

.

17/01/2018

ARRÊT N°3

N° RG: 16/01302

ST/JBD

Décision déferée du 18 Janvier 2016 - Tribunal de Commerce de FOIX - 2014J15

M. [E]

[S] [H]

C/

SAS 2EI

CONFIRMATION PARTIELLE

Grosse délivrée

le

à

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE TOULOUSE

2ème chambre

ARRÊT DU DIX SEPT JANVIER DEUX MILLE DIX HUIT

APPELANT

Monsieur [S] [H]

[Adresse 2]

[Localité 3]

Représenté par Me Ingrid CANTALOUBE-FERRIEU, avocat au barreau de TOULOUSE

Représenté par Me Christian TOURRET de la SELARL CABINET CHRISTIAN TOURRET, avocat au barreau de PARIS

(bénéficie d'une aide juridictionnelle Totale numéro 31555-2016-014171 du 23/05/2016 accordée par le bureau d'aide juridictionnelle de TOULOUSE)

INTIMÉE

SAS 2EI

[Adresse 7]

[Localité 1]

Représentée par Me DEGIOANNI de la SCP GOGUYER-LALANDE DEGIOANNI, avocat au barreau d'ARIEGE

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 786 et 907 du Code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 7 Novembre 2017, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant

M. SONNEVILLE, conseiller faisant fonction de président et

S. TRUCHE conseiller, chargés du rapport. Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

M. SONNEVILLE, conseiller faisant fonction de président

S. TRUCHE, conseiller

P. DELMOTTE, conseiller

Greffier, lors des débats : C. LERMIGNY

ARRÊT :

- contradictoire
- prononcé publiquement par mise à disposition au greffe après avis aux parties
- signé par M. SONNEVILLE, conseiller faisant fonction de président, et par J. BARBANCE- DURAND, greffier de chambre.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

La SARL Entreprise [H], constituée le premier avril 1987, dont le siège social se trouvait à [Localité 5], avait une activité d'entreprise générale d'électricité et de mécanique exercée dans deux établissements situés à [Localité 5] et à [Localité 4].

Son capital d'un montant de 158.000 euros divisé en 9.875 parts sociales de 16 euros chacune, était intégralement détenu par Monsieur [S] [H].

Par un acte en date du 3 janvier 2013 Monsieur [S] [H] a cédé ses parts sociales à la SARL 2E (à ce jour SAS 2EI) dont le siège social est situé à [Localité 6], pour un prix de 85.373,50 Euros.

Le prix de cession de 85.373,50 euros a été arrêté au vu d'un bilan au 30 septembre 2012 annexé à l'acte de cession, qui faisait ressortir une situation nette de 311.869,50 Euros.

L'acquéreur s'est engagé également à rembourser le compte courant d'associé de Monsieur [S] [H] qui s'élevait à la somme de 64.626,50 euros.

La somme de 150 000€ ainsi due par la SARL 2EI à Monsieur [S] [H] devait être réglée en trois échéances égales de 50.000 euros, respectivement les 31 mars 2013, 2014 et 2015.

L'acte de cession contenait en son article 5 une clause de garantie d'actif et de passif, cette dernière étant plafonnée à la valeur de 150.000 Euros.

Il était prévu que Monsieur [S] [H] devait rester cogérant de la Société et exercer des fonctions de 'commercial aquitaine' et responsable de production pendant une durée de trois années, toutefois, il était précisé qu'il n'avait plus la signature pour la Société Entreprise [H] à compter de la cession des parts, le changement de gérant était effectif au 3 janvier 2013.

La SARL 2E ne s'est pas acquittée le 31 mars 2013 de la première échéance de 50.000 Euros.

Par une délibération en date du 4 novembre 2013, l'associé unique de la société Entreprise [H] a révoqué Monsieur [S] [H] de ses fonctions de Gérant.

Par un jugement en date du 21 janvier 2014, le Tribunal de Commerce de PAU a ouvert à l'égard de la Société Entreprise [H] une procédure de redressement judiciaire, la date de cessation des paiements étant fixée au 30 septembre 2012, puis par un jugement en date du 18 février 2014, a prononcé sa liquidation judiciaire.

La S.E.L.A.R.L BRENAC a été désignée en qualité de liquidateur.

La conciliation prévue par la convention n'ayant pu être mis en 'uvre faute d'accord sur le nom du conciliateur, la société 2EI par acte du 22 janvier 2014, a assigné Monsieur [H] devant le tribunal de commerce de Foix, en paiement de la garantie de passif et de dommages et intérêts complémentaires.

Par arrêt en date du 29 avril 2015, la cour d'appel de Toulouse a rejeté le contredit formé sur le jugement du 2 juin 2014 par lequel le tribunal de commerce de Foix retenait sa compétence. Monsieur [H] a formé un pourvoi en cassation dont il s'est à ce jour désisté.

Par jugement en date du 18 janvier 2016, le tribunal de commerce de FOIX a:

- dit et jugé parfaitement régulière la clause de garantie actif/passif incluse au paragraphe 5.2 de l'acte de cession de parts du 3 janvier 2013 entre Monsieur [S] [H] et la SAS 2 EI,
- dit et jugé que Monsieur [H] a dissimulé en connaissance de cause avoirs et dettes pour un montant de 547.415,21 €,
- dit et jugé, au visa de l'article 1116 du Code Civil, que cette dissimulation constitue un dol de la part de Monsieur [S] [H]

au préjudice de la SAS 2 EI,

- annulé, au regard du dol ci-dessus prononcé, l'acte de cession des parts en date du 3 janvier 2013,
- dit et jugé que par l'effet de cette nullité les parties sont remises dans leurs situations antérieures à la signature de l'acte,
- fixé le préjudice subi par la SAS 2 EI à 547.415,21 €,
- condamné Monsieur [S] [H] à payer à la SAS 2 EI à titre de dommages et intérêts la somme de 547.415,21 €, majorée des intérêts au taux légal depuis le 22 janvier 2014, avec capitalisation des intérêts annuels dans les conditions de l'article 1154 du Code Civil,
- débouté Monsieur [S] [H] de toutes ses demandes comme non fondées en fait et en droit,
- condamné Monsieur [S] [H] à payer à la SAS 2 EI la somme de 3.500 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile,
- ordonné l'exécution provisoire du jugement,
- condamné Monsieur [S] [H] aux entiers dépens.

Monsieur [S] [H] a relevé appel de cette décision par déclaration du 11 mars 2016.

L'exécution provisoire a été suspendue par ordonnance du conseiller de la mise en état en date du 2 mars 2017.

MOYENS ET PRETENTIONS DES PARTIES

Aux termes de ses dernières écritures du 9 octobre 2017 auxquelles il est expressément référé pour le détail de l'argumentation, Monsieur [S] [H] demande à la cour au visa des articles 10, 1134, 1147, 1109, 1116, 1382, du Code civil (numérotation ancienne antérieure à l'Ordonnance n°2016-131), 1347 (numérotation nouvelle suite à l'Ordonnance n°2016-131), 39 1. 5° du Code général des impôts, 564, 566, 567, 9 à 11, 526 et 700 du Code de procédure civile, L. 650-1 du code de commerce, ainsi que des principes généraux de droit de non cumul de la responsabilité contractuelle et délictuelle et 'fraus omnia corrumpit' :

Considérant l'insuffisance de la preuve s'agissant:

- des manoeuvres dolosives alléguées sur les avoirs, les créances prétendument irrécouvrables et les prétendus litiges,
- du lien de causalité entre les prétendues manoeuvres dolosives et les préjudices allégués par la SARL 2EI,

- des préjudices allégués par la SARL 2EI,

Considérant le jugement dont appel et plus particulièrement,

- le caractère impropre du raisonnement des juges du premier degré consistant en la mise en oeuvre d'une garantie d'actif et de passif au titre d'une responsabilité contractuelle et une condamnation à des dommages et intérêts sur un fondement délictuel,
- l'impossibilité de rétablir les parties dans leur état antérieur à la cession du fait de la liquidation judiciaire de la Société Entreprise [H],
- la volonté des parties de couvrir l'aléa par une garantie d'actif et de passif dûment encadrée contractuellement exclusive du dol,

Au surplus,

Considérant la présentation fausse de la situation de la société Entreprise [H], et notamment aux juges du premier degré par la SARL 2EI, au regard,

- de l'analyse des documents comptables au 31/12/2012, des choix arbitraires de la SARL 2EI et de l'absence de comptabilisation des créances du 30 septembre 2012 au 31 décembre 2012,
- de la procédure de liquidation judiciaire tant en ce qui concerne la cessation de paiements que la liste des créanciers,
- du défaut de transparence par le dirigeant de la SARL 2EI dès le début de l'année 2013 sur la gestion de la société Entreprise [H], la réalisation du Chiffre d'affaires de la société Entreprise [H] et l'encaissement de celui-ci,

d'infirmier le Jugement du Tribunal de Commerce de FOIX en date du 18 janvier 2016, de dire recevables les demandes de Monsieur [S] [H], et:

à titre principal:

- de débouter la Société 2EI de l'intégralité de ses demandes, fins et conclusions, et plus particulièrement en ce qui concerne la demande d'annulation de la convention du 3 janvier 2013 et tous dommages et intérêts afférents en les disant infondées,
- ce faisant, constatant la permanence de la force obligatoire de la convention du 3 janvier 2013, de condamner la SARL 2EI à lui verser la somme de 150.000 Euros,

à titre subsidiaire:

si par extraordinaire, la Cour d'Appel de céans devait:

- soit prononcer l'annulation de la Convention, le cas échéant en allouant des dommages et intérêts au profit de la SARL 2E,
- soit considérer que les conditions sont réunies au titre de la garantie d'actif et de passif stipulée à la Convention du 3 janvier 2013,

Considérant la violation par la SARL 2EI des stipulations des articles 3.3 et 6.1 de ladite convention par absence de paiement du prix et de son non maintien pendant 3 années dans ses fonctions de cogérant responsable de production et commercial Aquitaine, et au vu des manoeuvres frauduleuses mises en oeuvre pour l'évincer de la Société Entreprise [H], laquelle n'existe plus du fait de sa liquidation judiciaire, et la situation financière désastreuse dans laquelle il s'est retrouvé à la suite de la décision de première instance,

Spécifiquement sur l'hypothèse de l'annulation du contrat,

Considérant l'impossibilité de replacer les parties dans leur état initial d'avant la cession du fait de la liquidation de la Société Entreprise [H] à l'initiative de la demanderesse,

Spécifiquement sur l'hypothèse de la garantie d'actif et de passif,

Considérant que seule la somme de 32.610 euros semble avoir été réglée, sans que pour autant il soit établi que ce paiement ait été fait par ou au préjudice de la SARL 2EI,

qu'il résulte des pertes présentées par la SARL EI au titre du bilan au 31/12/2012 une économie d'impôts de 136.274 euros, et encore que la garantie d'actif et de passif est plafonnée à 150.000 Euros,

- de condamner la S.A.S 2EI à lui payer la somme de 150.000 Euros,

- en tant que de besoin, de dire que cette somme de 150.000 Euros se compensera avec celles qui seraient allouées à la SARL 2EI soit au titre de dommages et intérêts consécutivement à l'annulation de la convention, soit au titre de la garantie d'actif et de passif,

En tout état de cause

Dire et juger que les sommes allouées à Monsieur [S] [H] pour les 150.000 euros seront assorties de l'anatocisme :

- à compter du 31 mars 2013 et jusqu'à parfait paiement pour la somme de 50.000 Euros,

- à compter du 31 mars 2014 et jusqu'à parfait paiement pour la somme de 50.000 Euros,
- à compter du 31 mars 2015 et jusqu'à parfait paiement pour la somme de 50.000 Euros,

Condamner la Société 2EI à lui payer la somme de 12.000 Euros sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile,

Condamner la Société 2EI aux entiers dépens.

Monsieur [H] fait valoir pour l'essentiel:

- que les comptes ont été analysés par un professionnel mandaté par l'acquéreur,
- que c'est par erreur de l'expert comptable obligé de travailler dans l'urgence que les 2 avoirs clients pour 165 262€ ne sont pas pris en compte dans la situation au 30 septembre 2012,
- que les diligences effectuées ne sont pas suffisantes pour affirmer que les créances qualifiées d'irrecouvrables par la SAS 2EI à concurrence de 249 534,38€ le sont effectivement, qu'aucune provision n'a été inscrite au 31 décembre 2012, que le tribunal n'a pas vérifié si ces créances n'étaient pas intégrées dans les créances douteuses du compte client au 30 septembre 2012 dont le montant s'élevait à 71 686,79€, que le contrat prévoyait en son article 5.3 une procédure qui n'a pas été respectée,
- que le tribunal a fait une confusion entre litige et contentieux, que seul un litige était en cours lors de la cession, signalé dans l'article 5.1.6 et ayant donné lieu à un jugement du 28 novembre 2012, qu'il ignorait que les réclamations postérieures à la cession allaient être faites et n'a rien dissimulé, qu'il s'agissait pour certaines de régularisations, que le tribunal n'a pas vérifié si les sommes payées ne figuraient pas dans les dettes mentionnées dans les comptes au 30 septembre 2012, qu'en tout état de cause, certaines dettes ont été réglées par la société entreprise [H] de sorte que leur paiement ne peut être constitutif d'un préjudice pour la société cessionnaire, que l'examen des éléments ressortant de la liquidation judiciaire permet de démontrer que d'autres étaient inexistantes,
- que non seulement le cessionnaire a fait des choix comptables arbitraires, mais les comptes au 31 décembre 2012 sont incohérents, qu'ils ne font apparaître aucun chiffre d'affaire durant les derniers mois de l'année, ou un chiffre d'affaire dérisoire alors qu'en réalité des factures auraient dû être comptabilisées pour 213 231€, que la comptabilisation des avoirs n'est pas une explication valable au regard des chiffres et que la question se pose de savoir qui a encaissé les factures, que des charges à hauteur de 246 782€ sont arbitrairement rajoutées,

- que selon l'accord de cession de parts il devait demeurer gérant ce qui n'a pas de sens si la société était en cessation des paiements, que le compte rendu de l'audit réalisé avant la cession ainsi que les comptes de l'année 2013 ne sont pas produits, qu'il fait la preuve de ce que le nouveau gérant qui est aussi celui de la SAS 2EI a négligé de se consacrer à l'activité habituelle de la société et qu'il ne saurait se voir imputer les conséquences de la nouvelle gouvernance, que si la société entreprise [H] était en cessation des paiements en septembre 2012, la SAS 2EI devra expliquer pourquoi elle a attendu plus d'un an pour faire la déclaration de cessation des paiements,

- qu'il n'a commis aucune faute, que le préjudice doit trouver son origine dans les manoeuvres dolosives, qu'il n'y a aucun lien de causalité entre la faute alléguée et le règlement judiciaire de la société puisque le cessionnaire la dirigeait, que l'intimé affirme que sa demande ne correspond pas à l'addition des avoirs non signalés, des créances irrécouvrables et des dettes résultant des litiges, mais qu'il s'agit d'un transfert de sommes sans contrepartie, ce qui constitue un aveu judiciaire irrévocable, que ces transferts pourraient s'apparenter à un soutien abusif retardant la cessation des paiements en application des dispositions de l'article L650-1 du code de commerce,

- que s'agissant du quantum des dommages et intérêts, il n'est pas démontré que la société 2EI ait payé des dettes, et qu'elles ont pu être réglées par la société [H] sans correspondance avec les avances de trésorerie de la société S2EI, qu'au titre des litiges retenus par le jugement seule une somme de 32 610€ pourrait être prise en compte si le paiement est justifié, que dans le cadre du règlement judiciaire il est apparu que certains litiges n'avaient été suivis d'aucune déclaration de créance, que d'autres ne donnent pas lieu à des paiements, qu'en outre des économies ont été faites sur le paiement des charges et salaires du fait de l'AGS,

- que la SAS 2EI a participé à son propre préjudice, qu'elle a eu la maîtrise de la gestion dès 2013, qu'elle a présenté une thèse fausse aux premiers juges en prétendant avoir payé des dettes qui ont été déclarées au passif par les créanciers, ainsi que des documents comptables incohérents,

- que la garantie d'actif et de passif ne pourrait jouer qu'à hauteur de 32 610€ sauf à réintégrer comme le prévoit la convention l'économie d'impôts correspondante,

Aux termes de ses dernières écritures du 11 octobre 2017 auxquelles il est expressément référé pour le détail de l'argumentation, la SAS 2EI demande à la cour:

à titre principal,

- de confirmer le jugement du tribunal de commerce de Foix du 18 janvier 2016,

à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la cour réformerait la décision, vu l'article 1116 du Code civil :

- d'annuler purement et simplement l'acte de cession de parts intervenu le 3 janvier 2013 entre Monsieur [H] et la société 2EI aux droits de laquelle se trouve la SAS 2EI,

- en conséquence, de remettre les parties dans la situation où elles se trouvaient antérieurement à la signature de cet acte,

- dire et juger que Monsieur [H] doit l'indemniser du préjudice subi dans les suites de cette session annulée,

- condamner en conséquence Monsieur [H] à lui payer à titre de dommages et intérêts la somme de 588'761,80 euros, outre intérêts au taux légal à compter du 22 janvier 2014 avec capitalisation des intérêts dus pour une année conformément à l'article 1154 du Code civil,

quelle que soit la décision prise par la cour:

- de condamner Monsieur [H] à lui payer la somme de 150'000 € au titre de la garantie d'actif et de passif les sommes de 150'000 et 438'761,80 euros en application des articles 1116 et 1382 du Code civil,

- de condamner Monsieur [H] à lui payer la somme de 5000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens,

- de rejeter l'ensemble des demandes, fins et conclusions de Monsieur [H] comme étant mal fondées.

La SAS 2EI fait valoir pour l'essentiel :

- que la cession a été régularisée sur la base d'un bilan arrêté au 30 septembre 2012 faisant ressortir une situation nette de 311'869,50 euros,

- que la situation intermédiaire au 30 septembre 2012 a été établie par le cabinet ARKOS mandatée par Monsieur [H], que les trois premiers mois d'exploitation ont fait apparaître une situation financière catastrophique, les capitaux propres étant en réalité négatifs de plus de 150'000 €, suite à la découverte différents éléments qui n'avait pas été

intégrés dans la situation au 30 septembre 2012 qui n'était pas conforme aux déclarations faites par Monsieur [H] aux termes de l'acte de cession,

- que Monsieur [H] a apposé sa signature sur chacune des pages de la situation comptable et ne pouvait donc pas ignorer que les deux avoirs non signalés à concurrence de 165'262,74 euros n'avaient pas été comptabilisés, qu'aucune explication n'a été donnée sur cette omission dont il n'a volontairement pas demandé la rectification à l'expert-comptable,

- qu'aucune réponse satisfaisante n'a été apportée en réponse aux courriers des 3 et 30 avril, puis 18 octobre 2013 faisant état de difficultés rencontrées relativement au recouvrement des créances clients,

- que la déclaration faite par Monsieur [H] à l'article 5.1.6 de la convention relative aux procès, contentieux, litiges ou arbitrages était mensongère, que l'exemple le plus significatif des man'uvres de Monsieur [H] est celui du contentieux initié par l'association entraide protestante, que les dettes litigieuses n'étaient pas inscrites au bilan de la société ce que le tribunal a nécessairement vérifié, que s'il est exact que certaines factures n'ont pas été directement payées par la société 2EI mais par la société [H], il est certain que si cette dernière a pu payer c'est uniquement raison de la trésorerie qu'elle a injectée en compte courant, le total des factures payées directement et des versements en compte courant s'élevant à 588'761,80 euros,

- que Monsieur [H] ne pouvait ignorer les différentes régularisations de cotisations dues sur l'exercice 2012, et se devait de les intégrer ou à tout le moins de les déclarer lors de la signature de l'acte, qu'il en est de même des impayés de TVA ou d'échéances CREDIPAR, qu'en outre l'article 5.1.7 de la convention indiquait que la société se conformerait jusqu'à la date de cession à la réglementation sociale et serait à jour dans le règlement de l'ensemble des cotisations à l'égard de la sécurité sociale et des différents organismes de retraite et de chômage,

- que l'ensemble des litiges non signalés représente une somme globale de 120'835,23 euros qui ajoutée au montant des deux avoirs dissimulés et aux créances avérées irrécouvrables représente la somme de 535'632,35 euros, chiffre à rapprocher de la trésorerie injectée dans la société [H],

- qu'en aucun cas elle ne s'est livrée à des choix comptables arbitraires mais a simplement appliqué la convention de garantie d'actif et de passif, que Monsieur [H] n'a jamais émis la moindre contestation à l'encontre de l'assemblée générale du 4 novembre 2013 qui est fondé sur le rapport de gestion et sur les comptes arrêtés au 31 décembre 2012, et n'a pas davantage cru devoir former tierce-opposition à l'encontre du jugement de redressement judiciaire du 21 janvier 2014 s'agissant de la date de cessation des paiements, qu'il n'a jamais engagé une quelconque action pour obtenir une indemnisation en prétendant qu'il aurait été révoqué abusivement de ses fonctions de gérant,

- que Monsieur [H] compare production vendue et chiffre d'affaires, que les plus expresses réserves sont formulées quant à la prétendue liste de factures encaissées au quatrième trimestre 2012 imprimée le 2 juin 2017, que rien ne

permet de rattacher cette liste à la société concernée, que si le journal des ventes n'est pas transféré en comptabilité les écritures ne sont pas prises en compte, que c'est ce qui s'est passé pour la situation 30 septembre 2012 dont le montant de la production vendue est artificiellement gonflé,

- que la date de cessation des paiements au 30 septembre 2012 a été fixée par le tribunal de commerce de PAU au vu de nombreuses pièces établissant que des sommes exigibles en juillet et août 2012 n'avait pas été réglées, que seules les sommes importantes qu'elle a injectées ont permis d'éviter immédiatement une rupture de trésorerie,

- que le dol est établi, que Monsieur [H] n'a pas hésité à céder les parts sociales d'une société en cessation des paiements depuis plus de trois mois, que contrairement à ce qui est affirmé et dans la mesure où elle n'avait aucune raison de douter du professionnalisme de l'expert-comptable elle n'a nullement mis en 'uvre un audit de compte par un intervenant extérieur,

- que c'est de manière parfaitement légitime qu'elle n'a pas procédé au règlement du prix en l'état des différentes malversations découvertes, étant en droit de procéder à une compensation conformément aux termes de la convention de garantie d'actif et de passif,

- que la victime d'un dol a la possibilité, outre l'annulation de l'acte, d'obtenir le versement de justes dommages et intérêts en réparation du préjudice subi, que ce préjudice est à la hauteur des sommes qu'elle a injectées à fonds perdus en raison des mensonges de Monsieur [H], qu'elle rapporte la preuve de ces versements par ses relevés de compte bancaire,

- que si la somme de 588'000 € n'apparaît pas sur l'état des créances c'est justement parce qu'elle a permis le paiement des créanciers de la société qui n'avaient donc pas à déclarer, cette somme ne suffisant néanmoins pas en l'état d'un passif de plus d'un million d'euros,

- que du fait de l'annulation, Monsieur [H] se verra restituer les parts sociales, ce qui le remettra dans la situation antérieure à l'acte puisque la société était déjà en cessation des paiements,

- qu'à titre infiniment subsidiaire la convention de garantie d'actif et de passif devrait être mise en 'uvre, Monsieur [H] étant en outre condamné à des dommages et intérêts pour le montant excédant le plafond dès lors qu'il s'est rendu coupable de dol et ce afin de réparer l'intégralité du préjudice subi.

L'ordonnance de clôture est intervenue le 31 octobre 2017.

MOTIFS DE LA DECISION

La stipulation d'une clause de garantie actif/passif n'est pas de nature à priver le bénéficiaire de celle-ci de la faculté de se prévaloir du dol dont il a pu être victime de la part de son cocontractant. La garantie de passif vise à rétablir l'équilibre d'un contrat sainement conclu, alors que l'autre sanctionne un comportement déloyal.

Il convient donc d'examiner en premier lieu la demande d'annulation du contrat, laquelle a été accueillie par les premiers juges.

Sur le dol

Aux termes de l'article 1116 du code civil dans sa version applicable à la date du contrat, le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Le dol ne se présume pas et doit être prouvé.

Le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y rajoute pas la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci.

La preuve des éléments constitutifs du dol incombe à celui qui s'en prévaut.

Il est reproché à Monsieur [H] d'avoir volontairement présenté une situation de la SARL Entreprise [H] au 30 septembre 2012 faisant faussement état de capitaux propres à hauteur de 311 868,50€, alors que la société était déjà en état de cessation des paiements, et ce, du fait d'avoirs non comptabilisés, d'un compte client ne mentionnant pas que de nombreuses créances étaient irrécouvrables et de l'omission de nombreux litiges ou dettes impayées.

Monsieur [H], dans un courrier du 3 juin 2013, rappelle à la SARL 2E que la situation au 30 septembre 2012 lui a été transmise en octobre 2012 soit plus de 2 mois avant la signature de l'acte, et qu'aucune remarque n'avait été faite par le service comptabilité de cette dernière avant avril 2013. Il en résulte que cette situation a bien été établie à la demande de Monsieur [H] au vu de pièces qu'il a lui même fournies au cabinet ARCOS auteur du document, aucun élément du dossier ne permettant de considérer qu'au delà de l'analyse de cette situation les comptes ont fait l'objet d'un audit par un professionnel mandaté par l'acquéreur.

Sur les avoirs

Il n'est en premier lieu pas contesté que la situation nette au 30 septembre 2012 doit être retraitée de deux avoirs de 97 662,74€ TTC et 67 600€ TTC en date du 20 décembre 2012 relatifs à des factures des 11 juillet et 9 décembre 2011.

Monsieur [H] a dans un courrier du 3 juin 2013, expliqué que dans les deux cas il s'agissait d'une erreur matérielle de saisie de la part de la comptable 'qui en plus d'avoir comptabilisé les situations, a comptabilisé les mémoires de fin de chantier', et souligne que ces avoirs figurent bien dans l'arrêté de compte au 31 décembre 2012, date antérieure à l'acte de cession des parts. La cause de ces avoirs est donc antérieure au 30 septembre 2012.

Dans ses écritures devant la cour, il indique que compte tenu de la précipitation pour établir une situation intermédiaire au 30 septembre 2012, il n'est pas à exclure que des erreurs matérielles aient pu être commises.

A la date de l'acte de cession de parts, soit le 3 janvier 2013, Monsieur [H] connaissait l'existence de ces avoirs représentant une part importante des créances clients (165 262,74€ sur 784 105,83€), et n'a pas informé le cessionnaire de ce qu'ils n'avaient pas été pris en compte dans la situation au 30 septembre 2012 sur laquelle il a apposé sa signature.

En revanche, peu importe que le cessionnaire identifie ou non cette créance dans la situation au 31 décembre 2012 qui n'était alors pas encore arrêtée.

L'assemblée générale du 4 novembre 2013 statuant sur les comptes au 31 décembre 2012 a décidé de la révocation de Monsieur [H] en sa qualité de gérant en raison de fautes de gestion et de violation des dispositions légales dans l'établissement des comptes, et l'absence d'évocation d'un dol qui résulterait de ces avoirs lors de cette assemblée générale ne saurait faire obstacle à une action sur ce fondement.

Sur les créances irrécouvrables

La situation au 30 septembre 2012 faisait ressortir des créances clients à hauteur de 784 105,83€, des clients douteux à hauteur de 71 686,79€, et une dépréciation du compte client à hauteur de 63 584,73€.

Il convient de remarquer qu'au 31 décembre 2011, les créances clients s'élevaient à 608 823,60€, mais que le poste clients douteux et le poste dépréciation du compte clients étaient exactement du même montant, ce qui signifie qu'en 9 mois aucune créance n'a été considérée comme douteuse ou irrécouvrable, ce qui n'est guère crédible et montre à tout le moins une négligence dans la gestion des comptes clients.

Cependant seules peuvent être prises en considération pour caractériser un dol, des créances comptabilisées dans le compte client comme étant recouvrables, alors que leur caractère douteux, irrécouvrable ou indu était connu de Monsieur [H].

Il est versé aux débats un courrier recommandé du gérant de la SARL 2EI à Monsieur [H] en date du 3 avril 2013, par lequel ce dernier rappelle un entretien du 22 mars 2012 relatif aux difficultés rencontrées pour établir une situation claire au regard:

- d'un avoir non signalé lors de la cession,
- de difficultés à recouvrer la majorité des créances clients dont certaines dues sur l'exercice précédent,
- des engagements pas entièrement respectés en matière sociale et fiscale,

et annonce en conséquence un décalage du paiement de la première mensualité.

Puis la SARL 2EI justifie de l'envoi d'un second courrier recommandé du 30 avril 2013 par lequel elle prend acte de l'absence de réponse de Monsieur [H] et indique qu'en application de l'article 5.3 de la convention relative à la mise en oeuvre de la garantie d'actif et de passif, elle l'informe de la difficulté de recouvrer des créances listées à concurrence de 190 377,79€, lui demande quelles mesures il envisage pour leur recouvrement, et lui demande des explications sur les avoirs [M] pour 97 662,74€, et [V] pour 67 600€.

Est mentionnée à titre de pièce jointe la liste des relances clients.

Monsieur [H], qui se plaint aujourd'hui de n'avoir pu présenter ses observations, a répondu le 3 juin 2013 que le recouvrement des créances clients n'entrait pas dans sa mission, mais qu'il s'y était néanmoins employé, certaines créances apparaissant 'plus délicates à recouvrer'. Cette participation à la relance des clients listés à concurrence de 190 377,79€ résulte également d'un courrier de la SARL 2EI du 18 octobre 2013, faisant état de créances irrécouvrables supplémentaires à hauteur de 59 156,59€ et mentionnant à nouveau l'article 5.3 de la convention.

Monsieur [H] ne justifie, ni d'ailleurs ne prétend, avoir donné des explications sur chacune des créances considérées comme irrécouvrables par le cessionnaire, ou avoir suggéré des mesures aux fins de recouvrement.

Toutefois, cette carence de Monsieur [H] ne suffit pas à rapporter la preuve de sa volonté de dissimulation de l'existence de 249 534,38€ de créances irrécouvrables, étant observé d'une part qu'il n'est pas démontré que dans cette somme ne soient pas incluses les 71 686,79€ de créances douteuses figurant à la situation au 30 septembre 2012, d'autre part que la preuve d'un dol ne peut résulter de la seule application des stipulations contractuelles relatives à la garantie d'actif et de passif.

Pour retenir que Monsieur [H] 'doit sa garantie à la société 2EI pour le montant de 249 534,38€', les premiers juges ont retenu que cette dernière versait aux débats:

- la liste des clients relancés,
- des plis recommandés avec AR retournés à la société 2EI, dont 12 enveloppes portant la mention de la poste 'destinataire inconnu à l'adresse', et 4 enveloppes portant la mention 'défaut d'adressage',

et s'étonne du nombre d'enveloppes retournées à l'expéditeur.

La cour ne dispose pas d'autres éléments de preuve, alors que la société 2EI écrit que la société [H] s'est heurtée à des clients soit qui avaient déjà réglé, soit qui n'avaient jamais signé de bon de commande ou de devis, ce qui aurait pu être justifié par un courrier ou un mail desdits clients.

Les courriers retournés concernent pour certains des factures postérieures au 30 septembre 2012, d'autres antérieures au 31 décembre 2011 pour un montant total n'excédant pas celui des créances indiquées comme douteuses dans la situation au 30 septembre 2012.

En particulier, la société TB LABEGE, débitrice de 10 307,89€ selon facture du premier février 2012, a selon la poste refusé le courrier recommandé de relance, ce qui aurait mérité une demande d'explication, et le courrier de relance adressé le 26 juillet 2013 aux époux [G], débiteurs de 15 620€ (date de facturation inconnue), a suivi à leur nouvelle adresse en Norvège suite à un ordre de réexpédition à compter du 31 janvier 2013, mais n'a pas été retiré, ce qui aurait du entraîner des diligences supplémentaires.

La volonté de tromper de Monsieur [H] par la présentation d'un compte client erroné n'est en conséquence pas établie.

Sur les 'litiges'

A l'article 5.1.6 de la convention relative aux procès, contentieux, litiges ou arbitrages, Monsieur [H] a déclaré qu'"à sa connaissance la société n'était partie à aucun procès, contentieux, litige ou arbitrage, et qu'aucune procédure, action ou réclamation n'était sur le point d'être entamée à l'exception du sinistre [R]' (lequel a donné lieu à un jugement du 28 novembre 2011 et au paiement d'une franchise de 3 836,93€ à la SMABTP).

Là encore, il doit être établi pour caractériser un dol que les différents événements venant affecter la situation de l'entreprise, évoqués, improprement pour certains, par le cessionnaire sous l'appellation de 'litiges', étaient connus de Monsieur [H], et qu'il les a volontairement dissimulés au cessionnaire pour l'amener à contracter.

a) 'litiges' relatifs aux organismes sociaux

Au paragraphe 5.1.8 du contrat, il est indiqué que 'la société est et sera à jour dans le règlement de l'ensemble de ses cotisations à l'égard de la sécurité sociale et des différents organismes de retraite et de chômage'.

* régularisation PROBTP et injonction de payer BTP RETRAITE.

Le 26 mars 2013, PROBTP, caisse de retraite et de prévoyance (BTP RETRAITE ET BTP PREVOYANCE), a adressé à l'entreprise [H] suite à la déclaration nominative annuelle:

- un appel de régularisation indiquant le montant du solde du pour l'exercice concerné,
- une situation de compte détaillant les appels de cotisations et les paiements,
- les états nominatifs.

Il résulte de ce document que le solde de 23 866,62€ restant du après paiement d'une somme de 11 850,29€ inclut des cotisations appelées au cours de l'année 2012 et restées impayées, une mise en demeure ayant d'ailleurs été émise le 12 janvier 2013 à concurrence de 7 152,84€ soit 6 842,80€ outre pénalités de retard pour juillet, août 2012 et le troisième trimestre 2012, et des appels de cotisations étant également impayés pour les premiers et deuxièmes trimestres, ainsi que pour octobre 2012. Cet appel de régularisation, loin d'être un ajustement, est au principal relatif à des impayés en cours d'exercice.

La liste des inscriptions figurant en annexe 9 de la convention de cession mentionne d'ailleurs deux inscriptions de privilèges de BTP RETRAITE pour 4 068€ le 30 juillet 2012, sommes dues au premier avril 2012, et de 9947€ le 5 novembre 2012, sommes dues au premier juillet 2012.

Il n'est pas établi que l'injonction de payer signifiée le 12 février 2013 à la requête de PROBTP pour 17005,19€ dont 15 440€ de cotisations, n'est pas incluse dans la somme réclamée au titre de la régularisation, et qu'elle concerne d'autres cotisations que celles qui ont donné lieu aux inscriptions pour les premiers et second trimestres 2012.

Le bilan au 30 septembre 2012 fait état d'une dette PROBTP à hauteur de 25 195,44€.

Il résulte de tous ces éléments que les cotisations de retraite étaient en grande partie impayées au cours de l'année 2012, et que si la déclaration du cédant selon laquelle l'entreprise était à jour de ses cotisations sociales était mensongère, la lecture des documents annexes à la cession permettaient de se convaincre que tel n'était pas le cas au

30 septembre 2012.

* 'litige' avec l'URSSAF

Le 17 septembre 2012, l'URSSAF des Pyrénées Atlantiques a signifié à la SARL [H] une contrainte d'un montant de 10 951,77€, relative à des cotisations impayées. Le 19 septembre 2012 Monsieur [H] a adressé 5 chèques à l'huissier de justice de 2 190,35€ chacun, à encaisser chaque mois jusqu'au 15 janvier 2013. Aucune dette URSSAF ne figure au bilan au 30 septembre 2012.

Le 17 janvier 2013, l'huissier de justice a écrit à la SARL [H] que l'URSSAF reprenait les poursuites, le décompte, augmenté de 8 110€ de cotisations impayées s'élevant alors à 19 746,97€, et faisant apparaître qu'aucun paiement n'avait été enregistré depuis septembre 2012.

Monsieur [H], qui a proposé un échéancier qui n'a pas été respecté, avait connaissance de cette dette, mais l'a tue lors de l'acte de cession, attestant au contraire que la société était à jour. Ce comportement est déloyal de la part d'une partie contractante, peu important, dans le cadre de l'examen de la demande d'annulation pour dol, que l'URSAFF ait déclaré une créance.

b) 'litiges' d'ordre fiscal

Au paragraphe 5.1.8 du contrat, il est indiqué que 'la société s'est toujours conformée, et se conformera jusqu'à la date de la cession, à la réglementation fiscale et est et sera à jour des paiements d'impôts directs ou indirects, il n'existe à ce jour aucune réclamation, aucune demande de renseignement ou contestation de la part des autorités fiscales.

* taxe d'apprentissage: il s'agit ici d'une lettre de relance et d'une mise en demeure émises par la direction des finances publiques le 7 décembre 2012, concernant la taxe d'apprentissage 2012 pour un montant de 400€.

Une somme de 4 143€ est portée au passif du bilan au titre des autres charges à payer à l'état, sans que le détail ne permette à la cour de vérifier si cette taxe est incluse.

* 'litige' relatif à la TVA

Le 31 décembre 2012, la direction des finances publiques a avisé la société Entreprise [H] de ce que suite au défaut de paiement de ses impositions elle encourait une majoration de 5%.

Par courrier des 7 et 23 janvier 2013, elle lui a demandé de régulariser impérativement la TVA de novembre et décembre 2012, pour des sommes de 3 197€ et 638€ suite au rejet des téléversements.

Enfin le 22 janvier 2013 la direction des finances publiques a adressé à la société Entreprise [H] une mise en demeure de s'acquitter de la somme de 3 560€, au titre de la TVA de septembre 2012.

Au bilan arrêté au 30 septembre 2012, est mentionné au titre de la TVA, à l'actif une somme de 4515,50€, et au passif une somme de

154 699,55€, dont 37 862,20€ à décaisser.

Si les mises en demeure et relance sont postérieures à la cession, Monsieur [H] ne pouvait ignorer qu'il n'était pas à jour du paiement de la TVA, et que depuis la situation au 30 septembre 2012 la dette s'était encore creusée, les téléversements étant rejetés.

En affirmant dans l'acte de cession que 'la société est et sera à jour des paiements d'impôts indirects', et dissimulant ainsi que cette société n'avait pu faire face dans les semaines précédant immédiatement la cession, à ses obligations en matière de TVA, Monsieur [H] a volontairement trompé la société 2E.

c) litiges relatifs au personnel

* 'litige' avec la société @INTERIM

Le 31 août 2011, la société Arobase a émis à l'encontre de l'entreprise [H] une facture de 11 399, 41€ que Monsieur [H] ne conteste pas être restée impayée.

Peu importe, au stade de l'examen de la demande d'annulation de la cession pour dol, si cette dette a été payée par la société [H] ou par la société 2E.

Ce défaut de paiement n'est pas un 'litige' en l'absence d'autre informations ou pièces, en revanche le fait que cette facture ne figure pas, malgré son ancienneté et comme l'a vérifié la cour, au passif du bilan au 30 septembre 2012, est de nature à fausser l'appréciation du prix des parts sociales.

* 'litige' avec la caisse de congés payés

Un extrait de compte arrêté au 4 janvier 2013 à la somme de 15 341,62€, mentionne que le solde dû à la caisse de l'Aquitaine au titre des congés intempéries était de 16 028,86€ au 5 décembre 2012, des majorations de retard étant appliquées au titre des deuxièmes et troisièmes trimestres.

Au 30 septembre 2012 était comptabilisée une dette de 15 920,56€ envers la caisse de congés payés, de sorte que la situation de la société à l'égard de cette caisse n'a pas été dissimulée.

* 'litige' relatif à la participation de la SARL [H] au contrat de sécurisation professionnelle de Monsieur [C].

Ce contrat a débuté le premier septembre 2012 et le 8 janvier 2013, une somme de 6 322€ à verser avant le 25 février 2013 a été réclamée à la SARL [H] à ce titre, correspondant à l'indemnité de préavis de 2 mois, et aux droits acquis au titre de la formation.

Monsieur [H] se borne à indiquer qu'il n'a pas eu connaissance de ce courrier, et que la part due avant le 30 septembre n'a pas été distinguée.

Selon lettre de licenciement signée de Monsieur [H], Monsieur [C] devait opter pour le CSP avant le 24 août 2012, de sorte que l'existence de cette charge, prévue par la loi, était parfaitement connue au 30 septembre 2012, et aurait dû être provisionnée, ou à tout le moins faire l'objet d'une information de l'acquéreur.

d) autres 'litiges'

* 'litige' avec l'association Entraide Protestante

Par jugement du 18 novembre 2014, le tribunal de commerce de PAU a condamné la SARL [H] représentée par la SELARL BRENAC à payer à l'association entraide protestante la somme de 30 829,60€ en raison d'un double paiement d'une même facture, d'abord par lettre de change le 25 juillet 2011, puis par chèque le 6 août 2011, et opéré compensation avec une somme de 13 783,30€ due par cette association à la SARL [H] au titre de prestations réalisées postérieurement à ce double paiement.

Monsieur [H] écrit qu'au jour de la signature de l'acte, soit le 3 janvier 2013, il ignorait l'existence d'un éventuel litige.

Or sont versés aux débats des échanges de mail entre le directeur des EHPAD concernés et Monsieur [H], le premier reprochant au second les 14 septembre et 12 octobre 2011 de lui avoir faussement indiqué que la lettre de change avait été rejetée, et le menaçant d'une procédure judiciaire, et Monsieur [H] ne contestant pas ce double paiement et espérant que du temps lui soit laissé avant l'engagement d'une telle procédure. Par ailleurs, le jugement du 18 novembre 2014 précité évoque 'un flot de courriers de réclamation'.

Le dernier échange de mail du 31 décembre 2012 fait état du côté de l'association, d'un échéancier prévoyant le paiement d'un acompte de 1677,13€ non reçu à l'échéance du 30 décembre 2012 et du dépôt le jour même d'une requête aux fins d'injonction de payer, du côté de Monsieur [H] de l'existence de factures impayées par l'association, de l'envoi du chèque ainsi que son prochain passage pour évoquer le solde.

L'ordonnance d'injonction de payer la somme de 31 937,37€ a été rendue le 8 janvier 2013, et signifiée le 5 février 2013.

Monsieur [H] ne peut dans ces conditions prétendre qu'il ignorait l'existence d'un éventuel litige à la date de la cession, et ce litige démontre effectivement sa mauvaise foi.

Au titre des dettes clients ne figure au passif du bilan au 30 septembre 2012 qu'une somme de 2 841,02€ qui ne peut correspondre au double paiement de l'association entraide protestante, de sorte que la volonté de dissimulation est patente.

* régularisation SMABTP

Le 19 avril 2013, la SMABTP a établi un relevé de compte mentionnant, pour chaque risque, au débit des appels de cotisations provisionnelles pour le second trimestre 2013, et au crédit la cotisation définitive pour l'année 2012, le solde général débiteur s'élevant à 2 169,89€.

La cour ne voit dans ce relevé que des crédits au titre des cotisations définitives, et ne saurait donc prendre en considération cette régularisation au titre des réclamations du cessionnaire, quelqu'en soit le fondement.

* 'litige' Crédipar

Le 18 avril 2013, la société CREDIPAR a mis l'entreprise [H] en demeure de régler sous huitaine au titre d'un prêt de 9 728€ la somme de 6017,40€ représentant 5 échéances de 314,09€ impayées du 5 juin au 5 octobre 2012, le capital restant du outre pénalités et intérêts de retard.

C'est avec une parfaite mauvaise foi que Monsieur [H] prétend que cette information n'existait pas à la date de la cession, dès lors qu'en sa qualité de gérant il ne pouvait ignorer qu'un crédit, de surcroît réaménagé le 5 février 2012 alors que le montant restant du était de 7 154,47€, était impayé depuis 5 mois.

L'emprunt CREDIPAR de 9 728€ figure au passif du bilan avec un net au 30 septembre 2012 identique à celui du 31 décembre 2011, de 4 040€ qui est inexact.

Les inscriptions crédipar figurant en annexe 9 de la convention de cession ne visent ce crédit qu'au titre d'une clause de réserve de propriété sur un véhicule, la créance étant exigible au 5 janvier 2014.

Monsieur [H] a en conséquence volontairement dissimulé l'existence d'un arriéré sur ce crédit.

* 'litige' avec APAVE SUD EUROPE

Il s'agit là encore d'un impayé (facture non produite), ayant entraîné une ordonnance d'injonction de payer du 29 janvier 2013. Il n'est pas établi que le contentieux occasionné par le paiement de cette facture était connu de Monsieur [H] à la date de la cession, et la cour ne peut affirmer que le principal de la dette soit 1483,04€ n'est pas inclus dans les 8793,18€ du compte 'autres comptes débiteurs/créditeurs', ou les 7 897,01€ du compte 'autres charges à payer'.

* 'litige' d'honoraires FIDAL

Cette facture en date du 31 août 2012 d'un montant de 2 107,95€ concerne une assistance à une procédure de licenciement, et Monsieur [H] ne conteste pas son paiement par la société [H] postérieurement à la cession, ce qui là encore ne fait pas obstacle à l'existence d'un dol.

En revanche la cour ne peut affirmer que le principal de la dette soit 1483,04€ n'est pas inclus dans les 8 793,18€ du compte 'autres comptes débiteurs/créditeurs', ou les 7 897,01€ du compte 'autres charges à payer'. Il ne peut donc être retenu une manoeuvre ou une réticence dolosive à ce titre.

* 'litige' avec la société RIV'AIR

Une assignation en paiement a été délivrée le 12 février 2013 à la SARL [H], en paiement de factures de mars à août 2012 pour un total de 7 045,78€. La dette a été réglée par la SARL [H] postérieurement à la cession.

Monsieur [H] fait valoir que l'assignation est postérieure à la cession, mais les factures sont antérieures et il ne pouvait ignorer qu'elles étaient impayées. Il ne conteste d'ailleurs pas avoir reçu les mises en demeure des 3 mars et 14 novembre 2012 dont les copies sont annexées à l'assignation avec leur accusé de réception signé.

Cependant, il résulte de l'assignation que la société 'RIV AIR' est un fournisseur et il existe au passif du bilan des dettes fournisseurs à hauteur de 125 667,58€, sans qu'il soit justifié que cette dette n'y figure pas. Dès lors, il n'est pas démontré que cette dette, qui n'était pas encore un 'litige', ait été dissimulée.

Il résulte de ce qui précède qu'à la date de la cession le 3 janvier 2013, Monsieur [H] a apposé sa signature au bas de la situation au 30 septembre 2012 et affirmé le jour de la cession être à jour au niveau fiscal et social et n'avoir connaissance d'aucune procédure, action ou réclamation en cours ou sur le point d'être entamée à l'exception du sinistre [R] alors que:

- le 20 décembre 2012 il a émis des avoirs à hauteur de 165 262,74€ relatifs à des factures des 11 juillet et 9 décembre 2011, ce qui était de nature à modifier notablement la situation présentée, pour une cause antérieure à cette situation, et n'en n'a pas informé les acquéreurs,

- qu'il a dissimulé l'existence d'une dette auprès de l'URSSAF qui s'élevait au 30 septembre 2012 à 10 951, 77€, et l'augmentation de cette dette à hauteur de 19 746,97€ à la date de la cession, aucun paiement n'étant intervenu depuis de nombreux mois malgré la mise en place d'un échéancier,

- qu'il a dissimulé l'absence de paiement d'une facture de 11 399, 41€ due à la société @INTERIM,

- qu'il a dissimulé l'existence d'un litige avec la société Entraide Protestante dont il était par sa mauvaise foi à l'origine alors que la société était menacée de procédure judiciaire depuis de nombreux mois, et qu'il était avisé du dépôt d'une requête en injonction de payer, qu'il s'en est suivi une condamnation au paiement d'une somme de

17 046,30€,

- qu'il a dissimulé l'existence d'un arriéré sur le crédit Crédipar à hauteur de 1570,45€ au 30 septembre 2012 et porté une somme inexacte au bilan,

- qu'il a passé sous silence la participation au contrat de sécurisation de Monsieur [C] pour 6 322€,

le total de ces dissimulations s'élevant à la somme de 221 347,87€.

Par ailleurs, si la dette auprès de la caisse de retraite PROBTP était inscrite au passif du bilan au 30 septembre 2012, et s'il n'est pas démontré qu'il n'en soit pas de même en ce qui concerne la TVA, il résulte des pièces produites auxquelles s'ajoute un échange de mail entre Monsieur [H] et la société générale en date des 21 et 22 novembre 2012, que les prélèvements TVA, PRO-BTP et URSSAF postérieurs à cette situation ont été rejetés.

Ces difficultés de trésorerie n'étaient pas nouvelles, puisque dans un courrier adressé le 17 août 2012 à Monsieur [C] lui notifiant son licenciement pour motifs économiques, Monsieur [H] faisait état:

- d'une baisse du chiffre d'affaire de l'ordre de 42%,

- de sérieuses difficultés de trésorerie et d'un compte débiteur de

180 000€,

- d'une baisse de marge en valeur absolue de 180 000€,

- de grandes difficultés à régler les dépenses courantes, notamment les cotisations auprès des organismes sociaux, les difficultés économiques étant avérées, sérieuses et persistantes.

L'ampleur et la multiplicité des dissimulations, masquant en grande partie la situation réelle de la société, excluent la simple erreur ou la simple négligence, et la volonté de Monsieur [H] de tromper la SARL 2EI pour l'amener à contracter alors qu'elle ne l'aurait pas accepté si elle avait eu connaissance des éléments dissimulés est ainsi établie, sans que l'acceptation par Monsieur [H] d'un paiement en 3 annuités et de son maintien en qualité de cogérant chargé de la partie commerciale durant 3 années, qui font partie de la négociation, ne suffisent au vu de ces éléments à exclure toute mauvaise foi de sa part, le maintien au sein de la société pouvant tout autant, comme l'observe la SAS 2EI, lui permettre de dissimuler ses mensonges.

La cession de parts sociales de la SARL Entreprise [H] par Monsieur [H] à la SARL 2EI sera en conséquence annulée en raison du dol imputable au cédant, la décision déférée étant confirmée sur ce point.

Sur les conséquences de l'annulation

Sur les restitutions

Les parties doivent être remises dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant cette exécution, ce qui implique d'une part l'annulation de la dette de la société 2EI à Monsieur [H] au titre du paiement du prix de 150 000€ et le rejet de sa demande en paiement, d'autre part, le retour des parts sociales de la SARL Entreprise [H] dans le patrimoine de ce dernier.

La SA 2EI soutient que la restitution des parts sociales intervient en l'état dans lequel elles se trouvaient à la date de la cession, puisque la société était déjà en liquidation judiciaire.

L'autorité de la chose jugée s'attachant à la fixation de la date de cessation des paiements au 30 septembre 2012 par le tribunal de commerce, n'a d'effet qu'à l'égard des parties qui ont été présentes ou représentées à l'audience et qui, dans la nouvelle instance, procèdent en la même qualité, et s'il y a entre les deux litiges identité de cause et d'objet.

La cour n'est en conséquence pas tenue par la date de cessation des paiements fixée par le tribunal qui ouvre le redressement judiciaire de la société dont les parts ont été cédées, et Monsieur [H] est en droit de la contester nonobstant l'absence de tierce opposition.

Toutefois, il a été relevé ci-dessus que la société [H] rencontrait de grosses difficultés à honorer ses engagements au cours du dernier trimestre 2012, qu'elle n'était pas à jour auprès de l'administration fiscale, des organismes sociaux, des caisses de retraite et de congés payés, et ne faisait pas face aux échéances. En outre ses comptes bancaires étaient débiteurs pour plus de 150 000€, au 30 septembre comme au 31 décembre 2012, et des dettes restaient impayées malgré mises en demeure et menaces de procédures judiciaires.

Bien qu'ayant été sollicité, Monsieur [H] n'a pas démontré l'existence de créances clients permettant de faire face au passif exigible, lui même reconnaissant que certaines de ces créances étaient plus délicates à recouvrer.

Dès lors, il n'y a pas lieu de remettre en cause la date de cessation des paiements telle que fixée par le tribunal de commerce.

La SAS 2EI restitue donc à Monsieur [H] des parts d'une société en cessation des paiements, comme elles lui ont été vendues, la liquidation judiciaire ayant toutefois été depuis lors prononcée.

Sur la demande de dommages et intérêts de Monsieur [H]

Lorsqu'un contrat nul a été exécuté, et que cette remise en état s'avère impossible, ce qui est le cas en raison de la liquidation judiciaire intervenue depuis la cession, la partie qui a bénéficié d'une prestation qu'elle ne peut restituer doit s'acquitter du prix correspondant à cette prestation.

Pour réclamer dans le cadre de l'annulation du contrat, des dommages et intérêts à hauteur de 150 000€, Monsieur [H] fait valoir:

- 1) qu'il a été privé du prix de cession de ses parts,
- 2) qu'il a été évincé de la gestion de la société Entreprise [H], et a été privé 10 mois après la cession de ses parts de son poste de responsable de production et commercial Aquitaine qui lui était contractuellement du pendant 3 ans,
- 3) qu'il a vu la société dont il avait cédé les parts pillée de ses actifs et notamment de son fichier client au profit de la SARL 2EI sans bourse délier.

Le premier point n'est que la conséquence de l'annulation de la cession du fait des dissimulations auxquelles s'est livré Monsieur [H], et ne peut donc donner lieu à indemnisation.

Sur les deux autres points, Monsieur [H] ne démontre pas que la société 2EI ait pillé la société de ses actifs et de sa clientèle et ait ainsi tiré un quelconque bénéfice durant la période séparant la cession de l'annulation, et s'agissant de son contrat de travail, d'une part il lie Monsieur [H] à la société entreprise [H], d'autre part, là encore le cédant ne peut se prévaloir d'un engagement pris dans le cadre d'une convention annulée en raison de sa deloyauté.

La décision déferée à la cour sera en conséquence confirmée en ce qu'elle a rejeté la demande de dommages et intérêts de Monsieur [H], la cour y ajoutant le rejet de la demande complémentaire formulée à concurrence de 50 000€.

Sur la demande de dommages et intérêts de la SAS 2 EI

Dès lors que la cession de parts est annulée, la SAS 2 EI est fondée à réclamer, sur le fondement de l'article 1382 devenu 1240 du code civil, des dommages et intérêts destinés à compenser le préjudice qu'elle a subi du fait de la faute commise par Monsieur [H], en l'espèce, la dissimulation de la situation réelle de la société.

Ce préjudice est évalué par la SAS 2 EI au montant des sommes qu'elle a injectées en pure perte dans la société, et non à l'addition des différentes sommes venant réduire la valeur de ses parts. Sa demande ne peut donc être rejetée au motif qu'elle n'a pas directement ou indirectement payé certaines de ces sommes déclarées au passif de la liquidation de la société (en particulier, l'exemple de l'association entraide protestante est particulièrement infondé puisque le jugement de condamnation est postérieur à l'ouverture de la procédure collective), ou au contraire que les créanciers omis dans la situation au 30 septembre 2012 n'auraient pas déclaré leur créance un an plus tard, alors que certaines ont été payées par la société entreprise [H] postérieurement à la cession de part.

Au vu des relevés bancaires versés aux débats, ont été virés par la SAS 2 EI:

- sur le compte crédit commercial Sud Ouest, 161 100€ entre janvier et juin 2013, le solde étant néanmoins débiteur de 79 548€ au 28 juin 2013,
- sur le compte société générale, 42 200€, le solde étant créancier de 15 455,47€ au 29 juin 2013,
- sur le compte crédit commercial du sud-ouest, 7 500€ en février 2013, le compte étant débiteur de 6 891,78€ au 28 février 2013, soit un total de 210 800€.

L'extrait du grand-livre de la SAS 2EI fait apparaître d'autres virements postérieurs à juin 2013, ainsi que des paiements de sommes dues par la société [H] notamment au titre des salaires, le total des sommes ainsi injectées dans la société s'élevant à 588 761,80€, montant figurant en qualité de créance admise sur l'état établi dans le cadre de la liquidation judiciaire de la société entreprise [H].

La SAS 2 EI n'a jamais perçu aucun dividende et Monsieur [H] ne peut sérieusement soutenir qu'elle a réalisé une 'opération intéressante' du fait de la prise en charge de 172 610,72€ de créances salariales par les AGS.

Le passif admis s'établit, compte tenu de la créance des AGS et de la créance de la SAS 2EI, à 1 022 756,74€, outre 1000€ à titre provisionnel, et 31 602,53€ à échoir.

Monsieur [H] met en cause d'une part la sincérité de la situation au 31 décembre 2012, soit relative à une période précédant la cession mais établie par la société cessionnaire, d'autre part la gestion de la société postérieurement à la cession.

La pièce n°55 éditée le 2 juin 2017 présentée par Monsieur [H] comme le journal des ventes de l'entreprise d'électricité [H] au 4ème trimestre 2012, pour un total de 189 431€ HT (213 231€ TTC), n'a aucune valeur probante car son origine est inconnue, et compte tenu des avoirs et du double paiement non comptabilisés au 30 septembre 2012 pour un total HT de 169 704€, la quasi stagnation de la production de services vendue entre la situation à cette date telle que présentée par Monsieur [H] (692 630€) , et la situation au 31 décembre 2012 (693 403€) est cohérente.

Par ailleurs, les relevés de compte de la société [H] pour le premier semestre 2013 font apparaître des encaissements de créances clients de l'ordre de 200 000€, de sorte que les soupçons de Monsieur [H] quant à une appropriation de ces créances par la société 2EI n'est pas fondée.

Enfin Monsieur [H] occupait jusqu'en novembre 2013 les fonctions de 'responsable de production et commercial Aquitaine', c'est donc à lui qu'incombait l'apport de nouveaux contrats, et il n'est pas fondé à invoquer une négligence de la nouvelle gérance sur ce point.

Les diverses dissimulations dont Monsieur [H] s'est rendu coupable ont dans un premier temps masqué l'impossibilité de redresser la situation, et la nécessité de recourir à une procédure collective, et il ne peut être reproché à la SAS 2EI, alors qu'elle découvrait au fil des mois la situation désastreuse de la société, d'avoir fait face à un besoin en fonds de roulement.

La SAS 2EI n'aurait pas acquis les parts et n'aurait en conséquence pas déboursé de sommes si Monsieur [H] n'avait pas eu un comportement dolosif justifiant l'annulation de la cession.

Toutefois la société 2EI disposait dès le mois de juin 2013 des éléments lui permettant d'appréhender la situation irrémédiablement compromise de la société Entreprise [H] notamment du fait des dissimulations de Monsieur [H] qu'elle avait alors découvertes sans que celui-ci ne donne d'explications valables, et a cependant fait le choix de continuer à injecter des fonds dans la société jusqu'en décembre 2013.

Son préjudice, en lien direct avec les dissimulations dolosives commises par Monsieur [H], sera en conséquence limité au montant des apports effectués dans la société jusqu'en juin 2013 soit au vu du grand livre de la SAS 2 EI et des relevés bancaires produits, à la somme de 341 362,71€.

Le dol étant retenu et la convention de cession de parts annulée, la demande relative à la garantie d'actif et de passif est sans objet.

Sur l'article 700 du CPC et les dépens

La décision déferée sera confirmée sur ce point, et Monsieur [H] sera condamné aux dépens exposés en cause d'appel, la cour ajoutant une somme complémentaire de 3000€ au titre des sommes dues par Monsieur [H] en application des dispositions de l'article 700 du CPC.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Confirmant partiellement la décision, statuant à nouveau sur les points infirmés et y ajoutant,

- annule la convention de cession des parts de la SARL Entreprise [H] intervenue le 3 janvier 2013 entre Monsieur [S] [H] et la SARL 2E, devenue SAS 2EI,

- en conséquence ordonne la restitution des parts sociales de la SARL Entreprise [H] à Monsieur [S] [H] et le déboute de sa demande de paiement du prix,

- condamne Monsieur [S] [H] à verser à la SAS 2EI la somme de 341 362,71€ à titre de dommages et intérêts,

- dit que la demande relative à la garantie de passif est en conséquence de ce qui précède sans objet,
- déboute Monsieur [S] [H] de sa demande de dommages et intérêts,
- le condamne au paiement d'une somme de 2500€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais engagés devant les premiers juges, outre celle de 3000€ au titre des frais engagés en cause d'appel,
- le condamne aux dépens de première instance et d'appel.

Le greffier, Le président,