Texte de la décision

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

Sur le troisième moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Reims, 9 mars 2009), que la SCI Gomes Nunes (la SCI GN), dirigée par M.

X...

a confié l'exécution de plusieurs chantiers à la société AGM Constructions (la société AGMC), dont le siège social est situé dans des locaux loués par la première ; que la société AGMC a pour associés M. X... et M. A..., qui en est également le gérant ; que cette dernière a été mise en liquidation judiciaire, le 4 octobre 2007, la société Dargent Morange Tirmant étant désignée liquidateur (le liquidateur) ;

Attendu que la SCI GN fait grief à l'arrêt d'avoir prononcé l'extension à son égard de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la société AGMC, alors, selon le moyen :

1°/ que l'existence d'associés communs à deux sociétés, fussent-ils dirigeants ou salariés, n'est pas susceptible de caractériser, à elle seule, une confusion des patrimoines de celles-ci à laquelle est subordonnée l'extension de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard de l'une des sociétés à l'autre d'entre elles ; en se déterminant dès lors par des motifs inopérants tirés de l'identité des associés des sociétés AGMC et GN, la cour d'appel a violé l'article L. 621-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en se déterminant par des motifs inopérants tirés de la présence d'associés de la SCI GN dans d'autres entreprises admises au bénéfice d'une procédure de liquidation judiciaire, la cour d'appel s'est de nouveau déterminée par des motifs impropres à établir une confusion de patrimoine entre les sociétés AGMC et GN ; qu'elle a ainsi et de nouveau violé l'article L. 621-2 du code de commerce ;

3°/ que, seuls des faits antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective d'une personne morale ou physique peuvent justifier l'extension de cette procédure à l'encontre d'une autre personne morale ou physique ; en considérant dès lors, que les paiements effectués par la SCI GN pour le compte de la société AGMC révélaient l'existence de relations financières anormales caractéristiques d'une confusion de patrimoine entre ces deux sociétés malgré ses constatations selon lesquelles, ces règlements étaient postérieurs à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la société AGMC, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ; qu'elle a ainsi violé l'article L. 621-2 du code de commerce ;

4°/ qu'en considérant en outre que l'absence de déclaration de la créance détenue par la SCI GN au passif de la procédure de liquidation judiciaire de la société AGMC révélait l'existence de flux financiers anormaux entre ces deux sociétés, la cour d'appel s'est encore déterminée par référence à des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la société AGMC ; qu'elle a derechef violé l'article L. 621-2 du code de commerce ;

5°/ qu'en déduisant de surcroît, une insuffisance de facturation des travaux réalisés par société AGMC au profit de la SCI GN révélatrices de la poursuite de relations financières anormales entre elles, de l'absence de correspondance entre, la valeur patrimoniale des immeubles de la SCI GN portée à l'actif du bilan établi le 31 décembre 2007, et leur valeur estimée en 2008 après l'achèvement des chantiers exécutés au cours de la procédure de liquidation judiciaire de la société AGMC, la cour d'appel s'est encore déterminée par référence à des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la société AGMC ; qu'elle a ainsi et de nouveau violé l'article L. 621-2 du code de commerce ;

6°/ qu'enfin l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'un débiteur à une autre personne morale en raison de la confusion de leur patrimoine est subordonnée à l'existence de flux financiers anormaux entre elles ; que selon l'article L. 123-18 du code de commerce, à leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition ; la plus-value constatée entre la valeur d'inventaire d'un bien et sa valeur d'entrée n'est pas comptabilisée ; aussi s'ensuit-il que l'absence de comptabilisation de la plus-value

conférée à un actif immobilisé par la réalisation de travaux sur celui-ci n'est en aucun cas susceptible d'établir l'absence de paiement du coût des travaux réalisés ; qu'en déduisant dès lors, de l'absence de comptabilisation de la plus-value latente que les travaux accomplis par la société AGMC avaient conférée à l'actif immobilisé de la SCI GN, l'existence de flux financiers anormaux entre ces deux sociétés, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs inopérants, impropres à caractériser une confusion de leur patrimoine ; qu'elle a ainsi violé l'article L. 621-2 du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que les sociétés AGMC et SCI GN ont ou ont eu des dirigeants, salariés et associés communs et qu'elles exercent leur activité dans les mêmes locaux, l'arrêt relève que la SCI GN, dont le capital social s'élève à 914, 69 euros, dispose d'un patrimoine important comportant plusieurs immeubles qui ont fait l'objet de travaux dont l'exécution a été confiée à la société AGMC, tandis que la SCI GN ne verse aux débats aucun contrat de construction, aucun devis de travaux passés avec quelque entreprise que ce soit mais uniquement six factures émanant de la société AGMC de juillet à septembre 2007, pour certaines raturées, quatre de 10 000 euros et deux de 30 000 euros, étant observé que les deux factures de 30 000 euros destinées à deux chantiers différents portent le même numéro ; que l'arrêt retient enfin, par motifs adoptés, que l'estimation réalisée en février 2008 de deux des immeubles appartenant à la SCI GN représentait une somme totale de 615 000 euros tandis qu'elle ressortait au bilan au 31 décembre 2007 à 259 276 euros, ce qui démontrait que cette énorme plus-value latente ne pouvait trouver sa cause que dans la sous-facturation des travaux réalisés, avant septembre 2007, par la société AGMC au profit de la SCI GN ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations caractérisant des relations financières anormales entre les deux sociétés avant même l'ouverture de la procédure collective de la société AGCM, la cour d'appel, qui n'a pas fait grief à la SCI GN de n'avoir pas comptabilisé la plus-value latente résultant des travaux, a, abstraction faite du grief de la quatrième branche qui attaque un motif surabondant, légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui ne peut être accueilli en sa quatrième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et attendu que les autres moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la SCI GN aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ; Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du cinq juin deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Rouvière, avocat aux Conseils, pour la société Gomes Nunes

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR, rejetant le moyen soulevé par la SCI GOMES NUNES tendant à la nullité du jugement entrepris, confirmé en toutes ses dispositions le jugement du 18 septembre 2008 rendu par le tribunal de commerce de Châlons en Champagne par leque, la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la SARL AGM CONSTRUCTIONS avait été étendue à la SCI GOMES NUNES ainsi qu'une procédure de liquidation judiciaire prononcée à l'égard de celle-ci ;

AUX MOTIFS QUE « l'article L. 640-5 alinéa 1 du code de commerce dispose que « lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire » ; seule la saisine d'office du tribunal de commerce au titre des extensions sanctions a disparu sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 mais non point celle ayant pour objet l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire, telle que prévue par les articles L. 641-1-1 et L. 621-2 du code de commerce. Le tribunal s'est saisi d'office suite au rapport qui lui a été remis par le liquidateur de la SARL AGM CONSTRUCTIONS ;

conformément aux dispositions des articles R 631-3 et R 640-1 du code de commerce, la SCI GOMES NUNES a été assignée régulièrement, en la personne de son gérant, Monsieur Manuel Jorge

X...

, à comparaître devant le tribunal de commerce de Châlons en Champagne, a fait le choix d'un avocat qui a déposé et développé ses conclusions, et a pu ainsi bénéficier d'un procès équitable au regard des dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ; dès lors la SCI GOMES NUNES doit être déboutée de sa demande tendant à la nullité du jugement entrepris ; les articles L. 641-1 alinéa 1 et L. 621-2 alinéa 2 du code de commerce disposent que la procédure ouverte en liquidation judiciaire à l'encontre d'une société peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale et qu'à cette fin le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent (...) ; le jugement entrepris doit en conséquence être confirmé en ce qu'il a prononcé l'extension de la procédure ouverte contre la SARL AGM CONSTRUCTIONS à SCI GOMES NUNES, conformément aux articles L. 641-1 et L. 621-2 du code de commerce ;

1°/ ALORS D'UNE PART QUE lorsque le tribunal se saisit d'office en vue d'étendre une procédure de liquidation judiciaire à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur, le président du tribunal fait convoquer le débiteur à la diligence du greffier, par acte d'huissier de justice ; à la convocation doit être jointe une note par laquelle le président expose les faits de nature à motiver cette saisine d'office ; en considérant dès lors, que l'assignation délivrée à la SCI GOMES NUNES à la suite de la saisine d'office du tribunal était régulière au regard des articles R 631-3 et R 640-1 du Code de commerce, sans avoir recherché si la note du président exposant les faits de nature à motiver la saisine d'office du tribunal en vue d'étendre à la SCI GOMES NUNES la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard de la société AGM CONSTRUCTIONS en raison de la confusion de leur patrimoine avait été jointe à la convocation adressée à la SCI GOMES NUNES, la Cour d'appel a violé les articles R 631-3, R 640-1 et R 641-1 du Code de commerce, l'article 16 du Code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ ALORS D'AUTRE PART QUE ce n'est que lorsque le tribunal se saisit d'office en vue d'ouvrir une procédure de liquidation judiciaire, que le rapport du juge commis peut être substitué à la note du président par laquelle sont exposés les faits de nature à motiver cette saisine d'office ; dans cette hypothèse, la note expose non seulement les faits de nature à motiver cette saisine d'office mais encore les éléments de nature à établir que le redressement est manifestement impossible ; en considérant dès lors, que l'assignation délivrée à la SCI GOMES NUNES à la suite de la saisine d'office du tribunal était régulière au regard des articles R 631-3 et R 640-1 du Code de commerce, sans avoir constaté que la note du président ou le rapport du juge commis exposant les faits de nature à motiver la saisine d'office du tribunal en vue d'ouvrir une procédure de liquidation judiciaire à la SCI GOMES NUNES et comportant les éléments de nature à établir que le redressement était manifestement impossible avait été joint à la convocation adressée à la SCI GOMES NUNES, la Cour d'appel a violé les articles R 631-3, R 640-1 et R 641-1 du Code de commerce, l'article 16 du Code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ ALORS EN TOUTE HYPOTHESE QUE toute personne a le droit de voir sa cause entendue de manière équitable par un tribunal dont l'impartialité s'apprécie objectivement ; que la note par laquelle le président expose les faits de nature à motiver la saisine d'office du tribunal en vue d'ouvrir une procédure collective à l'égard d'un débiteur ou d'en étendre une à une autre personne sur le fondement de l'article L. 16 du Code de commerce, ou encore le rapport du juge commis dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, doit donc comporter des considérations propres au tribunal ; en considérant dès lors, que la communication de la requête par laquelle le liquidateur de la société AGM CONSTRUCTIONS avait demandé au tribunal de se saisir d'office en vue d'étendre la procédure de liquidation judiciaire de celle-ci à la SCI GOMES NUNES, jointe à l'assignation délivrée aux sociétés, avait suffi à pallier l'absence de note du président motivant la saisine d'office du tribunal par des considérations propres à celui-ci, la Cour d'appel a privé la SCI GOMES NUNES de son droit de voir sa cause entendue par un tribunal impartial ; qu'elle a ainsi violé les articles R 631-3, R 640-1 et R 641-1 du Code de commerce, l'article 16 du Code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ ALORS SUBSIDIAIREMENT QUE la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ; que l'article 173 de

l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008, par laquelle a été modifié le second alinéa de l'article L. 621-2 du code de commerce qui désormais dispose que, la procédure ouverte peut être étendue à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office, prévoit expressément que les dispositions qu'elle comporte ne sont pas applicables aux procédures en cours au jour de son entrée en vigueur, fixée au 15 février 2009 ; en considérant dès lors que l'insertion, dans l'assignation délivrée à SCI GOMES NUNES, de la requête par laquelle le liquidateur de la SARL AGM CONSTRUCTIONS demandait au tribunal de se saisir d'office en vue de l'extension à celle-ci de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard de celle-ci établissait la régularité de la saisine d'office du tribunal de commerce au regard de l'article L. 621-2 du Code de commerce, la Cour d'appel a attribué à l'ordonnance n° 2008-845 du 18 décembre 2008 un caractère interprétatif expressément exclu par les termes mêmes de celle-ci ; qu'elle a ainsi violé les articles 1 et 2 du Code civil, et 173 de l'ordonnance n° 2008-845 du 18 décembre 2008.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR ouvert une procédure de liquidation judiciaire à l'égard de la SCI GOMES NUNES en fixant provisoirement à la date du jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la SCI GOMES NUNES la date de cessation des paiements et d'AVOIR étendu à celle-ci la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard de la SARL AGM CONSTRUCTIONS ;

AUX MOTIFS QUE l'article L. 640-5 alinéa 1 du code de commerce dispose que « lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire » ; seule la saisine d'office du tribunal de commerce au titre des extensions sanctions a disparu sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 mais non point celle ayant pour objet l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire, telle que prévue par les articles L. 641-1-1 et L. 621-2 du code de commerce. Le tribunal s'est saisi d'office suite au rapport qui lui a été remis par le liquidateur de la SARL AGM CONSTRUCTIONS ; conformément aux dispositions des articles R 631-3 et R 640-1 du code de commerce, la SCI GOMES NUNES a été assignée régulièrement, en la personne de son gérant, Monsieur Manuel Jorge X...

, à comparaître devant le tribunal de commerce de Châlons en Champagne, a fait le choix d'un avocat qui a déposé et développé ses conclusions, et a pu ainsi bénéficier d'un procès équitable au regard des dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ; dès lors la SCI GOMES NUNES doit être déboutée de sa demande tendant à la nullité du jugement entrepris ; les articles L. 641-1 alinéa 1 et L. 621-2 alinéa 2 du code de commerce disposent que la procédure ouverte en liquidation judiciaire à l'encontre d'une société peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale et qu'à cette fin le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent (...) ; le jugement entrepris doit en conséquence être confirmé en ce qu'il a prononcé l'extension de la procédure ouverte contre la SARL AGM CONSTRUCTIONS à SCI GOMES NUNES, conformément aux articles L. 641-1 et L. 621-2 du code de commerce ;

ALORS QU'il ne peut être ouvert de nouvelle procédure de liquidation judiciaire à l'égard d'une personne soumise à une telle procédure tant que celle-ci n'a pas été clôturée ; que l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'un débiteur à une autre personne, assujettit celle-ci à la procédure collective de celui-ci ; que l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire d'un débiteur à une autre personne est dès lors inconciliable avec l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'égard de celle-ci ; qu'en ouvrant dès lors une procédure de liquidation judiciaire à l'égard de la SCI GOMES NUNES tout en lui étendant la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard de la SARL AGM CONSTRUCTIONS, la Cour d'appel a violé l'article L. 640-2 du Code de commerce et le principe d'unicité des procédures collectives.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR prononcé l'extension de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la SARL AGM CONSTRUCTIONS à la SCI GOMES NUNES ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE l'article L. 640-5 alinéa 1 du code de commerce dispose que « lorsqu'il n'y a pas de procédure

de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire » ; seule la saisine d'office du tribunal de commerce au titre des extensions sanctions a disparu sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 mais non point celle ayant pour objet l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire, telle que prévue par les articles L. 641-1-1 et L. 621-2 du code de commerce. Le tribunal s'est saisi d'office suite au rapport qui lui a été remis par le liquidateur de la SARL AGM CONSTRUCTIONS ; conformément aux dispositions des articles R 631-3 et R 640-1 du code de commerce, la SCI GOMES NUNES a été assignée régulièrement, en la personne de son gérant, Monsieur Manuel Jorge

X...

, à comparaître devant le tribunal de commerce de Châlons en Champagne, a fait le choix d'un avocat qui a déposé et développé ses conclusions, et a pu ainsi bénéficier d'un procès équitable au regard des dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ; dès lors la SCI GOMES NUNES doit être déboutée de sa demande tendant à la nullité du jugement entrepris ; les articles L. 641-1 alinéa 1 et L. 621-2 alinéa 2 du code de commerce disposent que la procédure ouverte en liquidation judiciaire à l'encontre d'une société peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale et qu'à cette fin le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent ; Monsieur Manuel Jorge

X...

détient des parts de la SCI GOMES NUNES depuis sa constitution le 4 mars 1998 ; Monsieur Hamed A... détenait 296 parts de la SARL AGM CONSTRUCTIONS lors de son immatriculation le 11 juin 2004 au Registre du Commerce et des Sociétés de Chalons en Champagne qu'il a cédées le 24 janvier 2006 à Monsieur Manuel

X...

; le 8 janvier 2007 il a acquis 29 parts de la SCI GOMES NUNES ; Monsieur Manuel Jorge

X...

et Monsieur Hamed A... sont donc associés de la SCI GOMES NUNES et le premier détenteur de parts de la SARL AGM CONSTRUCTIONS et Monsieur Hamed A... a été cogérant de la SARL AGM CONSTRUCTIONS jusqu'au 24 janvier 2006 ; il résulte du rapport du mandataire judiciaire sur la situation apparente de la liquidation judiciaire de la SARL AGM CONSTRUCTIONS établi par Maître Isabelle C... que cette société avait parmi ses salariés notamment Messieurs Hamed A... et Monsieur Manuel Jorge

X...

; comme les premiers juges l'avaient relevé Monsieur Manuel Jorge

X...

et Monsieur Hamed A... sont ou ont été les dirigeants communs de la SARL AGM CONSTRUCTIONS et de la SCI GOMES NUNES, mais également associés des deux sociétés et leurs salariés ; au vu des pièces comptables, des factures et des rapports de Maître Isabelle C..., les premiers juges ont retenu à juste titre que la SCI GOMES a réglé pour le compte de la SARL AGM CONSTRUCTIONS, qui venait de faire l'objet de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, les salaires de septembre 2007 d'employés de cette dernière, dont certains associés de la SCI, alors qu'ils auraient dû être pris en charge par le Fonds National de Garantie des Salaires dans le cadre de la législation applicable, à la société ICAF une somme de 1200 € à titre d'acompte sur un marché auquel elle n'était pas partie ; la SCI GOMES NUNES dont la capital social s'élève à 914, 69 € dispose actuellement, au vu des pièces produites, d'un patrimoine important comportant plusieurs immeubles situés :-... à SAINT GIBRIEN abritant dans une partie des locaux son siège social et dans l'autre partie, en location, pendant un certain temps celui de la SARL AGM CONSTRUCTIONS,... à la CHAUSSEE SUR MARNE (51) consistant en un terrain acheté le 28 juillet 2007 pour le prix de 30. 000 € sur lequel ont été construites deux maisons jumelées, chacune d'une valeur de 160. 000 € selon les indications fournies par un agent immobilier,... (51) consistant en un immeuble ancien acheté 60. 000 € le 18 juin 2007 qui a été réhabilité et comporte trois appartements évalués pour d'eux d'entre eux à 100. 000 € chacun et pour le troisième à 95. 000 € ; la SCI GOMES NUNES ne verse aux débats aucun contrat de construction, aucun devis de travaux passés avec quelque entreprise que ce soit mais uniquement 6 factures émanant de la SARL AGM CONSTRUCTIONS de juillet à septembre 2007, pour certaines raturées, de 4 de 10. 000 € et 2 de 30. 000 € pour les deux biens sis à la CHAUSSEE SUR MARNE et à SUIPPES, étant observé que les deux factures de 30. 000 € destinées à deux chantiers différents portent le même numéro 20070598 ; si dans ses conclusions la SCI GOMES NUNES indique en page 3 que « la société AGM n'a pas fait les travaux » et qu'elle lui avait consenti une avance, dont elle ne justifie pas, pour leur exécution, force est de constater qu'elle n'a pas déclaré de créance de ce chef à la liquidation judiciaire de sa débitrice ; dans son rapport du 29 octobre 2007 en page 11 Maître Isabelle C... précise : sur le terrain de la CHAUSSEE SUR MARNE, deux maisons sont en cours de construction dont 70 % du gros oeuvre aurait été réalisé par la

SARL AGM CONSTRUCTIONS, l'immeuble du... est en cours de rénovation par la SARL AGM CONSTRUCTIONS ; les prêts contractés par la SCI GOMES NUNES en mai 2007 auprès de la BANQUE POPULAIRE pour un montant de 130. 000 € et du CREDIT AGRICOLE pour un montant de 188. 000 € font apparaître des remboursements mensuels pendant la période d'amortissement de 11. 624, 62 € et des intérêts dus pour la période de franchise de 5. 915 € pour le premier et de 1. 414, 28 € pour le second, sans aucune mesure avec les revenus de l'emprunteur qui en comprenaient que les loyers mensuels de 600 € des locaux sis à Saint GIBRIEN,... ; les premiers juges ont relevé, à juste titre, que l'estimation réalisée en février 2008 des immeubles de SUIPPES et de la CHAUSSEE SUR MARNE représentait une somme totale de 615. 000 € alors qu'elle ressortait au bilan au 31 décembre 2007 à 259. 276 € ; c'est avec pertinence qu'ils en ont déduit que cette différence démontrait que cette énorme plus value latente ne pouvait trouver sa cause que dans la sous facturation des travaux réalisés par la SARL AGM CONSTRUCTIONS au profit de la SCI GOMES NUNES ; sur la participation de Monsieur Manuel Jorge

X...

et d'associés de la SCI GOMES NUNES dans d'autres entreprises en liquidation judiciaire au cours des dernières années. Il résulte du rapport de Maître Isabelle C... que : Monsieur Manuel Jorge

X...

était également cogérant avec son frère, Alvaro

X...

, de la SARL GOMES NUNES qui a fait l'objet d'une liquidation judiciaire par jugement du 7 octobre 2004, peu de temps après la liquidation judiciaire de la SARL AGM CONSTRUCTIONS Monsieur Manuel Jorge

X...

a créé une société CGBAT qui exploite la même activité et a pris à bail les mêmes locaux que la première, propriété de la SCI GOMES NUNES, Monsieur Antonio

X...

qui détenait des parts lors de la création de la SCI GOMES NUNES en 1998 a exercé une activité d'entreprise générale qui a fait l'objet d'une procédure en liquidation judiciaire par jugement du 15 décembre 2005 et a présenté un passif déclaré de 139. 562, 77 € (dont 63. 184, 38 € à titre privilégié et 76. 378, 39 € à titre chirographaire), Monsieur Anthony

X...

a également exercé une activité d'entreprise générale du bâtiment à Saint-Gibrien,... qui a fait l'objet d'une liquidation judiciaire en date du 6 décembre 2007 avec un actif inexistant et un passif déclaré de 74. 874, 33 € (dont 49. 768, 24 € à titre privilégié et 25. 106, 09 € à titre chirographaire) ; il résulte ainsi des éléments versés aux débats qu'il existait entre la SCI GOMES NUNES et la SARL AGM CONSTRUCTIONS non seulement une identité de certains dirigeants et associés mais également des mouvements financiers, des prestations exécutées sans contre-partie ou sans commune mesure avec leur valeur et ce, au seul profit de la première, générant ainsi une confusion certaine de patrimoine entre les deux sociétés ; le jugement entrepris doit en conséquence être confirmé en ce qu'il a prononcé l'extension de la procédure ouverte contre la SARL AGM CONSTRUCTIONS à SCI GOMES NUNES, conformément aux articles L. 641-1 et L. 621-2 du code de commerce ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE Messieurs Manuel Jorge

X...

et Ahmed A... sont ou ont été les dirigeants communs des SARL AGM CONSTRUCTIONS et SCI GOMES NUNES, mais que ce seul fait ne suffit pas à caractériser la confusion des patrimoines, même dans le cas où il y a unicité de siège social ; toutefois, la SCI GOMES NUNES a réglé pour le compte de la SARL AGM CONSTRUCTIONS les salaires de septembre 2007, au profit d'Aurélie X..., Guilherme B..., et qu'en conséquence ces règlements constituent des flux financiers anormaux, la SCI GOMES NUNES a réglé à la société ICAF une somme de 1. 200 € à titre d'acompte sur un marché conclu avec AGM CONSTRUCTIONS et que ceci constitue un flux financier anormal, l'examen des factures émises par la SARL AGM CONSTRUCTIONS à destination de la SCI GOMES NUNES révèle qu'une facture du 12 septembre 2007, portant le n° 20070598 et s'élevant à 10. 000 € TTC a été émise deux fois pour deux chantiers différents, et que partant de ce constat, il est légitime de douter de la validité des autres factures qui bien qu'ayant de douter de la validité des autres factures qui bien qu'ayant des numéros différents, présentent des dates et des montants identiques de 10. 000 € et 30. 000 € pour des chantiers distincts de travaux, aucun devis ni aucun contrat, démontrant la loi des parties n'a pu être présenté, ce qui est contraire aux usages en matière de travaux immobiliers, l'estimation réalisée en février 2008 des immeubles de SUIPPES et de LA CHAUSSEE SUR MARNE appartenant à la SCI ressort à 615. 000 €, alors que la valeur nette comptable des trois immeubles propriétés de la SCI, y compris SAINT GIBRIEN, ressort au bilan au 31 décembre 2007 à

259. 276 €, cette différence démontre que cette énorme plus value latente ne peut trouver sa cause que dans la sous facturation des travaux réalisés par la SARL au profit de la SCI, les faits relevés ci avant sont multiples et non isolés et démontrent des mouvements financiers anormaux entre la SARL AGM CONSTRUCTIONS et la SCI GOMES NUNES, traduisant ainsi une confusion de patrimoine entre les deux sociétés. Il paraît utile de prononcer l'extension de la procédure ouverte contre la SARL AGM CONSTRUCTIONS à la SCI GOMES NUNES conformément aux articles L. 641-1 et L. 621-2 du Code de commerce ;

1°/ ALORS D'UNE PART QUE l'existence d'associés communs à deux sociétés, fussent-ils dirigeants ou salariés, n'est pas susceptible de caractériser, à elle seule, une confusion des patrimoines de celles-ci à laquelle est subordonnée l'extension de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard de l'une des sociétés à l'autre d'entre elles ; en se déterminant dès lors par des motifs inopérants tirés de l'identité des associés des sociétés AGM CONSTRUCTIONS et GOMES NUNES, la Cour d'appel a violé l'article L. 621-2 du Code de commerce ;

2°/ ALORS QUE de plus, en se déterminant par des motifs inopérants tirés de la présence d'associés de la SCI GOMES NUNES dans d'autres entreprises admises au bénéfice d'une procédure de liquidation judiciaire, la Cour d'appel s'est de nouveau déterminée par des motifs impropres à établir une confusion de patrimoine entre les sociétés GOMES NUNES et AGM CONSTRUCTIONS ; qu'elle a ainsi et de nouveau violé l'article L. 621-2 du Code de commerce ;

3°/ ALORS D'AUTRE PART QUE, seuls des faits antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective d'une personne morale ou physique peuvent justifier l'extension de cette procédure à l'encontre d'une autre personne morale ou physique ; en considérant dès lors, que les paiements effectués par la SCI GOMES NUNES pour le compte de la SARL AGM CONSTRUCTIONS révélaient l'existence de relations financières anormales caractéristiques d'une confusion de patrimoine entre ces deux sociétés malgré ses constatations selon lesquelles, ces règlements étaient postérieurs à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la SARL AGM CONSTRUCTIONS, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ; qu'elle a ainsi violé l'article L. 621-2 du Code de commerce ;

4°/ ALORS QU'en considérant en outre que l'absence de déclaration de la créance détenue par la SCI GOMES NUNES au passif de la procédure de liquidation judiciaire de la SARL AGM CONSTRUCTIONS révélait l'existence de flux financiers anormaux entre ces deux sociétés, la Cour d'appel s'est encore déterminée par référence à des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la SARL AGM CONSTRUCTIONS ; qu'elle a derechef violé l'article L. 621-2 du Code de commerce ;

5°/ ALORS QU'en déduisant de surcroît, une insuffisance de facturation des travaux réalisés par la SARL AGM CONSTRUCTIONS au profit de la SCI GOMES NUNES révélatrices de la poursuite de relations financières anormales entre elles, de l'absence de correspondance entre, la valeur patrimoniale des immeubles de la SCI GOMES NUNES portée à l'actif du bilan établi le 31 décembre 2007, et leur valeur estimée en 2008 après l'achèvement des chantiers exécutés au cours de la procédure de liquidation judiciaire de la SARL AGM CONSTRUCTIONS, la Cour d'appel s'est encore déterminée par référence à des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la SARL AGM CONSTRUCTIONS ; qu'elle a ainsi et de nouveau violé l'article L. 621-2 du Code de commerce ;

6°/ ALORS ENFIN QUE, l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'un débiteur à une autre personne morale en raison de la confusion de leur patrimoine est subordonnée à l'existence de flux financiers anormaux entre elles ; que selon l'article L. 123-18 du Code de commerce, à leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition ; la plus-value constatée entre la valeur d'inventaire d'un bien et sa valeur d'entrée n'est pas comptabilisée ; aussi s'ensuit-il que l'absence de comptabilisation de la plus-value conférée à un actif immobilisé par la réalisation de travaux sur celui-ci n'est en aucun cas susceptible d'établir l'absence de paiement du coût des travaux réalisés ; qu'en déduisant dès lors, de l'absence de comptabilisation de la plus-value latente que les travaux accomplis par la SARL AGM CONSTRUCTIONS avaient conférée à l'actif immobilisé de la SCI GOMES NUNES, l'existence de flux financiers anormaux entre ces deux sociétés, la Cour d'appel s'est déterminée par des motifs inopérants, impropres à caractériser une confusion de leur patrimoine ; qu'elle a ainsi violé l'article L. 621-2 du Code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR ouvert une procédure de liquidation judiciaire à l'égard de la SCI GOMES NUNES en fixant provisoirement à la date du jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la SCI GOMES NUNES la date de cessation des paiements ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE l'article L. 640-5 alinéa 1 du code de commerce dispose que « lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire » ; seule la saisine d'office du tribunal de commerce au titre des extensions sanctions a disparu sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 mais non point celle ayant pour objet l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire, telle que prévue par les articles L. 641-1-1 et L. 621-2 du code de commerce. Le tribunal s'est saisi d'office suite au rapport qui lui a été remis par le liquidateur de la SARL AGM CONSTRUCTIONS ; conformément aux dispositions des articles R 631-3 et R 640-1 du code de commerce, la SCI GOMES NUNES a été assignée régulièrement, en la personne de son gérant, Monsieur Manuel Jorge

X...

, à comparaître devant le tribunal de commerce de Châlons en Champagne, a fait le choix d'un avocat qui a déposé et développé ses conclusions, et a pu ainsi bénéficier d'un procès équitable au regard des dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ; dès lors la SCI GOMES NUNES doit être déboutée de sa demande tendant à la nullité du jugement entrepris ; les articles L. 641-1 alinéa 1 et L. 621-2 alinéa 2 du code de commerce disposent que la procédure ouverte en liquidation judiciaire à l'encontre d'une société peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale et qu'à cette fin le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent ;

Monsieur Manuel Jorge

X...

détient des parts de la SCI GOMES NUNES depuis sa constitution le 4 mars 1998 ; Monsieur Hamed A... détenait 296 parts de la SARL AGM CONSTRUCTIONS lors de son immatriculation le 11 juin 2004 au Registre du Commerce et des Sociétés de Chalons en Champagne qu'il a cédées le 24 janvier 2006 à Monsieur Manuel

X...

; le 8 janvier 2007 il a acquis 29 parts de la SCI GOMES NUNES ; Monsieur Manuel Jorge

X...

et Monsieur Hamed A... sont donc associés de la SCI GOMES NUNES et le premier détenteur de parts de la SARL AGM CONSTRUCTIONS et Monsieur Hamed A... a été cogérant de la SARL AGM CONSTRUCTIONS jusqu'au 24 janvier 2006 ; il résulte du rapport du mandataire judiciaire sur la situation apparente de la liquidation judiciaire de la SARL AGM CONSTRUCTIONS établi par Maître Isabelle C... que cette société avait parmi ses salariés notamment Messieurs Hamed A... et Monsieur Manuel Jorge

X...

; comme les premiers juges l'avaient relevé Monsieur Manuel Jorge

X...

et Monsieur Hamed A... sont ou ont été les dirigeants communs de la SARL AGM CONSTRUCTIONS et de la SCI GOMES NUNES, mais également associés des deux sociétés et leurs salariés ; au vu des pièces comptables, des factures et des rapports de Maître Isabelle C..., les premiers juges ont retenu à juste titre que la SCI GOMES a réglé pour le compte de la SARL AGM CONSTRUCTIONS, qui venait de faire l'objet de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, les salaires de septembre 2007 d'employés de cette dernière, dont certains associés de la SCI, alors qu'ils auraient dû être pris en charge par le Fonds National de Garantie des Salaires dans le cadre de la législation applicable, à la société ICAF une somme de 1200 € à titre d'acompte sur un marché auquel elle n'était pas partie ; la SCI GOMES NUNES dont la capital social s'élève à 914, 69 € dispose actuellement, au vu des pièces produites, d'un patrimoine important comportant plusieurs immeubles situés :-... à SAINT GIBRIEN abritant dans une partie des locaux son siège social et dans l'autre partie, en location, pendant un certain temps celui de la SARL AGM CONSTRUCTIONS, rue Philippot à la CHAUSSEE SUR MARNE (51) consistant en un terrain acheté le 28 juillet 2007 pour le prix de 30. 000 € sur lequel ont été construites deux maisons jumelées, chacune d'une valeur de 160. 000 € selon les indications fournies par un agent immobilier,... (51) consistant en un immeuble ancien acheté 60. 000 € le 18 juin 2007 qui a été réhabilité et comporte trois appartements évalués pour d'eux d'entre eux à 100. 000 € chacun et pour le troisième à 95. 000 € ; la SCI GOMES NUNES ne verse aux débats aucun contrat de construction, aucun devis de travaux passés avec quelque entreprise que ce soit mais uniquement 6 factures émanant de la SARL AGM CONSTRUCTIONS de juillet à septembre 2007, pour certaines raturées, de 4 de 10. 000 € et 2 de 30. 000 € pour les deux biens sis à la CHAUSSEE SUR MARNE et à SUIPPES, étant observé que les

deux factures de 30.000 € destinées à deux chantiers différents portent le même numéro 20070598 ; si dans ses conclusions la SCI GOMES NUNES indique en page 3 que « la société AGM n'a pas fait les travaux » et qu'elle lui avait consenti une avance, dont elle ne justifie pas, pour leur exécution, force est de constater qu'elle n'a pas déclaré de créance de ce chef à la liquidation judiciaire de sa débitrice ; dans son rapport du 29 octobre 2007 en page 11 Maître Isabelle C... précise : sur le terrain de la CHAUSSEE SUR MARNE, deux maisons sont en cours de construction dont 70 % du gros oeuvre aurait été réalisé par la SARL AGM CONSTRUCTIONS, l'immeuble du... est en cours de rénovation par la SARL AGM CONSTRUCTIONS ; les prêts contractés par la SCI GOMES NUNES en mai 2007 auprès de la BANQUE POPULAIRE pour un montant de 130.000 € et du CREDIT AGRICOLE pour un montant de 188.000 € font apparaître des remboursements mensuels pendant la période d'amortissement de 11.624,62 € et des intérêts dus pour la période de franchise de 5.915 € pour le premier et de 1.414,28 € pour le second, sans aucune mesure avec les revenus de l'emprunteur qui en comprenaient que les loyers mensuels de 600 € des locaux sis à Saint GIBRIEN, 4, impasse du Champ Lamoureux ; les premiers juges ont relevé, à juste titre, que l'estimation réalisée en février 2008 des immeubles de SUIPPES et de la CHAUSSEE SUR MARNE représentait une somme totale de 615.000 € alors qu'elle ressortait au bilan au 31 décembre 2007 à 259.276 € ; c'est avec pertinence qu'ils en ont déduit que cette différence démontrait que cette énorme plus value latente ne pouvait trouver sa cause que dans la sous facturation des travaux réalisés par la SARL AGM CONSTRUCTIONS au profit de la SCI GOMES NUNES ; sur la participation de Monsieur Manuel Jorge

X...

et d'associés de la SCI GOMES NUNES dans d'autres entreprises en liquidation judiciaire au cours des dernières années. Il résulte du rapport de Maître Isabelle C... que : Monsieur Manuel Jorge

X... GOMES était également cogérant avec son frère, Alvaro X..., de la SARL GOMES NUNES qui a fait l'objet d'une liquidation judiciaire par jugement du 7 octobre 2004, peu de temps après la liquidation judiciaire de la SARL AGM CONSTRUCTIONS Monsieur Manuel Jorge

X...

a créé une société CGBAT qui exploite la même activité et a pris à bail les mêmes locaux que la première, propriété de la SCI GOMES NUNES, Monsieur Antonio

X...

qui détenait des parts lors de la création de la SCI GOMES NUNES en 1998 a exercé une activité d'entreprise générale qui a fait l'objet d'une procédure en liquidation judiciaire par jugement du 15 décembre 2005 et a présenté un passif déclaré de 139.562,77 € (dont 63.184,38 € à titre privilégié et 76.378,39 € à titre chirographaire), Monsieur Anthony

X...

a également exercé une activité d'entreprise générale du bâtiment à Saint-Gibrien, 4 impasse du Champ Lamoureux qui a fait l'objet d'une liquidation judiciaire en date du 6 décembre 2007 avec un actif inexistant et un passif déclaré de 74.874,33 € (dont 49.768,24 € à titre privilégié et 25.106,09 € à titre chirographaire) ; il résulte ainsi des éléments versés aux débats qu'il existait entre la SCI GOMES NUNES et la SARL AGM CONSTRUCTIONS non seulement une identité de certains dirigeants et associés mais également des mouvements financiers, des prestations exécutées sans contre-partie ou sans commune mesure avec leur valeur et ce, au seul profit de la première, générant ainsi une confusion certaine de patrimoine entre les deux sociétés ; le jugement entrepris doit en conséquence être confirmé en ce qu'il a prononcé l'extension de la procédure ouverte contre la SARL AGM CONSTRUCTIONS à SCI GOMES NUNES, conformément aux articles L. 641-1 et L. 621-2 du code de commerce ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES Messieurs Manuel Jorge

X...

et Ahmed A... sont ou ont été les dirigeants communs des SARL AGM CONSTRUCTIONS et SCI GOMES NUNES, mais que ce seul fait ne suffit pas à caractériser la confusion des patrimoines, même dans le cas où il y a unicité de siège social ; toutefois, la SCI GOMES NUNES a réglé pour le compte de la SARL AGM CONSTRUCTIONS les salaires de septembre 2007, au profit d'Aurélie X..., Guillaume B..., et qu'en conséquence ces règlements constituent des flux financiers anormaux, la SCI GOMES NUNES a réglé à la société ICAF une somme de 1.200 € à titre d'acompte sur un marché conclu avec AGM CONSTRUCTIONS et que ceci constitue un flux financier anormal, l'examen des factures émises par la SARL AGM CONSTRUCTIONS à destination de la SCI GOMES NUNES révèle qu'une facture du 12 septembre 2007, portant le n° 20070598 et s'élevant à 10.000 € TTC a été émise deux fois pour deux chantiers différents, et que partant de ce constat, il est légitime de douter de la validité des autres factures qui bien qu'ayant de douter de la validité des autres factures qui bien qu'ayant des numéros différents, présentent des dates et des montants identiques de 10.000 € et 30.000 € pour des chantiers distincts de travaux, aucun devis ni aucun contrat, démontrant la loi des parties n'a pu être présenté,

ce qui est contraire aux usages en matière de travaux immobiliers, l'estimation réalisée en février 2008 des immeubles de SUIPPES et de LA CHAUSSEE SUR MARNE appartenant à la SCI ressort à 615. 000 €, alors que la valeur nette comptable des trois immeubles propriétés de la SCI, y compris SAINT GIBRIEN, ressort au bilan au 31 décembre 2007 à 259. 276 €, cette différence démontre que cette énorme plus value latente ne peut trouver sa cause que dans la sous facturation des travaux réalisés par la SARL au profit de la SCI, les faits relevés ci avant sont multiples et non isolés et démontrent des mouvements financiers anormaux entre la SARL AGM CONSTRUCTIONS et la SCI GOMES NUNES, traduisant ainsi une confusion de patrimoine entre les deux sociétés. Il paraît utile de prononcer l'extension de la procédure ouverte contre la SARL AGM CONSTRUCTIONS à la SCI GOMES NUNES conformément aux articles L. 641-1 et L. 621-2 du Code de commerce ;

1°/ ALORS D'UNE PART QUE, d'une part, le juge ne peut s'écarter des termes du litige, tel qu'il a été fixé par l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense ; que l'assignation délivrée à la SCI GOMES NUNES à la diligence du greffier ne mentionnait que l'extension à celle-ci de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la SARL AGM CONSTRUCTIONS ; qu'en se prononçant dès lors sur l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la SCI GOMES NUNES quand l'acte introductif d'instance ne visait que l'extension, à la SCI GOMES NUNES, de la procédure de liquidation judiciaire de la société AGM CONSTRUCTIONS, la Cour d'appel a modifié les termes du litige qui lui était soumis ; qu'elle a ainsi violé les articles 4 et 5 du Code de procédure civile.

2°/ ALORS D'AUTRE PART QUE, d'autre part, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'égard d'un débiteur mentionné à l'article L. 640-2 du Code de commerce est subordonnée à la constatation de la cessation des paiements de celui-ci et de l'impossibilité manifeste de son redressement ; qu'en se déterminant dès lors par référence aux éléments constitutifs d'une confusion de patrimoine entre la société AGM CONSTRUCTIONS et la SCI GOMES NUNES, impropres à caractériser tant l'état de cessation des paiements que l'impossibilité manifeste du redressement de la SCI GOMES NUNES, la Cour d'appel a violé l'article L. 640-1 du Code de commerce.