunal administratif de Montpellier pour tout intéressé qui en faisait la simple demande, pour en déduire que la révélation des faits dommageables, constituant le point de départ de la prescription, résultait de la publication d'un communiqué de presse du 21 avril 2009 faisant état des jugements du 26 juin 2008 ayant confirmé le redressement fiscal prononcé contre les sociétés DMS et MEDILINK, sans soumettre ce moyen à la discussion préalable des parties, la Cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

Alors, d'autre part, que l'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation ; que s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation des faits dommageables s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action ; qu'en estimant qu'il appartenait aux actionnaires et administrateurs de la société de prendre connaissance des jugements qui étaient disponibles au greffe du tribunal administratif de Montpellier pour tout intéressé qui en faisait la simple demande, ce qui caractérisait la révélation des faits dissimulés, la Cour d'appel a omis de tirer les conséquences légales de ses propres constatations au regard du point de départ de la prescription en violation de l'article L. 225-254 du code de commerce.

Alors, enfin que l'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation ; que s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation des faits dommageables s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action ; qu'en estimant que la publication d'un communiqué de presse du 21 avril 2009 faisant seulement état de deux contentieux fiscaux concernant deux sociétés du groupe permettait de caractériser la connaissance des jugements du tribunal administratif, lorsque le caractère vague et lacunaire d'un tel communiqué de presse ne permettait pas aux demandeurs de prendre connaissance du contenu des jugements et partant des faits dommageables, la Cour d'appel a violé l'article L. 225-254 du code de commerce.