

15 décembre 2016

Cour d'appel d'Aix-en-Provence

RG n° 15/21509

8e Chambre C

Texte de la décision

**Entête**

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

8e Chambre C

ARRÊT AU FOND

DU 15 DECEMBRE 2016

N° 2016/ 761

Rôle N° 15/21509

[U] [C]

C/

SCP [F] [K] & A. [O]

Grosse délivrée

le :

à :JUSTON

JAUFFRES

PG

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Tribunal de Commerce de MARSEILLE en date du 03 Décembre 2015 enregistré au répertoire général sous le n° 2012L03535.

APPELANT

Monsieur [U] [C]

né le [Date naissance 1] 1971 à[Localité 1], demeurant [Adresse 1]

représenté par Me Sandra JUSTON de la SCP BADIE SIMON-THIBAUD JUSTON, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE, et assisté de Me Nicolas BRANTHOMME, avocat au barreau de MARSEILLE et de Me Gérard BISMUTH, avocat au barreau de MARSEILLE,

INTIMEE

SCP [F] [K] & A. [O] mandataire judiciaire, prise en la personne de Maître [F] [K] agissant en sa qualité de mandataire liquidateur de la sarl Méditerranée Production

demeurant [Adresse 2]

représentée par Me Jean-marie JAUFFRES, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE et assistée de Me Chloé TOURRET-BERGANT, avocat au barreau de MARSEILLE substituant Me Eric SEMELAIGNE, avocat au barreau de MARSEILLE

\*\_\*\_\*\_\*\_\*

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 02 Novembre 2016 en audience publique. Conformément à l'article 785 du Code de Procédure Civile, Madame Claudine PHILIPPE, Conseiller a fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries.

La Cour était composée de :

Monsieur Dominique PONSOT, Président

Madame Cathy CESARO-PAUTROT, Conseiller

Madame Claudine PHILIPPE, Conseiller

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Madame Valérie VIOLET.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 15 Décembre 2016

MINISTERE PUBLIC :

Auquel l'affaire a été régulièrement communiquée.

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 15 Décembre 2016,

Signé par Monsieur Dominique PONSOT, Président et Madame Valérie VIOLET, greffier auquel la minute de la décision a

été remise par le magistrat signataire.

## Exposé du litige

\*\*\*

## EXPOSE DU LITIGE

Vu le jugement du 3 décembre 2015 par lequel le tribunal de commerce de Marseille a :

- débouté M. [U] [C] des moyens de nullité et des fins de non recevoir,
- condamné M. [U] [C] à payer au liquidateur judiciaire de la société Méditerranée Production la somme de 147 718 euros, au titre de sa participation à l'insuffisance d'actif,
- jugé irrecevable la demande de condamnation à une mesure de faillite personnelle formée à l'encontre de M. [U] [C],
- ordonné l'exécution provisoire,
- dit que les dépens seront employés en frais privilégié de procédure collective,

Vu la déclaration du 7 décembre 2015 par laquelle M. [U] [C] a interjeté appel de cette décision,

## Moyens

Vu les dernières conclusions du 7 mars 2016 aux termes desquelles M. [U] [C] demande à la cour de :

- prononcer l'annulation du procès verbal de recherches infructueuses valant assignation en date du 13 décembre 2012,
- juger en conséquence que l'instance introduite par cet acte ne peut valablement reposer sur les moyens de droit et de fait qui y sont décrits,
- infirmer le jugement déféré en ce qu'il n'a pas admis le principe de la nullité du procès verbal de recherches infructueuses ayant introduit l'instance,
- juger que l'action en comblement de passif est conditionnée par la vérification du passif chirographaire,
- juger que cette vérification est une condition de recevabilité qui doit intervenir avant l'assignation introductive d'instance et que si aucune vérification n'a eu lieu avant l'introduction de l'instance en comblement de passif, aucune régularisation postérieure n'est possible,
- juger qu'en l'espèce aucune vérification du passif chirographaire n'a été diligentée par le mandataire liquidateur,
- infirmer le jugement déféré en ce qu'il a rejeté le principe de l'irrecevabilité,
- juger irrecevable l'action en comblement de passif en l'absence de vérification du passif chirographaire déclaré dans le cadre de la procédure de redressement puis de liquidation judiciaire,

- juger qu'une demande de mesure de faillite personnelle ne peut se faire que par voie d'assignation,
- juger irrecevable la demande de faillite personnelle formée par le liquidateur par voie de conclusions et confirmer sur ce point le jugement déféré,
- infirmer le jugement déféré en ce qu'il a reconnu le principe de la participation de M. [U] [C] à l'insuffisance d'actif à hauteur du montant non vérifié de la créance fiscale pour laquelle il a déjà été condamné personnellement et définitivement,
- débouter Me [F] [K] de l'ensemble de ses prétentions,
- condamner Me [F] [K] au paiement d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et au paiement des dépens qui seront recouverts selon les dispositions de l'article 699 du même code,

Vu les dernières conclusions du 9 mai 2016 par lesquelles la SCP [F] [K] & A. [O] ès qualités de mandataire liquidateur de la société Méditerranée Production demande à la cour de :

- débouter M. [U] [C] de ses demandes,
- confirmer le jugement déféré en ce qu'il a débouté M. [U] [C] des moyens de nullité et des fins de non recevoir soulevés,
- confirmer le jugement déféré en ce qu'il a condamné M. [U] [C] au titre de sa participation à l'insuffisance d'actif,
- infirmer le jugement déféré sur le montant de la condamnation prononcée à l'encontre de M. [C],
- condamner M. [U] [C] au paiement de la somme de 760 000 euros au titre de sa participation à l'insuffisance d'actif,
  
- le condamner au paiement de la somme de 8 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et au paiement des dépens qui seront recouverts selon les dispositions de l'article 699 du même code,

Vu l'avis du ministère public du 21 octobre 2016, par lequel le procureur général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence demande l'application de la loi et la confirmation de la décision entreprise sur le principe de la condamnation prononcée à l'encontre de M. [U] [C] à supporter l'insuffisance d'actif de la S.A.R.L. Méditerrané Production,

## Motivation

## MOTIFS

Attendu que M. [U] [C] était le gérant de la société Méditerranée Production dont l'activité était l'édition de revues spécialisées ;

Que par jugement du 18 décembre 2008 le tribunal de commerce de Marseille a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société Méditerranée Production ; que cette procédure a été convertie en liquidation judiciaire le 14 décembre 2009 ;

Que par acte d'huissier du 13 décembre 2012 la SCP [F] [K] & A. [O] a assigné M. [U] [C], devant le tribunal de commerce de Marseille, en paiement d'une somme de 916 129 euros, au titre de l'insuffisance d'actif de la société Méditerranée Production ;

Qu'au cours de la procédure, la SCP [F] [K] & A. [O] a, par voie de conclusions, demandé, en outre, le prononcé d'une mesure de faillite personnelle pendant une durée de 15 ans ;

Que par jugement avant-dire-droit du 3 octobre 2013, le tribunal de commerce de Marseille a enjoint Messieurs les greffiers en chef de faire convoquer par acte extra-judiciaire M. [U] [C] demeurant [Adresse 3], pour l'audience du 14 novembre 2013 et en vue de son audition personnelle ;

Que par le jugement déféré le tribunal de commerce de Marseille a déclaré irrecevable la demande tendant au prononcé d'une mesure de faillite personnelle à l'encontre de M. [U] [C] ; que cette disposition n'est contestée par aucune partie et sera dès lors confirmée ;

Que le jugement déféré a condamné M. [U] [C] au paiement d'une somme de 147 718 euros au titre de la participation à l'insuffisance d'actif ; que cette condamnation est contestée dans son principe par M. [U] [C] et dans son montant par la SCP [F] [K] & A. [O] ;

Sur la validité du procès verbal de recherches du 13 décembre 2012

Attendu que l'instance devant le tribunal de commerce de Marseille a été initiée par un acte d'huissier en date du 12 décembre 2012, par lequel Me [F] [K] a donné assignation à M. [U] [C] d'avoir à comparaître à l'audience du 17 janvier 2013 afin qu'il soit statué sur une demande de condamnation au titre de l'insuffisance d'actif de la société Méditerranée Production ;

Que cet acte introductif d'instance a été transformé en procès verbal de recherches infructueuses en application de l'article 659 du code de procédure civile ;

Attendu que M. [U] [C] soutient que ce procès verbal de recherches infructueuses est nul au motif que l'huissier a rédigé ce document sans procéder à toutes les diligences utiles qui lui auraient permis de localiser le destinataire de l'acte, diligences qui lui sont imposées par l'article 659 du code de procédure civile ;

Que M. [U] [C] précise, notamment, qu'il suffisait à l'huissier de solliciter le mandataire liquidateur afin d'obtenir soit le nom de l'avocat de la société Méditerranée Production soit l'adresse des sièges sociaux des autres sociétés dans lesquelles il intervenait ; qu'il ajoute que l'huissier, muni de ces informations, auraient pu facilement connaître sa nouvelle adresse et ses lieux de travail, afin de lui remettre l'assignation ;

Que M. [U] [C] fait valoir que l'irrégularité du procès verbal de recherches infructueuses engendre la nullité de l'acte introductif d'instance et que dans la mesure où il s'agit de la violation d'une formalité substantielle au sens de l'article 114 du code de procédure civile, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un grief ;

Que M. [U] [C] ajoute qu'aucune régularisation ne pouvait intervenir dans le délai de la prescription ;

Attendu qu'en réponse, la SCP [F] [K] & A. [O] soutient que le procès verbal de recherches infructueuses a été rédigé par l'huissier en respectant les formalités requises par l'article 659 du code de procédure civile ;

Qu'elle ajoute, qu'en tout état de cause, à supposer l'assignation irrégulière, cette irrégularité n'a causé aucun grief à M. [U] [C] qui a pu préparer sa défense ;

Attendu que l'article 659 du code de procédure civile prévoit que lorsque la personne à qui l'acte doit être signifié n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus, l'huissier de justice dresse un procès-verbal où il relate avec précision les diligences qu'il a accomplies pour rechercher le destinataire de l'acte ;

Qu'en l'espèce, il ressort du procès verbal de recherches infructueuses litigieux, que l'huissier s'est déplacé à la dernière adresse connue de M. [U] [C], à savoir celle que ce dernier avait fournie au mandataire judiciaire et qu'il fournit toujours en cause d'appel au [Adresse 3] ; que l'huissier a constaté que le nom de M. [U] [C] ne figurait ni sur le tableau de

sonnerie, ni sur les boîtes aux lettres se trouvant à l'extérieur de la copropriété ; qu'il a interrogé par l'interphone une personne qui lui a répondu ne pas connaître l'appelant ; qu'il a en outre effectué des recherches sur les pages blanches du site internet, lesquelles sont également restées infructueuses ;

Que les diligences ainsi accomplies étaient suffisantes et justifiaient la rédaction d'un procès-verbal de recherches infructueuses et la délivrance de l'acte introductif d'instance selon les modalités de l'article 659 du code de procédure civile ;

Qu'il convient en conséquence de rejeter l'exception de nullité soulevée par M. [U] [C] ;

Sur la convocation préalable du dirigeant

Attendu que M. [U] [C] fait valoir que l'action initiée à son encontre est irrecevable au motif qu'elle n'a pas été précédée de la convocation préalable prévue à l'article R 651-2 du code de commerce dans sa version applicable en l'espèce ;

Que le mandataire judiciaire soutient que M. [U] [C] a régulièrement été convoqué avant tout débat au fond ;

Attendu qu'en application de l'article R 651-2 du code de commerce dans sa version applicable en l'espèce, l'action en comblement d'insuffisance d'actif était soumise à l'obligation de convoquer personnellement M. [U] [C] avant toute décision au fond ;

Que cette convocation ne devait toutefois pas nécessairement être faite dans l'acte introductif d'instance ; qu'elle pouvait intervenir par acte séparé, même en dehors du délai d'action, dès lors que l'assignation initiale était intervenue avant la prescription de l'action ;

Qu'il résulte des pièces de la procédure et des mentions non contestées du jugement déféré que cette formalité procédurale a été respectée dans la mesure où M. [U] [C] a été convoqué une première fois pour l'audience du 19 septembre 2013 puis une seconde fois pour l'audience du 14 novembre 2013;

Que ces convocations par actes d'huissier ont été faites à ses deux dernières adresses connues et qu'il est indifférent qu'elles aient fait l'objet de procès verbal de recherches infructueuses, M. [U] [C] s'étant gardé de fournir son adresse

actuelle en première instance et même en cause d'appel ;

Qu'il en résulte que la fin de non recevoir soulevée par M. [U] [C] et tirée de l'absence de convocation personnelle doit être rejetée ;

Sur la vérification du passif

Attendu que M. [U] [C] fait valoir que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif initiée par la SCP [F] [K] & A. [O] est irrecevable au motif qu'elle n' a pas été précédée d'une procédure de vérification du passif ;

Mais attendu qu'ainsi que le soutient à juste titre le mandataire liquidateur, l'action en condamnation au titre de l'insuffisance d'actif et recevable même si les opérations de vérification du passif ne sont pas terminées, dès lors qu'il apparaît avec évidence que l'actif sera insuffisant pour payer le passif ;

Que la vérification du passif n'est pas, contrairement à ce qu'affirme M. [U] [C], une condition de recevabilité de l'action ;

Que l'exception d'irrecevabilité soulevée de ce chef par M. [U] [C] sera rejetée ;

Sur le fond

Attendu que le mandataire judiciaire soutient que M. [U] [C] a commis des fautes de gestion en tenant une comptabilité irrégulière, en ne respectant pas ses obligations fiscales et en gérant l'activité de la société dans un sens contraire aux intérêts de cette dernière, notamment, en encaissant les sommes versées par les clients sans exécuter les prestations promises ;

Qu'il précise que M. [U] [C] a été condamné pénalement des chefs de fraude fiscale et de passation d'écritures fictives et que ce comportement a contribué à une augmentation du passif constitué pour une large part de la créance fiscale ;

Qu'il sollicite la condamnation de M. [U] [C] au paiement d'une somme de 760 000 euros ;

Attendu que M. [U] [C] s'oppose à toute condamnation faisant valoir, en premier lieu, que le mandataire judiciaire

n'ayant procédé à aucune vérification du passif, il n'est pas en mesure d'établir avec certitude tous les éléments de ce passif, et ce, d'autant plus que l'administration fiscale ne lui réclame qu'une somme de 147 718 euros ;

Qu'il ajoute qu'on ne saurait le condamner au titre du comblement de l'insuffisance d'actif en retenant à son encontre la fraude fiscale dans la mesure où il déjà été condamné à une solidarité fiscale par la juridiction correctionnelle ; qu'il précise qu'il ne peut être condamné une deuxième fois pour les mêmes faits ;

Qu'il soutient enfin que les litiges commerciaux avec certains clients ne sauraient caractériser l'existence de fautes de gestion ;

Attendu qu'aux termes 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 peut en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion ;

Que pour prospérer en sa demande au titre de l'insuffisance d'actif, le mandataire de justice doit rapporter la preuve de la faute de gestion antérieure au jugement d'ouverture ayant contribué à l'insuffisance d'actif ;

Attendu qu'il ressort des pièces communiquées que le mandataire judiciaire a, par courrier du 12 mars 2013 adressé à la dernière adresse connue de M. [U] [C], convoqué ce dernier afin de procéder à la vérification des déclarations de créances ;

Qu'en l'absence de réponse de M. [U] [C], le mandataire judiciaire a procédé seul à cette vérification et a déposé au greffe du tribunal de commerce un état des créances qui a été approuvé par le juge commissaire (pièce n° 29 du mandataire judiciaire) ;

Qu'en l'état de ce document, le passif de la société Méditerranée production s'élève à un montant de 855 469,41 euros au titre des créances échues et à un montant de 19 769,75 euros au titre des créances déclarées à titre provisionnel ;

Que le mandataire judiciaire indique que l'actif est de 1 484,67 euros, ce qui n'est pas contesté par M. [U] [C], de sorte que l'insuffisance d'actif est caractérisée ;

Que si M. [U] [C] conteste le passif dans le cadre de la présente procédure, il reconnaît à tout le moins l'existence de la créance fiscale à hauteur de 147 718 euros, et par la même l'existence d'une insuffisance d'actif ;

Attendu que le passif de la société Méditerranée Production admis par le juge commissaire est constitué d'un passif fiscal d'un montant supérieur à 727 990,18 euros ;

Que cette créance fiscale a essentiellement pour origine, le comportement frauduleux adopté par M. [U] [C], lequel a été condamné pénalement à 15 mois d'emprisonnement des chefs de fraude fiscale et omission d'écritures en comptabilité ;

Que le fait pour M. [U] [C] d'avoir soustrait la société Méditerranée Production au paiement de la TVA au titre de l'année 2003 et de l'impôt sur les sociétés au titre des années 2002 et 2003 et le fait d'avoir omis d'inscrire certaines écritures en comptabilité, sont des fautes de gestion qui, par nature, ont contribué à l'insuffisance d'actif ;

Que ces fautes suffisent à justifier la condamnation de M. [U] [C] au titre de l'insuffisance d'actif, quand bien même les autres faits allégués par le mandataire judiciaire, tels que les litiges intervenus avec certains clients, ne seraient pas de nature à caractériser une faute de gestion au sens de l'article L 651-2 du code de commerce ;

Attendu que contrairement à ce que soutient M. [U] [C], une telle condamnation demeure possible même si ce dernier a déjà été condamné à une solidarité fiscale au titre de ces mêmes fautes ;

Que la solidarité fiscale prévue par le livre des procédures fiscales au profit du fisc est autonome et ne fait pas obstacle à une condamnation dans le cadre d'une action en comblement de l'insuffisance d'actif, initiée au profit de la masse des créanciers ;

Qu'en l'espèce, les créanciers admis sont, non seulement le trésor public, mais aussi le bailleur de la société Méditerranée Production et les organismes sociaux ;

Attendu qu'au regard de la nature des fautes de gestion retenues à l'encontre de M. [U] [C], c'est à juste titre que les premiers juges ont condamné M. [U] [C] au paiement de la somme de 147 718 euros ;

Que le jugement déferé sera confirmé en toutes ses dispositions ;

Attendu que l'équité commande qu'aucune somme ne soit allouée sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

## Dispositif

PAR CES MOTIFS

La Cour statuant publiquement et par arrêt contradictoire,

Confirme le jugement déferé en toutes ses dispositions,

Y ajoutant,

- Déboute les parties de leurs autres demandes et notamment celles présentées au titre des frais irrépétibles d'appel,

- Condamne M. [U] [C] au paiement des dépens d'appel qui seront recouverts selon les dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIERLE PRESIDENT

## Décision de la Cour de cassation

Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique 5 septembre 2018

## **Les dates clés**

- Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique 05-09-2018
- Cour d'appel d'Aix-en-Provence 8C 15-12-2016