

2 juillet 2015

Cour d'appel d'Aix-en-Provence

RG n° 13/19259

8e Chambre C

Texte de la décision

Entête

COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE

8e Chambre C

ARRÊT AU FOND

DU 02 JUILLET 2015

N° 2015/ 417

Rôle N° 13/19259

[K] [Z], [D], [J] [W]

SAS ELIMMO

C/

[P] [S]

[M] [X]

Grosse délivrée

le :

à :MARCHI

TOLLINCHI

GUEDJ

Décisions déferées à la Cour :

Jugements du Tribunal de Commerce de MARSEILLE en date du 26 Septembre 2013 enregistrés au répertoire général sous le n° 2013L00116 et n°2013L00115.

APPELANTS

Monsieur [K] [W]

né le [Date naissance 2] 1982 à [Localité 1] (13), demeurant [Adresse 1]

représenté par Me Evelyne MARCHI, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE et assisté de Me Caroline DELAPLACE, avocat au barreau de MARSEILLE,

SAS ELIMMO, prise en la personne de son représentant légal, dont le siège est sis [Adresse 1]

représentée par Me Evelyne MARCHI, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE et assistée de Me Caroline DELAPLACE, avocat au barreau de MARSEILLE,

INTIMES

Maître [P] [S] pris en sa qualité de liquidateur de la SARL COMMERCIA.

demeurant [Adresse 3]

représenté par Me Charles TOLLINCHI de la SCP TOLLINCHI PERRET VIGNERON, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE, et assisté de Me Bénédicte CHABAS, avocat au barreau de MARSEILLE

Monsieur [M] [X]

né le [Date naissance 1] 1970 à [Localité 1] (13), demeurant [Adresse 2]

représenté par Me Paul GUEDJ de la SCP COHEN GUEDJ MONTERO DAVAL GUEDJ, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE, assisté de Me Michel LABI, avocat au barreau de MARSEILLE

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 02 Juin 2015 en audience publique devant la Cour composée de :

Madame Hélène COMBES, Président

Monsieur Pascal MATHIS, Conseiller

Madame Françoise DEMORY-PETEL, Conseiller

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Madame Valérie VIOLET.

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 02 Juillet 2015

MINISTERE PUBLIC

Auquel l'affaire a été régulièrement communiquée.

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 02 Juillet 2015,

Signé par Madame Hélène COMBES, Président et Madame Valérie VIOLET, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Exposé du litige

La SARL COMMERCIA a été immatriculée le 17 octobre 2002 pour exercer une «'activité de marchand de biens, achat, échange, location d'immeubles bâtis ou non'».

Le capital social de 8 000 € était réparti en 100 parts de 80 € de la manière suivante:

Monsieur [M] [X], gérant, à concurrence de 49 parts,

la société ELIMMO, dont le gérant est Monsieur [K] [W], à concurrence de 50 parts,

Monsieur [K] [W] à concurrence d'une part.

Le 28 août 2007, la SARL COMMERCIA a effectué deux virements':

un virement de 670 000 € au profit de Monsieur [K] [W],

un virement de 230 000 € au profit de la société ELIMMO.

Ces deux virements réalisaient des retraits de compte courant d'associé.

Sur assignation de la société AKERYS PROMOTION, le tribunal de commerce de MARSEILLE a ouvert une procédure de redressement judiciaire au bénéfice de la SARL COMMERCIA par jugement du 22 septembre 2008 désignant Maître [P] [S] en qualité de mandataire judiciaire.

Par jugement du 19 novembre 2009, la procédure a été convertie en liquidation judiciaire et Maître [P] [S] a été désigné comme liquidateur judiciaire.

Suivant jugement du 9 décembre 2009 la date de cessation des paiements a été reportée au 1er avril 2007. Cette décision a été confirmée par arrêt du 20 janvier 2011.

Le passif antérieur définitif représente la somme de 1 245 344,75 €. Le passif postérieur produit représente la somme de 40 428,05 €. La réalisation de l'actif a généré la somme de 1 641,87 €.

Par assignation du 27 octobre 2011, Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, a fait citer devant le tribunal de commerce de MARSEILLE Monsieur [M] [X] et Monsieur [K] [W] pour entendre condamné le premier à une mesure d'interdiction de gérer d'une année et le second à supporter l'insuffisance d'actif à hauteur de la somme de 400

000 € et à une mesure de faillite personnelle d'une durée maximale de 15 ans.

Suivant assignation du 9 décembre 2011, Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, a fait citer toujours devant le tribunal de commerce de MARSEILLE Monsieur [K] [W] et la SAS ELIMMO aux fins':

d'entendre dire nuls':

le virement de la somme de 670 000 € effectué le 28 août 2007 par le débit du compte courant de la société COMMERCIA au profit de Monsieur [K] [W],

le virement de la somme de 230 000 € effectué le 28 août 2007 par le débit du compte courant de la société COMMERCIA au profit de la société ELIMMO dont le dirigeant est Monsieur [K] [W],

de condamner Monsieur [K] [W] à lui payer la somme de 670 00 € assortie des intérêts,

de condamner la société ELIMMO à lui payer la somme de 230 000 € assortie des intérêts.

*

Par jugement rendu le 26 septembre 2013 sur l'assignation du 27 octobre 2011, le tribunal de commerce de MARSEILLE a :

donné acte à Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, de son désistement quant à la demande tendant à entendre condamné Monsieur [K] [W] à une mesure de faillite personnelle,

donné acte à Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, de se désistement quant à la demande tendant à entendre condamné Monsieur [M] [X] à une mesure d'interdiction de gérer,

constaté que Monsieur [K] [W] était gérant de fait de la société COMMERCIA,

condamné Monsieur [K] [W] à payer à Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, la somme de 300 000 € au titre de l'insuffisance d'actif de la société COMMERCIA,

condamné Monsieur [K] [W] et Monsieur [M] [X] conjointement et solidairement au paiement de la somme de 2 500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

ordonné la publicité légale,

ordonné l'exécution provisoire,

dit les dépens en frais privilégiés de la procédure collective.

Suivant jugement du même jour rendu sur l'assignation du 9 décembre 2011, le tribunal de commerce de MARSEILLE a:

constaté la qualité de gérant de fait de Monsieur [K] [W],

dit nuls:

le virement de 670 000 € effectué le 28 août 2007 par débit du compte courant de la SARL COMMERCIA au profit de Monsieur [K] [W],

le virement de 230 000 € effectué le 28 août 2007 par le débit du compte courant de la SARL COMMERCIA au profit de la SAS ELIMMO représentée par son dirigeant, Monsieur [K] [W],

condamné Monsieur [K] [W] à payer à Maître [P] [S], en qualité de liquidateur judiciaire de la société COMMERCIA, la somme de 670 000 €,

condamné la société ELIMMO à payer à Maître [P] [S], en qualité de liquidateur judiciaire de la société COMMERCIA, la somme de 230 000 €,

condamné conjointement et solidairement Monsieur [K] [W] et la SAS ELIMMO au paiement de la somme de 2 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

ordonné l'exécution provisoire,

dit les dépens en frais privilégiés de la procédure collective.

Monsieur [K] [W] et la SAS ELIMMO ont interjeté appel de ces deux décisions suivant deux déclarations du 1er octobre 2013.

Par réquisitions du 19 décembre 2014, le procureur général s'en rapporte à la décision de la cour.

Suivant arrêt du 26 mars 2015, la cour a ordonné la jonction des affaires inscrites au répertoire générale sous les numéros 13/19259 et 13/19260 pour être suivie sous ce dernier numéro.

L'instruction a été clôturée par ordonnance du 26 mai 2015.

Moyens

**

Selon conclusions déposées et notifiées le 7 avril 2014 dans l'affaire relative à la nullité des paiements intervenus pendant la période suspect, Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO demandent à la cour d'infirmier le jugement dont appel en toutes ses dispositions et de:

dire que la procédure est nulle,

débouter Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, de l'ensemble de ses demandes,

dire que les demandes de Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, sont irrecevables et mal fondées,

dire que la gérance de fait de Monsieur [K] [W] n'est absolument pas caractérisée en l'espèce,

dire que Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, n'apporte pas la preuve de la connaissance par Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO de l'état de cessation des paiements de la société COMMERCIA le jour du remboursement de leur compte courant respectif, soit le 28 août 2007,

dire que les opérations en compte courant ne sont pas des actes annulables aux termes des dispositions légales visées,

dire la demande irrecevable car disproportionnée entre Monsieur [M] [X] et [K] [W] et la société ELIMMO car le gérant de droit n'est pas actionné en annulation des actes passés en période suspecte,

dire que la demande de Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, sera réduite à de plus justes proportions,

dire qu'en cas de condamnation pécuniaire de Monsieur [K] [W] et de la société ELIMMO, Monsieur [M] [X] relèvera et garantira ces derniers en totalité,

débouter Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, de toutes ses demandes,

condamner Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, à verser à Monsieur [K] [W] et à la société ELIMMO, chacun, la somme de 4000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

condamner Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, aux entiers dépens.

Suivant conclusions déposées et notifiées le 8 avril 2014 dans l'affaire relative à l'insuffisance d'actif Monsieur [K] [W] demande à la cour de :

confirmer le jugement dont appel en ce qu'il a donné acte à Maître [P] [S] de son désistement quant à la demande tendant à entendre condamner Monsieur [K] [W] à une mesure de faillite personnelle,

l'infirmier pour le surplus,

dire que les demandes de Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, sont irrecevables et mal fondées,

à titre préliminaire,

dire que la procédure est nulle et de nul effet.

débouter Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, de l'ensemble de ses demandes,

à titre principal,

dire que la gérance de fait de Monsieur [K] [W] n'est absolument pas caractérisée en l'espèce,

dire qu'aucune faute ne peut être retenue à l'encontre de Monsieur [K] [W],

dire que le préjudice de 400 000 € invoqué par Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, n'est pas prouvé,

dire que le lien causal entre une faute éventuelle et le prétendu préjudice de 400 000 € n'est pas prouvé,

débouter Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, de l'ensemble de ses demandes,

à titre subsidiaire

dire la demande irrecevable car disproportionnée entre Monsieur [M] [X] et Monsieur [K] [W] alors que ce dernier n'a, notamment, pas été en mesure de participer à la vérification du passif.

dire que la demande de Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, sera réduite à de plus justes proportions,

dire qu'en cas de condamnation pécuniaire de Monsieur [K] [W], Monsieur [M] [X] relèvera et garantira ce dernier en totalité,

en tout état de cause,

condamner Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, à verser la somme de 5 000 € à Monsieur

[K] [W] au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

condamner Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, aux entiers dépens.

Par dernières conclusions, après arrêts de jonction et réouverture des débats, déposées et notifiées le 22 mai 2015, Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO demandent à la cour de:

confirmer le jugement précité en ce qu'il a donné acte à Maître [P] [S] de son désistement quant à la demande tendant à entendre condamner Monsieur [K] [W] à une mesure de faillite personnelle,

l'infirmier pour le surplus,

dire que les demandes de Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, sont irrecevables et mal fondées,

à titre préliminaire,

dire que la procédure est nulle et de nul effet.

débouter Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, de l'ensemble de ses demandes,

à titre principal,

dire que la gérance de fait de Monsieur [K] [W] n'est absolument pas caractérisée en l'espèce,

dire que Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, n'apporte pas la preuve de la connaissance par Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO de l'état de cessation des paiements de la société COMMERCIA le jour du remboursement de leur compte courant respectif, soit le 28 août 2007,

dire que les opérations en compte courant ne sont pas des actes annulables aux termes des dispositions légales visées,

dire qu'aucune faute ne peut être retenue à l'encontre de Monsieur [K] [W],

dire que le préjudice de 400 000 € invoqué par Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, n'est pas prouvé,

dire que le lien causal entre une faute éventuelle et le prétendu préjudice de 400 000 € n'est pas prouvé,

débouter Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, de l'ensemble de ses demandes,

à titre subsidiaire

dire la demande irrecevable car disproportionnée entre Monsieur [M] [X] et Monsieur [K] [W] alors que ce dernier n'a, notamment, pas été en mesure de participer à la vérification du passif et que le gérant de droit n'est pas actionné en annulation des actes passés en période suspecte,

dire que la demande de Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, sera réduite à de plus justes proportions,

dire qu'en cas de condamnation pécuniaire de Monsieur [K] [W], Monsieur [M] [X] relèvera et garantira ce dernier en totalité,

en tout état de cause,

condamner Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, à verser la somme de 5 000 € chacun à Monsieur [K] [W] et à la société ELIMMO au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

condamner Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, aux entiers dépens.

Par dernières conclusions déposées et notifiées le 1er avril 2015, Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la SARL COMMERCIA, demande à la cour de :

sur l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

confirmer la décision déférée en ce qu'elle a déclaré Monsieur [K] [W] gérant de fait de la société COMMERCIA et condamné Monsieur [K] [W] à supporter l'insuffisance d'actif mais réformer la décision déférée quant au montant mis à la charge de Monsieur [K] [W] à hauteur de la somme de 300'000 € au titre de l'insuffisance d'actif,

écarter l'ensemble des arguments développés par Monsieur [K] [W],

rejeter l'ensemble des demandes présentées par Monsieur [K] [W],

dire que Monsieur [K] [W] est gérant de fait de la société COMMERCIA,

confirmer la décision déférée en ce qu'elle a écarté les moyens d'irrecevabilité opposés par Monsieur [K] [W] et déclarer Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, parfaitement recevable et bien fondé en son action,

dire que Monsieur [K] [W], en sa qualité de dirigeant de fait, a commis diverses fautes ayant contribué à l'insuffisance d'actif et condamner Monsieur [K] [W] à payer à Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, la somme de 400 000 € au titre de l'insuffisance d'actif,

ordonner les mesures de publicité prévues par la loi,

confirmer la décision déférée en ce qu'elle a condamné Monsieur [K] [W] au paiement de la somme de 2 500 € au titre de 700 du code de procédure civile,

sur l'action en nullité des paiements intervenus en période suspecte

confirmer la décision déférée,

écarter l'ensemble des arguments développés par Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO,

dire que Monsieur [K] [W] est gérant de fait de la société COMMERCIA,

dire nuls':

le virement de la somme de 670 000 € effectué le 28 août 2007 par le débit du compte courant de la société COMMERCIA au profit de Monsieur [K] [W],

le virement de la somme de 230 000 € effectué le 28 août 2007 par le débit du compte courant de la société COMMERCIA au profit de la société ELIMMO dont le dirigeant est Monsieur [K] [W],

condamner Monsieur [K] [W] à verser à Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, la somme de 670 000 € assortie des intérêts au taux légal à compter de la date de délivrance de l'acte introductif d'instance,

condamner la société ELIMMO à verser à Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, la somme de 230 000 € assortie des intérêts au taux légal à compter de la date de délivrance de l'acte introductif d'instance,

condamner Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO au paiement de la somme de 5 000 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

Selon conclusions du 27 mai 2015, Maître [P] [S], en qualité de liquidateur judiciaire de la société COMMERCIA, demande à la cour de rejeter des débats les conclusions et pièces signifiées le 22 mai 2015 et subsidiairement d'ordonner le renvoi de l'affaire.

Suivant dernières conclusions déposées et notifiées le 28 février 2014, Monsieur [M] [X] demande à la cour de :

confirmer la décision déférée en ce qu'elle a donné acte à Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA de son désistement quant à la demande tendant à entendre condamner Monsieur [M] [X] à une mesure d'interdiction de gérer,

rejeter la demande présentée par Monsieur [K] [W] tendant à dire qu'en cas de condamnation pécuniaire à son encontre, Monsieur [M] [X] le relèvera et garantira en totalité,

condamner Monsieur [K] [W] au paiement de la somme de 1 500 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens distraits au profit de la SCP COHEN ' GUEDJ ' MONTERO ' DAVAL-GUEDJ.

Motivation

MOTIFS

1/ Sur la demande de rejet des débats

Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, demande à la cour de rejeter des débats les conclusions et les pièces signifiées le vendredi 22 mai 2015 par Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO comme étant tardives, à la veille du week-end de Pentecôte, alors que l'ordonnance de clôture devait intervenir le mardi 26 mai 2015.

La clôture au 26 mai 2015 avait été fixée par l'arrêt de jonction du 26 mars 2015. De plus aucune pièce récente n'est produite à l'appui des conclusions du 22 mai 2015. Dès lors, ces dernières seront rejetées comme tardives, leur proximité de l'ordonnance de clôture ne permettant pas la réplique.

2/ Concernant le jugement relatif à deux opérations intervenues en période suspecte

2-1/ Sur la nullité alléguée de la procédure

Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO demandent à la cour d'annuler la procédure suivie à leur encontre aux motifs que Monsieur [K] [W] n'a pas été convoqué dans le cadre de la procédure collective de la société COMMERCIA, que son droit à l'information en matière pénale n'a pas été respecté et du fait de l'absence de communication de la procédure au ministère public.

Mais l'ignorance qu'invoque Monsieur [K] [W] et le défaut de communication au ministère public qui est allégué sont sans portée s'agissant de l'action en annulation d'actes accomplis durant la période suspecte. Dès lors il n'y a pas lieu

d'annuler cette procédure.

2-2/ Sur les virements du 28 août 2007

Le 28 août 2007, c'est-à-dire postérieurement à la cessation des paiements qui a été fixée au 1er avril 2007 par arrêt définitif du 20 janvier 2011, la société COMMERCIA a procédé à deux remboursements de compte courant d'associé, à hauteur de 670 000 € au profit de Monsieur [K] [W] et à hauteur de 230 000 € au profit de la société ELIMMO dont Monsieur [K] [W] était le gérant.

Au temps de ces virements l'article L. 632-2 alinéa 1 du code de commerce disposait que les paiements pour dettes échues effectués après la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis après cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements.

Si, à défaut de disposition conventionnelle contraire, un associé peut demander à tout moment le remboursement du solde créditeur de son compte courant, un tel remboursement encourt la nullité facultative du texte précité s'il a été réalisé durant la période suspecte, à la seule condition de la connaissance de la cessation des paiements sans que soit exigée la preuve de la mauvaise foi de l'associé, ni de l'existence d'un préjudice.

En l'espèce, Monsieur [K] [W] avait signé le courrier adressé par la société COMMERCIA le 23 août 2006 au service des impôts proposant un échéancier pour l'impôt sur les sociétés 2005. Il avait de même signé un chèque de règlement joint à ce courrier. Monsieur [K] [W] a encore établi un chèque au profit du Trésor public daté du 10 octobre 2006 en exécution de l'échéancier. Il a aussi établi un chèque à l'ordre de PREMALLIANCE le 31 octobre 2006 en exécution d'un échéancier et enfin le 12 novembre 2006, Monsieur [K] [W] a encore signé un chèque au bénéfice du Trésor public.

Il se déduit nécessairement de ces éléments que Monsieur [K] [W], et par conséquent la société ELIMMO dont il était le gérant, étaient parfaitement informés de la situation financière de la société COMMERCIA et qu'il ne pouvaient ignorer son état de cessation des paiements. Ce point n'est nullement contredit par l'apport en compte courant réalisé le 3 avril 2007 dès lors que cet apport était en relation avec une opération ponctuelle et que précisément Monsieur [K] [W] a pris soin de reprendre ses fonds dès le 28 août 2007 au moyen des virements que le premier juge a annulé avec raison.

En conséquence, Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO, qui ont rompu l'égalité entre les créanciers en profitant de leur connaissance de la cessation des paiements de la société COMMERCIA, ont à bon droit été condamnés à rembourser les sommes issus des virements annulés.

2-3/ Sur l'appel en garantie de Monsieur [M] [X]

Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO recherchent la garantie de Monsieur [M] [X], le gérant de droit de la société COMMERCIA.

Mais Monsieur [M] [X] n'a nullement pris l'initiative du remboursement des comptes courants d'associé et, bien au contraire, c'est Monsieur [K] [W] qui a procédé lui-même aux virements bancaires en exécution des deux opérations qui viennent d'être annulées.

En conséquence, Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO seront déboutés de leur appel en garantie dirigé contre Monsieur [M] [X].

2-4/ Sur les autres demandes

Il n'est pas inéquitable de laisser à la charge des parties les frais irrépétibles d'appel par elles exposés et non compris dans les dépens. Elles seront donc déboutées de leurs demandes formées sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Il convient d'employer les dépens d'appel en frais privilégiés de la procédure, à l'exception de ceux exposés par Monsieur [M] [X] qui resteront à sa charge.

3/ Concernant le jugement relatif à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

3-1/ Sur la nullité alléguée de la procédure

Monsieur [K] [W] demande à la cour d'annuler la procédure suivie à son encontre aux motifs qu'il n'a pas été convoqué dans le cadre de la procédure collective de la société COMMERCIA, que son droit à l'information en matière pénale n'a pas été respecté et du fait de l'absence de communication de la procédure au ministère public.

Mais aucun texte ne prévoit que la vérification du passif soit réalisée à la contradiction du dirigeant de fait, dont le droit à un procès équitable n'est nullement violé, dès lors que le principe du contradictoire a, comme en l'espèce, été respecté au cours de la procédure en responsabilité.

Monsieur [K] [W] se plaint de ne pas avoir été informé dès l'année 2009 des accusations en matière pénale portées contre lui. Mais la prescription de 3 ans prévue par l'article L. 651-2 du code de commerce satisfait aux exigences de célérité des articles 6-2 et 6-3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, en sorte Monsieur [K] [W] a été averti suffisamment tôt des accusations portées contre lui pour pouvoir efficacement organiser sa défense.

Monsieur [K] [W] se plaint encore d'un défaut de communication de la procédure au ministère public. Mais le courrier adressé par le greffier du tribunal de commerce de MARSEILLE au procureur de la République porte la mention «Vu au Parquet de MARSEILLE le 4 novembre 2011». De plus, dans le cadre de l'appel, la procédure a été régulièrement communiquée au ministère public lequel a pris des réquisitions écrites comme il a été dit.

En conséquence il n'y a pas lieu d'annuler la procédure.

3-2/ Sur la responsabilité pour insuffisance d'actif

L'article L. 651-2 du code de commerce disposait au temps de l'ouverture de la procédure collective que :

«Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou 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 les dettes de la personne morale seront supportées, 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. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ou la résolution du plan.

Les sommes versées par les dirigeants en application de l'alinéa 1er entrent dans le patrimoine du débiteur. Ces sommes sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc.»

3-2-1/ Sur l'insuffisance d'actif

Le liquidateur expose sans être contredit qu'il a recouvré globalement la somme de 1 641,87 € alors que le passif définitif s'élève à la somme de 1 245 344,75 € et que le passif postérieur se monte à la somme de 40 428,05 €. Ainsi, l'insuffisance d'actif se monte à la somme de 1285607,93 €.

3-2-2/ Sur la qualité de dirigeant de fait

Monsieur [M] [X], le gérant de droit, expose qu'il cogérait la société COMMERCIA avec Monsieur [K] [W], qu'il s'occupait principalement du montage des dossiers techniques en collaboration avec les architectes et les bureaux d'études alors que Monsieur [K] [W] s'occupait quant à lui de la partie administrative et financière en collaboration avec l'expert-comptable.

Les chèques et les courriers cités au point 2-2 soutiennent les affirmations de Monsieur [M] [X], tout autant que les virements qui viennent d'être annulés.

Ces affirmations ne sont pas contredites par le courriel adressé par Monsieur [M] [X] à Monsieur [Y] [Q] le 15 décembre 2007 avec copie à Monsieur [K] [W] qui demande notamment à Monsieur [Q] d'appeler Monsieur [K] [W] ou de répondre à son courriel.

Il ressort de l'ensemble des pièces produites que, comme l'affirme Monsieur [K] [W], Monsieur [M] [X] était bien le gérant de droit de la société COMMERCIA, notamment aux yeux des tiers, mais que Monsieur [K] [W], associé majoritaire au moyen de la société ELIMMO, cogérait effectivement la société sur le plan financier, négociant des échéanciers, les mettant en 'uvre, apportant et retirant librement des fonds pour des sommes qui mettaient en jeu la viabilité même de l'entreprise comme le double virement de 900 000 €.

3-2-3/ Sur les fautes de gestion

Monsieur [K] [W] a omis de déclarer la cessation des paiements dans le délai de 45 jours sans avoir sollicité l'ouverture d'une procédure de conciliation, et ce malgré la connaissance qu'il avait de cette cessation des paiements comme il a été dit précédemment et alors qu'une telle obligation pèse autant sur le dirigeant de droit que sur le dirigeant de fait.

De plus il est reproché à Monsieur [K] [W] d'avoir fait des biens de la société COMMERCIA un usage contraire à l'intérêt de cette dernière alors que la société COMMERCIA a financé des travaux d'aménagement pour le compte de son bailleur, la société ELITE 58 que dirige Monsieur [K] [W], la facture des travaux étant intervenue en période suspecte, soit en

décembre 2007 et ayant été régularisée par un protocole d'accord du 13 mars 2008. Monsieur [K] [W] ne conteste pas la réalité de ces faits et il ne saurait se retrancher derrière l'inaction du gérant de droit pour s'exonérer de cette faute de gestion à laquelle il était directement intéressé.

Enfin, comme il a été dit, Monsieur [K] [W] a retiré de façon fautive pour lui-même et sa société ELIMMO la somme de 900'000 € en période suspecte, ce qui a privé les autres créanciers de la société COMMERCIA de cette même somme.

3-2-4/ Sur le comblement du passif

Bien que Monsieur [K] [W] ait été dirigeant de fait de la société COMMERCIA et qu'il ait commis les fautes de gestion qui viennent d'être caractérisées, il convient de tenir compte des condamnations issues de l'annulation des virements de 900 000 €.

Aussi, au regard de l'insuffisance d'actif qui a été chiffrée précédemment et dont la totalité ne peut être imputée au gérant de fait sans considération de la responsabilité du gérant de droit laquelle n'est pas recherchée par le liquidateur, il n'y a pas lieu d'user de la possibilité ouverte à la juridiction par l'article L. 651-2 du code de commerce.

En conséquence Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, sera débouté de son action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

3-3/ Sur l'appel en garantie de Monsieur [M] [X]

Monsieur [K] [W] n'étant pas condamné en comblement du passif, son appel en garantie de Monsieur [M] [X] de ce chef se trouve privé d'objet.

3-4/ Sur les autres demandes

Il n'est pas inéquitable de laisser à la charge des parties les frais irrépétibles par elles exposés et non compris dans les dépens. Elles seront donc déboutées de leurs demandes formées sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Il convient d'employer les dépens en frais privilégiés de la procédure, à l'exception de ceux exposés par Monsieur [M] [X] qui resteront à sa charge.

Dispositif

PAR CES MOTIFS

La cour, publiquement et contradictoirement,

Rejette des débats les conclusions et les pièces signifiées le vendredi 22 mai 2015 par Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO comme étant tardives.

Concernant le jugement relatif aux paiements en période suspecte

Déboute Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO de leurs demandes d'annulation de la procédure.

Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions en précisant que les condamnations principales seront assorties des intérêts au taux légal à compter de la date de délivrance de l'acte introductif d'instance.

Déboute Monsieur [K] [W] et la société ELIMMO de leurs demandes.

Y ajoutant,

Déboute les parties de leurs demandes relatives aux frais irrépétibles d'appel.

Emploie le dépens d'appel en frais privilégiés de la procédure de liquidation de la société COMMERCIA à l'exception des dépens exposés par Monsieur [M] [X] qui resteront à sa charge.

Concernant le jugement relatif à la responsabilité pour insuffisance d'actif

Déboute Monsieur [K] [W] de ses demandes d'annulation de la procédure.

Confirme le jugement entrepris uniquement en ce qu'il a donné acte à Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, de son désistement quant à la demande tendant à entendre condamner Monsieur [K] [W] à une mesure de faillite personnelle,

Infirme le jugement entrepris pour le surplus.

Statuant à nouveau

Déboute Maître [P] [S], en qualité de liquidateur de la société COMMERCIA, de sa demande de condamnation de Monsieur [K] [W] en comblement du passif.

Déboute les parties de leurs demandes relatives aux frais irrépétibles.

Emploie les dépens en frais privilégiés de la procédure de liquidation de la société COMMERCIA à l'exception de ceux exposés par Monsieur [M] [X] qui resteront à sa charge.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Décision de la Cour de cassation

Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique 20 avril 2017

[VOIR LA DÉCISION](#) ➤

Les dates clés

- [Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique 20-04-2017](#)
- [Cour d'appel d'Aix-en-Provence 8C 02-07-2015](#)