

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

Chambre 3-2

ARRÊT AU FOND

DU 13 OCTOBRE 2022

N° 2022/466

Rôle N° RG 20/05541 - N° Portalis DBVB-V-B7E-BF5T4

S.A. LYONNAISE DE BANQUE

S.C.P. B.T.S.G.

C/

[W] [N]

[D] [N]

S.A.R.L. CINETIC ET CO

Société GENESIST INVEST

[B] [S]

[U] [O]

Copie exécutoire délivrée

le :

à :

Me Hubert ROUSSEL

Me Sébastien BADIE

Me Alain FRANCESCHINI

Me Joseph MAGNAN

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Tribunal de Commerce de MARSEILLE en date du 30 Mars 2011 enregistré (e) au répertoire général sous le n° 2010F04320

APPELANTE

S.A. LYONNAISE DE BANQUE,

immatriculé au R.C.S.de Lyon sous le Numéro 954 507 976 dont le siège social est sis [Adresse 12], prise en la personne de son représentant légal domicilié ès qualité audit siège

représentée par Me Hubert ROUSSEL de l'ASSOCIATION ROUSSEL CABAYE, ASSOCIATION D'AVOCATS INTERBARREAUX, avocat au barreau de MARSEILLE

assistée de Me Antoine GERMAIN, avocat au barreau de PARIS, plaidant

APPELANTE ET INTIMEE

S.C.P. BECHERET-THIERRE-SENECHAL-GORRIAS (BTSG²)

Prise en la personne de Maître [K] [E], agissant en qualité de liquidateur judiciaire à la liquidation judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA, désigné à ces fonctions par jugement du Tribunal de Commerce de Nanterre du 19 mai 2009, dont le siège est sis [Adresse 5]

représentée par Me Sébastien BADIE de la SCP BADIE SIMON-THIBAUD JUSTON, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

assistée de Me Antoine GERMAIN, avocat au barreau de PARIS, plaidant

INTIMES

Monsieur [W] [N]

né le [Date naissance 1] 1963 à [Localité 14], de nationalité française, demeurant Chez Monsieur [V] [N] [Adresse 10]

représenté par Me Alain FRANCESCHINI, avocat au barreau de MARSEILLE

Monsieur [D] [N],

né le [Date naissance 4] 1968 à [Localité 13] (CANADA), de nationalité française, dirigeant de société, demeurant [Adresse 9]

représenté par Me Joseph MAGNAN de la SCP MAGNAN PAUL MAGNAN JOSEPH, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

S.A.R.L. CINETIC ET CO,

immatriculé au R.C.S.de Marseille sous le Numéro 499 772 887 dont le siège social est sis CITE DE LA COSMETIQUE - [Adresse 6], prise en la personne de son gérant en exercice , Monsieur [W] [N], domicilié ès qualité audit siège

représentée par Me Joseph MAGNAN de la SCP MAGNAN PAUL MAGNAN JOSEPH, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

Société GENESIST INVEST,

ancienne dénomination MOST, 499 772 762 immatriculé au R.C.S.de SALON DE PROVENCE Numéro dont le siège social est sis, [Adresse 9], prise en la personne de son représentant légal domicilié es qualités audit siège

représentée par Me Joseph MAGNAN de la SCP MAGNAN PAUL MAGNAN JOSEPH, avocat au barreau D'AIX-EN-PROVENCE

INTERVENANTS FORCES

Maître [U] [O]

mandataire judiciaire pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société CINETIC & CO, désigné à ces fonctions selon jugement du Tribunal de Commerce de Marseille en date du 11 janvier 2017, demeurant [Adresse 3]

représenté par Me Joseph MAGNAN de la SCP MAGNAN PAUL MAGNAN JOSEPH, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

assistée de Me Marc BOLLET de la SCP BOLLET & ASSOCIES, avocat au barreau de MARSEILLE substituée par Me Thomas HUGUES, avocat au barreau de MARSEILLE, plaidant

Maître Me [S] [B] de la SCP BR

ès qualité de représentant des créanciers de la SARL GENESIST INVEST nommé à ses fonctions par jugement du tribunal de commerce de Salon de provence du 17/11/2016

né le [Date naissance 7] 1959 à [Localité 15], demeurant [Adresse 11]

défaillant

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 08 Juin 2022 en audience publique. Conformément à l'article 804 du code de procédure civile, Madame Agnès VADROT, Conseillère a fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries.

La Cour était composée de :

Madame Michèle LIS-SCHAAL, Président de chambre

Madame Muriel VASSAIL, Conseiller

Madame Agnès VADROT, Conseiller

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Madame Chantal DESSI.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 22 Septembre 2022 et prorogé au 13 Octobre 2022.

ARRÊT

Réputé contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 13 Octobre 2022,

Signé par Madame Michèle LIS-SCHAAL, Président de chambre et Madame Chantal DESSI, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS, PROCEDURE, PRETENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Par actes sous seing privé en date des 5 et 17 octobre 2007, la SARL CINETIC & CO, la SCI MOST qui deviendra la société GENESIS INVEST, [W] [N] et [D] [N] ont cédé 92,60% des actions qu'ils détenaient dans la société GROUPE GRAND SUD à la SAS FINANCIERE FIMEGA.

Le prix de cession a été fixé à la somme de 14 690 000€, comprenant un crédit vendeur partiel, soit un solde de 1 000 000€ exigible en totalité trois ans après la date d'effet de la cession (soit au 17 octobre 2010) et garanti par une caution bancaire.

La SAS FINANCIERE FIMEGA a été déclarée en liquidation judiciaire le 19 mai 2009.

Le 28 octobre 2010, la SARL CINETIC & CO, la SCI MOST, [W] et [D] [N] ont assigné devant le tribunal de commerce de MARSEILLE la SA LYONNAISE DE BANQUE en sa qualité de caution solidaire de la SOCIETE FINANCIERE FIMEGA aux fins d'obtenir sa condamnation en paiement des sommes restant à leur devoir avec intérêts contractuels de 4% l'an.

La SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA . Elle s'est opposée à la demande de la SARL CINETIC & CO, de la SCI MOST, et des consorts [N], en appui de la SA LYONNAISE DE BANQUE laquelle contestait l'existence de la dette et soutenait l'extinction de son engagement de caution.

Par jugement rendu le 30 mars 2011, le tribunal de commerce de MARSEILLE a notamment, après avoir reçu la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA en son intervention volontaire, déclaré valable la déclaration de créance de la SARL CINETIC & CO, de la SCI MOST (devenue GENESIS INVEST), de [W] et [D] [N] et condamné la SA LYONNAISE DE BANQUE à payer à:

-Monsieur [W] [N] la somme de 6 737€

-Monsieur [D] [N] la somme de 101 000€

-la SARL CINETIC & CO la somme de 196 513€

-la société GENESIS INVEST anciennement dénommée MOST la somme de 695 750€

lesdites sommes avec intérêts au taux conventionnel de 4% l'an à compter du 20 Août 2008, date de la sommation de payer.

Le tribunal de commerce a en outre condamné la SA LYONNAISE DE BANQUE à leur verser à chacun la somme de 1500€ à titre de dommages et intérêts.

Le 18 avril 2011, la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA a interjeté appel de cette décision.

Le 4 mai 2011, la SA LYONNAISE DE BANQUE a également interjeté appel de cette décision.

Sur requête en rectification d'erreur matérielle présentée par la LYONNAISE DE BANQUE, la Cour d'Appel d'Aix en Provence a, par arrêt du 28 février 2013, rectifié le jugement du 30 mars 2011 lequel avait procédé à une inversion des sommes en attribuant à certaines parties les montants réclamés par d'autres.

Aux termes de cette rectification, la SA LYONNAISE DE BANQUE était condamnée à payer à:

-Monsieur [W] [N] la somme de 101 000€

-Monsieur [D] [N] la somme de 6 737€

-la SARL CINETIC & CO la somme de 695 750€

-la société GENESIS INVEST anciennement dénommée MOST la somme de 196 513€

lesdites sommes avec intérêts au taux conventionnel de 4% l'an à compter du 20 Août 2008, date de la sommation de payer.

Par arrêt en date du 30 janvier 2014, la cour d'appel d'Aix en Provence a infirmé le jugement entrepris et a sursis à statuer sur toutes les demandes jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'action introduite devant le tribunal de commerce de NANTERRE par la SAS FINANCIERE FIMEGA et ses actionnaires, la société KARDIANI et la société EURAZEO PME, visant à la condamnation de la SARL CINETIC & CO, de la SCI MOST, de [W] et [D] [N] au paiement de dommages et intérêts pour dol commis à l'occasion du rachat du capital social de la société GROUPE GRAND SUD, soit la somme de 18 652 013€ pour informations comptables non sincères et informations de nature à influencer sur le consentement outre la somme de 1 000 000€ pour préjudice commercial.

Par jugement en date du 19 juin 2014, le tribunal de commerce de NANTERRE a reconnu la responsabilité délictuelle des sociétés CINETIC & CO et GENESIS INVEST ainsi que de [W] et [D] [N] pour leurs agissements dolosifs, retenant notamment la dissimulation intentionnelle à l'égard des candidats repreneurs d'informations de nature à les dissuader d'acquérir.

[W] et [D] [N], leur société respective ainsi que la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA , ont interjeté appel de cette décision.

Par arrêt en date du 10 novembre 2015, la cour d'appel de VERSAILLES a confirmé le jugement entrepris sauf en ce qu'il avait rejeté la demande d'indemnisation de la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA . Elle a ainsi condamné solidairement [W] et [D] [N] et les sociétés CINETIC & CO et GENESIS INVEST à lui verser la somme de 12 056,17€ outre intérêts légaux.

[W] et [D] [N] ainsi que les sociétés CINETIC & CO et GENESIS INVEST se sont pourvus en cassation.

Le 31 mars 2016, ensuite de l'ordonnance de radiation rendue par le conseiller de la mise en état le 28 mai 2015, la SA LYONNAISE DE BANQUE a déposé des conclusions de reprise d'instance devant la cour d'appel en mettant en cause, es qualité Maître [U] [O], désigné liquidateur judiciaire de la SARL CINETIC & CO laquelle avait entre temps déposé son bilan ainsi que Maître [B] [S], en sa qualité de Mandataire judiciaire de la société GENESIS INVEST.

Par arrêt en date du 8 mars 2018, la cour d'appel a ordonné, à la demande unanime des parties, le retrait du rôle de la

procédure.

Par courrier en date du 5 novembre 2018, la SA LYONNAISE DE BANQUE a de nouveau sollicité le rétablissement de l'affaire.

Par arrêt en date du 6 juin 2019, la cour d'appel, faisant droit à la demande des parties, a ordonné que la procédure soit retirée du rôle afin de permettre aux parties de prendre connaissance de toutes les pièces et documents produits et de poursuivre la procédure amiable qui avait été amorcée.

En exécution d'un protocole d'accord, Monsieur [D] [N] et la société GENESIS INVEST se sont finalement désistés de leur pourvoi et ont par conclusions du 17 avril 2019 renoncé au bénéfice du jugement rendu le 30 mars 2011 suite à l'adoption d'un protocole transactionnel.

Le 5 juin 2019, la chambre commerciale de la Cour de Cassation a partiellement cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel de VERSAILLES en date du 10 novembre 2015 seulement en ce qui concerne la réparation du préjudice subi par les cessionnaires. Sur ce point, la cour de cassation a remis la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt en les renvoyant devant la cour d'appel de VERSAILLES autrement composée.

Par arrêt en date du 11 mars 2021, la Cour d'Appel de VERSAILLES a notamment:

- infirmé le jugement du tribunal de commerce de Nanterre du 19 juin 2014, rectifié le 24 juin 2014
- débouté les sociétés Kardiani et Eurazeo MPE de leurs demandes à l'encontre de Monsieur [W] [N]
- condamné Monsieur [W] [N] à payer à la société FIMEGA, représentée par son liquidateur, la société SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA la somme de 449 184€ à titre de dommages et intérêts, outre intérêts légaux à compter du 12 janvier 2009;

La SA LYONNAISE DE BANQUE évoquant une impasse dans les négociations a demandé la réinscription au rôle et la fixation de l'affaire en plaidoirie.

Par avis du 25 mai 2021, les parties ont été informées de la fixation de l'affaire à l'audience du 15 décembre 2021 avec clôture au 18 novembre 2021.

A l'audience du 15 décembre 2021 l'affaire a été renvoyée au 8 juin 2022.

En l'état de ses dernières conclusions déposées et notifiées au RPVA en date du 16 mai 2022, auxquelles il est fait référence pour plus ample exposé des motifs, la SA LYONNAISE DE BANQUE, demande à la cour:

Vu les éléments nouveaux contenus dans les dernières écritures et pièces des parties, RABATTRE l'ordonnance de clôture

Vu l'arrêt de retrait du rôle du 06 juin 2019

REMETTRE l'affaire au rôle et la fixer à la prochaine audience de la cour

Vu l'article 1130 (anciennement 1109) du code civil

Vu l'arrêt du 30 janvier 2014 de cette cour réformant le jugement du 30 mars 2011 du tribunal de commerce de Marseille et les conclusions du 17 avril 2019 de M. [D] [N] et la société GENESIS INVEST qui ont renoncé au bénéfice dudit jugement et n'ont plus formulé aucune demande contre la LYONNAISE DE BANQUE, prendre acte de ce renoncement et de l'absence de demandes contre la banque.

De ce fait, juger LA LYONNAISE DE BANQUE déliée de toute obligation de caution au bénéfice de M. [D] [N] et la société GENESIS INVEST

Pour le reste et en tant que de besoin, rejeter toutes les demandes fins et conclusions de Monsieur [W] [N] et de Maître [O] es qualité.

TIRER les conséquences de l'arrêt définitif du 30/01/2014 qui a déjà réformé le jugement du 30 mars 2011 du tribunal de commerce de Marseille et de ce fait rejeter les demandes de M. [W] [N] et de Maître [O] es qualité dirigées contre LA LYONNAISE DE BANQUE

A titre subsidiaire, si contre toute attente la cour estimait devoir statuer à nouveau sur la réformation, REFORMER le jugement dont appel

LE REFORMER du fait qu'il ressort de l'arrêt de la Cour d'Appel de NANTERRE du 20 Novembre 2015 et de l'arrêt de la cour de cassation du 5 juin 2019 que les vendeurs à savoir les consorts [N], la société CINETIC et CO et la société GENESIS INVEST se sont rendus coupables de manoeuvres dolosives nombreuses visant à tromper l'acquéreur minimisant les manques de trésorerie et donc l'économie générale du contrat

Après avoir relevé que ceci n'a pas été porté à la connaissance de la caution dont la volonté a été surprise par ce dol et en toute hypothèse cette erreur, PRONONCER L'ANNULATION DU CAUTIONNEMENT délivré par la LYONNAISE DE BANQUE au bénéfice de Monsieur [W] [N], la société CINETIC et CO et la société GENESIS INVEST

ECARTER la prescription de l'exception de nullité de la LYONNAISE DE BANQUE s'agissant d'une nullité opposée par voie d'exception alors que le cautionnement n'a pas reçu un commencement d'exécution.

Après avoir jugé que la dette principale est éteinte du fait de l'effet automatique de la convention qui prévoit explicitement que la garantie de passif se compense avec le crédit vendeur et qu'il résulte des pièces du dossier que la garantie de passif a été engagée non seulement par l'acquéreur mais en plus invoquée dans les diverses procédures, REJETER sur le fond les demandes de Monsieur [W] [N] et de Maître [O] es qualité.

En toute hypothèse, REJETER les demandes de M. [W] [N] du fait de l'extinction de la créance principale par compensation entre la somme réclamée dans la présente espèce et la condamnation définitive prononcée à son encontre par l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 11/03/21, chaque partie ayant revendiqué l'application de cette compensation légale, et le liquidateur de Financière Fimega le réclamant expressément dans la présente instance

JUGER que la caution peut se prévaloir de l'extinction de la créance principale du fait de cette compensation.

REJETER en toute hypothèse les demandes de M. [W] [N] du fait de sa renonciation unilatérale de l'engagement de caution du 17/10/2017.

A TITRE SUBSIDIAIRE

DEBOUTER M. [W] [N] et Maître [O] es qualité de toutes leurs demandes contre la LYONNAISE DE BANQUE, faute pour eux de démontrer avoir déclaré leur créance au passif du débiteur principal la société Financière FIMEGA, puisque les déclarations de créance qu'ils versent aux débats n'ont jamais été reçues par le liquidateur tel qu'il figure sur le BODACC

LES DEBOUTER dans la mesure où il ne peut être considéré qu'une déclaration de créances effectuée dans un établissement secondaire non visé par le BODACC peut valablement valoir déclaration de créance dans la mesure où il s'agit d'une société. DIRE ET JUGER que seul le siège social pourrait éventuellement être choisi par un déclarant à la place

de l'adresse figurant au BODACC puisque le liquidateur exerce sous la forme de société

LES DEBOUTER dans la mesure où l'état du passif versé aux débats démontre qu'il n'y a pas de déclaration ni de créances des demandeurs alors que le passif a été vérifié

JUGER que l'ordonnance du 10 novembre 2009 du tribunal de commerce de Marseille et l'arrêt d'irrecevabilité d'appel de la cour d'appel d'Aix en Provence n'ont autorité de chose jugée que sur les moyens qu'ils tranchent sans leur dispositif, et qu'en toute hypothèse s'agissant de procédure de référé qui en plus ont fait l'objet de réformation et de cassation aucune autorité de la chose jugée sur une admission de créance ne peut en sortir.

JUGER NULLE la déclaration de créance produite non signée, sans état civil des demandeurs et à titre simplement provisionnel

JUGER que l'irrecevabilité de la déclaration de créance ne laisse pas subsister l'obligation de la caution. JUGER subsidiairement que la caution est parfaitement en droit d'opposer aux créanciers la perte du bénéfice de subrogation prévue par les dispositions de l'article 2314 du code civil

JUGER que le créancier peut se dégager de la demande de décharge de la caution s'il démontre que la subrogation qui est devenue impossible par son inaction n'aurait pas été efficace. La jurisprudence indique que la charge de la preuve pèse à ce moment là sur le créancier

JUGER que ni Maître [O] liquidateur de la société Groupe CINETIC et CO ni Monsieur [W] [N] n'apportent pas la preuve de l'impécuniosité de la liquidation judiciaire de Financière Fimega et ne démontrent pas que la perte de ce bénéfice de subrogation n'a pas de conséquence et ce même si la dette n'est pas éteinte d'ores et déjà

JUGER qu'il ressort au contraire des arrêts de la cour d'appel de Versailles que la liquidation judiciaire de Financière Fimega bénéficie de condamnations supérieures aux sommes demandées et notamment supérieures à 12 000€ pour CINETIC

JUGER que ces sommes qui sont d'ailleurs dues par la société CINETIC et CO et M. [W] [N] sont très largement supérieures à la demande faite au titre du crédit vendeur.

DIRE ET JUGER que les demandeurs au paiement, à savoir M. [W] [N] et la société CINETIC et CO ne peuvent se prévaloir de l'impécuniosité de la liquidation judiciaire dont ils sont débiteurs pour attaquer artificiellement la caution bancaire.

LES DEBOUTER en conséquence de leurs demandes

A titre subsidiaire sur le montant de la créance

REJETER les demandes dans la mesure où les sommes demandées ne correspondent pas avec la double limite prévue dans l'engagement de caution

JUGER que chacun des demandeurs ne peut réclamer au maximum que le pourcentage indiqué expressément dans l'acte soit:

[W] [N]: 6% soit au maximum 60 000€

[D] [N]: 0,40% soit au maximum 4 000€

Société civile Groupe CINETIC: 41,32% soit au maximum 413 200€

Société civile MOST: 11,65% soit au maximum 116 500€

JUGER qu'au terme de l'article 2292 du code civil «le cautionnement ne se présume point; il doit être express, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté »

REJETER à titre très subsidiaire toutes les demandes de M. [W] [N] supérieures à une somme de 60 000€

REJETER à titre très subsidiaire toutes les demandes de Maître [O] es qualité de liquidateur de la société Groupe CINETIC supérieures à une somme de 413 200€

REJETER les demandes au titre des intérêts conventionnels LA LYONNAISE DE BANQUE n'ayant pas entendu garantir un intérêt conventionnel de 4%

JUGER en outre qu'en aucune façon la caution ne peut être condamnée à de tels intérêts depuis le 20 Août 2008 alors que la dette n'est tout au plus exigible que depuis le 17 octobre 2010. DIRE ET JUGER que seul un intérêt au taux légal peut être demandé depuis l'assignation

REFORMER le jugement en ce qu'il a condamné la LYONNAISE DE BANQUE à payer une somme de 1500€ de dommages

et intérêts pour résistance abusive à chacun des demandeurs. DIRE ET JUGER que la résistance de la LYONNAISE DE BANQUE ne peut en aucun cas être abusive, d'autant que les demandeurs ne cherchent même pas à caractériser l'existence du moindre préjudice ni lien de causalité.

LES CONDAMNER solidairement à payer à la LYONNAISE DE BANQUE une somme de 20 000€ au titre de l'article 700 du CPC ainsi que les entiers dépens

Après avoir rappelé que l'arrêt du 30 janvier 2014 ayant réformé le jugement querellé était définitif, la SA LYONNAISE DE BANQUE expose en premier lieu que si elle avait eu connaissance des manoeuvres dolosives des vendeurs reconnues par la cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 10 novembre 2015, elle ne se serait jamais engagée en qualité de caution et sollicite sur le fondement de l'article 1130 (ancien 1109) que le cautionnement qu'elle a consenti aux bénéficiaires des consorts [N] et des sociétés CINETIC & CO et GENESIS INVEST soit déclaré nul et de nul effet. Elle précise, en réponse aux intimés, qu'aucune prescription ne peut lui être opposée dans la mesure où, d'une part, elle oppose une exception aux demandeurs en paiement et où, d'autre part, l'exception survit en toute hypothèse à l'action le cautionnement n'ayant jamais reçu un commencement d'exécution.

Elle invoque ensuite plusieurs moyens au soutien de sa demande tendant à voir Monsieur [W] [N] et Maître [O], es qualité déboutés de toutes leurs demandes:

-Elle indique que les parties ont entendu lier le sort du crédit vendeur à celui de la garantie de passif et actif puisqu'elles ont expressément écrit dans l'engagement du 5 octobre 2007 que l'acquéreur avait la possibilité de compenser les sommes dues au titre de la garantie d'actif et de passif et les sommes dues au titre du crédit vendeur; qu'il résulte des pièces versées aux débats que la garantie d'actif et de passif a été appelée pour plus de 1 800 000€; que par application du mécanisme contractuel de compensation, la dette dont se prévalent les vendeurs à l'égard de la société FIMEGA est éteinte de sorte que les demandes à son égard n'ont plus lieu d'être.

-Elle fait valoir qu'il est établi que la liquidation judiciaire de la société FINANCIER FIMEGA est définitivement créancière du dernier demandeur Monsieur [W] [N] de la somme de 449 184€ à titre de dommages et intérêts outre intérêts légaux à compter du 12 janvier 2009 soit une créance de 620 713€ au 8 juin 2022; que les demandes de Monsieur [W] [N] et les condamnations obtenues en première instance sont limitées à la somme maximale de 101 000€; que par le mécanisme de la compensation, la créance principale se trouve éteinte; qu'il ne peut dès lors plus rien lui être demandé.

-Elle relève que Monsieur [W] [N] a renoncé au bénéfice de la créance qu'il revendique et à celle de la caution; qu'en sa qualité de débitrice de l'obligation, elle peut se prévaloir de cette renonciation.

-Elle soutient par ailleurs que les deux derniers intimés (après renoncement de M. [D] [N] et de la société GENESIS) ne démontrent pas avoir déclaré leur créance au passif du débiteur principal (la société FIMEGA), les déclarations invoquées n'ayant jamais été reçues par le liquidateur tel qu'il figure sur le BODACC; que la première aurait été adressée à un

établissement secondaire de la société BTSG2, que la deuxième n'a pas d'accusé de réception et que la dernière est hors délai. Elle ajoute que l'état du passif vérifié versé aux débats démontre qu'il n'y a pas de déclaration de créance des demandeurs et que de surcroît, et alors que la déclaration de créance équivaut à une demande en justice, les demandeurs produisent des documents comportant des irrégularités. Elle relève que le tribunal de commerce a jugé péremptoirement la déclaration de créance valable sans répondre à aucun des moyens soulevés relatif au défaut de signature, au défaut de précision quant à l'état civil et au caractère provisionnel de la déclaration.

Elle soutient qu'en sa qualité de caution elle est parfaitement en droit d'opposer aux créanciers la perte du bénéfice de subrogation prévue par les dispositions de l'article 2314 du code civil; que la jurisprudence indique que le créancier peut se dégager de la demande de décharge de la caution s'il démontre que la subrogation qui est devenue impossible par son inaction n'aurait pas été efficace; que les demandeurs se contentent de conclure sans l'établir que le défaut de déclaration régulière de créance serait sans incidence en l'espèce au regard d'une soit disant absence de fonds à distribuer dans le cadre de la liquidation judiciaire; qu'ils ne peuvent soutenir que celle-ci est impécunieuse dès lors que le paiement de leurs dettes, au besoin par compensation, la rendrait solvable.

A titre subsidiaire, la SA LYONNAISE DE BANQUE fait valoir que les sommes demandées ne correspondent pas avec la double limite prévue dans l'engagement de caution à savoir :

-le montant du crédit vendeur restant dû dans la limite de 1 000 000€

-chacun des bénéficiaires ne peut prétendre qu'à un pourcentage de ce solde restant dû sur 1 000 000€ (6% pour [W] [N] soit 60 000€ et 41,32% pour CINETIC soit 413 200€)

Elle rappelle les dispositions de l'article 2292 du code civil aux termes desquelles le cautionnement ne peut pas être étendu au delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

Elle sollicite en conséquence et le cas échéant la limitation du quantum des condamnations.

Elle rappelle en outre qu'elle ne s'est en aucune manière engagée à garantir un quelconque intérêt conventionnel et que si par extraordinaire la cour confirmait le jugement en ce qu'il l'a condamnée au titre de son engagement de caution, il y aurait lieu de rejeter seul l'intérêt légal pouvant être demandé depuis la demande en justice.

Enfin, elle relève que le tribunal de commerce l'a condamnée au paiement de dommages et intérêts pour résistance abusive qu'il n'a aucunement caractérisée.

En l'état de ses dernières conclusions déposées et notifiées au RPVA en date du 10 décembre 2021, auxquelles il est fait référence pour plus ample exposé des motifs, la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA, demande à la cour:

A titre liminaire

ORDONNER la révocation de l'ordonnance de clôture prononcée le 18 novembre 2021

Sur l'irrecevabilité des demandes de la société CINETIC & CO et de Monsieur [W] [N] du fait de leur renonciation

DONNER ACTE à la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA de ce que Monsieur [W] [N] et la CINETIC & CO ont renoncé à se prévaloir des termes du jugement rendu en date du 30 mars 2011 et ont renoncé à toutes demandes au titre du crédit vendeur et au titre de la caution bancaire consentie par la LYONNAISE DE BANQUE

JUGER que le jugement rendu en date du 30 mars 2011 par le tribunal de commerce de MARSEILLE a été infirmé par un arrêt rendu par la cour de céans en date du 30 janvier 2014 désormais définitif

JUGER que les demandes formulées par Monsieur [W] [N] au titre du crédit vendeur ou de la caution bancaire de la LYONNAISE DE BANQUE sont irrecevables

Sur le fond

Vu l'absence de déclaration de créance régulière entre les mains de la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA

Vu les articles L622-24, L622-26 et L641-1 du code de commerce

Vu l'absence de contestation de l'état du passif dont le dépôt a été publié au BODACC

Vu la clause de compensation conventionnelle stipulée dans l'acte de garantie d'actif et de passif

Vu la compensation légale intervenue

INFIRMER en tant que de besoin le jugement rendu en date du 30 mars 2011 par le tribunal de commerce de Marseille

Statuant à nouveau,

A titre principal

DEBOUTER Monsieur [W] [N] et Maître [O] es qualité de liquidateur de la société CINETIC & CO de l'ensemble de leurs demandes, fins et conclusions

DEBOUTER la LYONNAISE DE BANQUE de toutes demandes qui seraient différentes ou contraires à celles soutenues par la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA

A titre subsidiaire

DONNER ACTE à la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA de ce que Monsieur [W] [N] reconnaît que la compensation légale est intervenue entre la créance de 449 184€ mis à sa charge par l'arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 11 mars 2021 et la somme de 101 000€ octroyée par le tribunal de commerce de Marseille

En tout état de cause

JUGER n'y avoir lieu à un quelconque paiement par la LYONNAISE DE BANQUE à Monsieur [W] [N] et/ou Maître [O] es qualité liquidateur de la société CINETIC & CO

ORDONNER à la LYONNAISE DE BANQUE de restituer à la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA le montant du prix de la réalisation des titres nantis au profit de ladite banque en contre garantie de son engagement de caution bancaire, outre le montant des intérêts produits depuis la constitution de ladite garantie

A titre reconventionnel

CONDAMNER Monsieur [W] [N] à verser à la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA une somme de 75 000€ à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive

et

CONDAMNER tout succombant à payer chacun à la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA la somme de 30 000€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile

CONDAMNER tout succombant aux entiers dépens de l'instance et autoriser la SCP BADIE-SIMON-THIBAUD & JUSTON, Avocats au barreau d'Aix en Provence à en recouvrer le montant pour ceux la concernant en application de l'article 699 du code de procédure civile.

Sur l'irrecevabilité des demandes de Monsieur [W] [N] et incidemment celle de Maître [O] es qualité

La SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA expose que Monsieur [D] [N] et la société GENESIS INVEST ont conclu un accord prévoyant notamment leur renonciation à tous droits au titre du crédit vendeur et au titre de la caution bancaire de la LYONNAISE DE BANQUE; que par ce même accord ils se sont portés fort d'obtenir les mêmes renoncations de la part de Monsieur [W] [N] et de Maître [O], es qualité; que ce protocole a été homologué par le tribunal de commerce de NANTERRE; qu'il a en application des articles 2044 et suivants du code civil autorité de la chose jugée; que surtout dans le cadre de cet accord, Monsieur [W] [N] lui-même a renoncé expressément et définitivement à toutes demandes formulées au titre du crédit vendeur et au titre de la caution bancaire de la LYONNAISE DE BANQUE; que Monsieur [N] n'est donc plus recevable à réclamer une quelconque somme au titre du crédit vendeur et/ou de la caution bancaire.

Elle fait valoir que si l'effet relatif des contrats interdit aux tiers de se prévaloir de l'autorité d'une transaction à laquelle ils ne sont pas intervenus, ces mêmes tiers peuvent néanmoins invoquer la renonciation à un droit que renferme cette transaction; qu'ainsi la LYONNAISE DE BANQUE en tant que tiers à la transaction conclue le 24 mai 2018 est fondée à invoquer une renonciation à un droit qu'elle prévoit.

Elle relève que si Maître [O] n'a pas formellement renoncé aux demandes formées par la société CINETIC & CO, il n'est pas pour autant intervenu volontairement à l'instance afin de mettre fin à l'effet interruptif provoqué par le prononcé de la liquidation judiciaire de la société CINETIC & CO en date du 11 janvier 2017; qu'il n'est donc plus recevable à réclamer un quelconque paiement au profit de la société CINETIC & CO.

Sur le fond, le débouté des demandes en paiement des sociétés CINETIC & CO et de Monsieur [W] [N]

La SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA fait valoir d'une part que le droit de créance que la société CINETIC & CO et Monsieur [W] [N] invoquent est inopposable à la liquidation judiciaire de la société FINANCIERE FIMEGA dès lors qu'ils ne justifient pas de l'inscription de leur créance au passif de cette liquidation, à défaut de l'avoir convenablement déclarée.

Elle relève d'autre part que c'est à bon droit que la LYONNAISE DE BANQUE oppose la décharge de la caution en l'absence de subrogation à raison de l'inopposabilité de la créance que les intimés invoquent à la procédure de liquidation judiciaire de la société FINANCIERE FIMEGA en application de l'article 2314 du code civil.

A titre subsidiaire, sur la compensation des créances

Elle expose qu'il est expressément stipulé à l'article 8.2 de la garantie de passif signée à l'occasion de l'opération globale d'acquisition des actions composant le capital de la société GROUPE GRAND SUD que toutes sommes appelées au titre de ladite garantie seront compensées conventionnellement avec le crédit vendeur dont ils réclament le paiement du solde; que la garantie a été mise en jeu par les bénéficiaires à hauteur de 1 800 000€ justifiant la mise en oeuvre de la garantie à première demande souscrite par la Banque HSBC à hauteur de 500 000€; qu'il en résulte que le montant des sommes déjà appelées au titre de la garantie d'actif (solde du supérieur à 1 300 000€ après paiement de la garantie à première demande HSBC) est supérieur au montant du solde du prix (1 000 000€) avec lequel il a vocation à se compenser.

Elle soutient que la condamnation de Monsieur [N] prononcée par la cour d'appel de Versailles à payer à la société FINANCIERE FIMEGA, qu'elle représente en qualité de liquidateur, la somme de 449 184€ outre les intérêts légaux à titre de dommages et intérêts en réparation des manoeuvres dolosives qu'il a commises, ne peut, en supposant que par extraordinaire la cour de céans juge recevable en ses demandes Monsieur [N], que conduire à la compensation de la créance qu'il allègue avec celle que la société FINANCIERE FIMEGA détient à son encontre.

Elle relève que dans ses écritures devant le juge de l'exécution, Monsieur [N] reconnaît lui même qu'il y a lieu d'opérer une compensation entre sa dette vis à vis de FINANCIERE FIMEGA et sa prétendue créance à l'encontre de la société FINANCIERE FIMEGA à savoir 449 184€ mis à sa charge par la cour d'appel et 101 000€ que le tribunal de commerce lui a octroyé au titre de sa quote part du crédit vendeur lui revenant au prorata de sa participation au capital GROUPE GRAND SUD. Elle entend opposer à Monsieur [N] les moyens de droit et de fait soulevés par ses soins devant le juge de l'exécution et conclu au débouté de ses demandes de condamnation de la LYONNAISE DE BANQUE.

La SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA soutient en revanche qu'elle est bien fondée à voire condamnée la LYONNAISE DE BANQUE à lui restituer en principal, outre les intérêts produits depuis la constitution de ladite contre garantie, les sommes versées par la société FINANCIERE FIMEGA en contre garantie du crédit vendeur.

sur la demande reconventionnelle pour procédure abusive

Elle sollicite sur le fondement des articles 32 et 559 du code de procédure civile, la condamnation de Monsieur [W] [N] à lui verser la somme de 75 000€ à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive.

Par conclusions déposées et notifiées par le RPVA en date du 17 avril 2019, auxquelles il est fait référence pour plus ample exposé des motifs, la SARL GENESIS INVEST et Monsieur [D] [N] demandent à la cour de :

Vu le protocole transactionnel en date du 18 mai 2018

Vu le jugement du tribunal de commerce de Nanterre en date du 5 décembre 2018

PRENDRE ACTE de ce que la société GENESIS INVEST (anciennement MOST) et Monsieur [D] [N] déclarent renoncer irrévocablement au bénéfice du jugement rendu le 30 mars 2011 par le tribunal de commerce de Marseille

Par conclusions déposées et notifiées par le RPVA en date du 03 juin 2022, auxquelles il est fait référence pour plus ample exposé des motifs, Monsieur [W] [N] demande à la cour de :

Vu les articles 102 du code de procédure civile et 1134, 1291 et 2288 du code civil

Voir la cour constater que l'arrêt définitif de la cour d'appel de Versailles vise une demande indemnitaire de FIMEGA et SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA et la cession dont il est sollicité le solde du prix demeure valide et exécutoire

En conséquence,

CONDAMNER la SA CIC LYONNAISE DE BANQUE à payer à Monsieur [W] [N] 101 000€ avec intérêts contractuels de 4% l'an à compter de la mise en demeure du 20 Août 2008

REJETER toutes les demandes, fins et écritures de la SA CIC LYONNAISE DE BANQUE et FIMEGA et SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA

DECLARER prescrite et non fondée la demande de nullité de la caution

DECLARER irrecevables et infondées la et la SA CIC LYONNAISE DE BANQUE BTSG² de toutes leurs demandes, exceptions, fins et conclusions et les en débouter

CONDAMNER la SA CIC LYONNAISE DE BANQUE et la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA à payer au concluant une somme de 20 000€ au titre de l'article 700 du CPC, outre les dépens

Sur la créance

Monsieur [W] [N] expose en premier lieu que la cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 11 mars 2021, a statué sur une demande indemnitaire, la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat; qu'il en résulte que la cour d'appel d'Aix en Provence peut statuer sur sa créance concernant un solde de prix de vente qui n'a pas été remis en cause, l'acte de vente étant valide et exécutoire.

Il soutient ainsi que c'est en vain que la SA LYONNAISE DE BANQUE tente de remettre en cause sa créance principale à l'encontre de FINANCIERE FIMEGA, la procédure susvisée n'ayant aucune incidence sur la validité ou l'exigibilité de celle-ci.

Il conteste l'argumentation de la SA LYONNAISE DE BANQUE qui invoque une compensation avec une prétendue créance de FINANCIERE FIMEGA au titre de la convention de passif qu'elle chiffre à 1 800 000€.

Il rappelle:

- que ces demandes ont été contestées par de nombreux courriers
- qu'aucune procédure n'avait jamais été diligentée pour mettre en jeu ladite garantie devant les juridiction territorialement compétentes de [Localité 16]
- qu'il a fallu attendre le 9 mars 2011 pour qu'enfin le liquidateur diligente une assignation devant le tribunal de commerce de Paris
- qu'en tout état de cause aucune compensation n'est juridiquement possible ou recevable

Il expose ainsi que la convention de cession du 5 octobre 2007 d'une part ne prévoit qu'une possibilité de compenser les sommes dues par les garants à l'acquéreur et d'autre part exclut l'acquisition de la garantie en cas d'une contestation par les garants de la réclamation des cessionnaires; qu'en l'espèce la contestation des garants est établie; que les cessionnaires n'ont pas saisi la juridiction compétente pour faire reconnaître leur créance; qu'aux termes de l'article 7 de la convention de garantie du 5 octobre 2007 l'indemnisation réclamée par le bénéficiaire n'est exigible que dans deux cas à savoir soit l'acceptation du garant soit par suite d'une décision judiciaire ou arbitrale devenue définitive; qu'aucune de ces deux hypothèses n'est respectée; qu'à défaut de créance due, il ne peut y avoir de compensation.

Sur la caution

Il fait valoir que la créance a été déclarée à trois reprises, les 26 mai, 15 juin et 10 Août 2009 et que la régularité en a été reconnue par un jugement qui a autorité de la chose jugée; qu'en tout état de cause l'absence de déclaration de la créance, qui n'est pas éteinte, n'a aucune incidence.

Il conteste l'affirmation faite par la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA selon laquelle il aurait renoncé à ses demandes. Il explique que la lettre de renonciation à la caution bancaire qui est invoquée et qu'il a signée à la demande de son frère [D] [N] dans le cadre d'une tentative de transaction avec les cessionnaires durant la durée de la période d'instruction du pourvoi en cassation, s'est trouvée non avenue dès lors qu'elle n'a pas été, le concernant, suivi par un accord auquel elle était conditionnée, seul [D] [N] ayant signé la transaction et s'étant désisté de son pourvoi.

Enfin, il relève que la demande de nullité de la caution est nouvelle et n'a jamais été soulevée auparavant; qu'elle est de plein droit prescrite. Il indique qu'en outre la notion de dol ou d'erreur qui concernerait uniquement les relations entre vendeurs et acquéreurs des titres n'ont aucun lien avec les relations juridiques existant entre les acquéreurs et leur banquier, ne serait ce qu'au regard de l'effet relatif des conventions; que la Banque n'est pas recevable à prétendre que le dol retenu entrainerait la nullité de l'acte de caution puisque la vente elle même n'est pas affectée par le dol.

Par conclusions déposées et notifiées par le RPVA en date du 7 juin 2022, auxquelles il est fait référence pour plus ample exposé des motifs, Maître [U] [O] es qualité de liquidateur judiciaire de la SARL CINETIC & CO demande à la cour de :

REVOQUER l'ordonnance de clôture du 17 novembre 2021

DONNER ACTE à Maître [U] [O] es qualité de liquidateur judiciaire de la SARL CINETIC & CO qu'il s'en rapporte à justice quant à l'appréciation de la recevabilité et du bien fondé des demandes formulées par la LYONNAISE DE BANQUE

REJETER toutes demandes de condamnation de Maître [U] [O] es qualité de liquidateur judiciaire de la SARL CINETIC & CO au paiement d'une quelconque somme en application de l'article 700 du code de procédure civile

Maître [O] es qualité indique qu'en l'état des décisions intervenues en notamment de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 11 mars 2021, il s'en rapporte à justice quant à la confirmation du jugement rendu par le tribunal de commerce de Marseille le 30 mars 2011.

L'ordonnance de clôture initialement fixée au 18 novembre 2021 a été révoquée à l'audience du 8 juin 2022 avec nouvelle clôture à cette même date.

MOTIFS DE LA DECISION

Sur le renoncement de [D] [N] et de la société GENESIS INVEST

Il convient de prendre acte de ce que [D] [N] et la société GENESIS INVEST renoncent au bénéfice du jugement rendu le 30 mars 2011 par le tribunal de commerce de Marseille en suite du protocole transactionnel en date du 18 mai 2018 et qu'ils ne forment plus aucune demande contre la LYONNAISE DE BANQUE ;

Sur les conséquences de l'arrêt définitif du 30 janvier 2014

La SA LYONNAISE DE BANQUE demande à titre principal à la cour de tirer les conséquences de l'arrêt définitif du 30 janvier 2014 qui a déjà réformé le jugement du 30 mars 2011 du tribunal de commerce de Marseille et de ce fait de rejeter les demandes de Monsieur [W] [N] et de Maître [O] es qualité.

Il appert que dans son arrêt en date du 30 janvier 2014 la cour d'appel d'Aix en Provence a considéré qu'il était prématuré de statuer au fond et a, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ordonné un sursis à statuer dans l'attente du résultat de l'action introduite devant le tribunal de commerce de Nanterre à l'encontre des consorts [N] ainsi que des sociétés CINETIC & CO et GENESIST INVEST en paiement de la somme de 18 652 013€ au motif de la communication d'informations comptables non sincères et d'informations pouvant influencer sur le consentement, outre la somme d'un million d'euros au titre du préjudice commercial

L'infirmité du jugement entrepris motivée par l'existence d'une instance en cours ne peut avoir pour conséquence de dispenser la Cour d'Appel de statuer au fond sur les demandes de Monsieur [W] [N] et de Maître [O] es qualité.

Sur la recevabilité des demandes formulées par Monsieur [W] [N]

Il appert que la lettre de renonciation à la caution bancaire invoquée par la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA ne saurait avoir pour effet de priver Monsieur [W] [N] de son action dès lors qu'elle n'a pas été suivie d'un accord, seul [D] [N] et la société GENESIS INVEST ayant signé le protocole transactionnel du 18 mai 2018 aux termes duquel ils ont renoncé au bénéfice du jugement rendu le 30 mars 2011 par le tribunal de commerce de Marseille.

Les demandes formées par Monsieur [W] [N] sont donc recevables.

Sur l'annulation du cautionnement

Il résulte de l'article 1185 du code civil que l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution.

Il est constant que le contrat de cautionnement dont l'annulation est sollicitée n'a reçu aucune exécution; que c'est donc à tort que Monsieur [W] [N] soutient que l'action de la SA LYONNAISE DE BANQUE est prescrite.

La SA LYONNAISE DE BANQUE fonde sa demande de nullité du contrat de cautionnement sur les dispositions de l'article 1130 du code civil.

Il n'est pas contesté que par deux arrêts rendus les 10 novembre 2015 et 11 mars 2021 la cour d'appel de Versailles a reconnu que le contrat principal avait été obtenu par des manoeuvres dolosives imputables notamment à Monsieur [W] [N] lequel a été condamné à payer à la société FIMEGA, représentée par son liquidateur, la société SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA, la somme de 449 184€ à titre de dommages et intérêts, outre intérêts légaux à compter du 12 janvier 2009.

La SA LYONNAISE DE BANQUE ne saurait cependant se prévaloir, pour obtenir la nullité du contrat de cautionnement qu'elle a consenti, du dol retenu au titre du contrat principal qui n'a pas été annulé sans démontrer l'existence de manoeuvres dolosives accomplies à son encontre dans l'intention de la tromper et qui auraient été déterminantes à causer son consentement.

Il convient dans ces conditions de rejeter l'exception de nullité soulevée.

Au fond

Il se déduit des dispositions combinées des articles L622-24, L622-26, L641-3 et R622-24 du code de commerce qu'à partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, à l'exception des salariés, adressent dans un délai de deux mois la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire, à défaut de quoi elles sont inopposables à la procédure collective.

Il est constant que le jugement rendu par le tribunal de commerce de NANTERRE le 19 mai 2009 prononçant la liquidation judiciaire de la société FINANCIERE FIMEGA a été publié au BODACC en date du 4 juin 2009.

Il est également établi que la créance revendiquée résulte des contrats signés les 5 et 17 octobre 2007 et est en conséquence née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective.

Il en résulte que le délai dont disposaient Monsieur [W] [N] et la société CINETIC & CO pour déclarer leur créance auprès du liquidateur expirait le 4 août 2009.

Il sera relevé que l'avis paru au BODDAC mentionnait clairement l'identité et l'adresse du liquidateur judiciaire désigné soit la SCP BTSG avec mission conduite par Maître [K] [E] 3-[Adresse 8].

Les intimés soutiennent avoir déclaré leur créance à trois reprises soit les 26 mai, 15 juin et 10 Août 2009.

Il appert:

- que la déclaration de créance datée du 26 mai 2009 a été adressée à Maître [T] au [Adresse 2] soit à un destinataire et à une adresse ne correspondant pas au liquidateur désigné

-qu'il n'est pas justifié de l'envoi et de la réception de la déclaration de créance datée du 15 juin 2009 adressée au [Adresse 8] sans référence au liquidateur judiciaire désigné

-qu'un troisième document intitulé « déclaration de créance complémentaire » et dont il est justifié de l'envoi et de la réception par la production des bordereaux correspondants, a été adressé à Maître [E] au [Adresse 8] en date du 10 Août 2009 soit après l'expiration du délai de deux mois.

Il en résulte que les intimés ne rapportent pas la preuve d'avoir régulièrement déclaré leur créance au passif de la liquidation judiciaire de la société FINANCIERE FIMEGA étant par ailleurs précisé qu'ils ne sauraient se prévaloir, pour affirmer la validité de leur déclaration de créance, de l'autorité de la chose jugée attachée à l'ordonnance de référé du 10 novembre 2009 ayant donné lieu à un arrêt d'irrecevabilité d'appel cassé par décision de la cour de cassation et suivi d'un arrêt de renvoi l'ayant infirmée; que c'est à tort que le tribunal de commerce de Marseille a déclaré valable leur déclaration de créance.

Par application des dispositions de l'article L622-26 du code de commerce, la créance dont il n'est pas justifié qu'elle a été déclarée régulièrement est inopposable à la procédure de liquidation judiciaire de la société FINANCIERE FIMEGA.

L'article 2314 du code civil permet à la caution d'être déchargée de son engagement lorsque le créancier a, par sa faute, perdu un droit préférentiel dans lequel elle aurait pu espérer être subrogée.

Il appert en l'espèce que l'inopposabilité de la créance entraîne la perte d'un droit préférentiel qui résulte de la faute exclusive du créancier qui n'a pas préservé ses intérêts; que le créancier, sur lequel pèse la charge de la preuve, ne démontre pas l'absence d'incidence sur les perspectives de recouvrement alors même que les chances de succès du recours subrogatoire de la caution à l'encontre du débiteur s'en trouvent considérablement amoindries.

La décharge de la caution étant acquise, Monsieur [W] [N] et Maître [O] agissant en qualité de liquidateur judiciaire de la société CINETIC & CO seront déboutés de toutes leurs demandes.

Le jugement du tribunal de Marseille rendu la 30 mars 2011 sera infirmé en toutes ses dispositions y compris en ce qu'il a condamné la SA LYONNAISE DE BANQUE au paiement de dommages et intérêts pour procédure abusive et au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Sur la demande de restitution de la SCP BTSG², prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA

La SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA rappelle qu'elle est titulaire d'un actif constitué de valeurs mobilières détenues et nanties au profit de la LYONNAISE DE BANQUE en contre garantie de la caution que celle-ci avait accordée. Elle en sollicite la restitution en principal outre les intérêts produits depuis sa constitution.

Il se déduit des dispositions combinées des articles 564, 565 et 566 du code de procédure civile que les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions, c'est à dire des demandes ne tendant pas aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait. Elles peuvent également ajouter aux prétentions soumises au premier juge les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire.

Si la demande en restitution du montant du prix de réalisation des titres nantis au profit de la LYONNAISE DE BANQUE en contre garantie de son engagement de caution bancaire peut s'analyser comme étant la conséquence de la décharge d'engagement de caution sollicitée, elle ne peut être admise dès lors qu'elle est dirigée à l'encontre d'une partie différente.

Cette demande doit être déclarée irrecevable.

Sur la demande reconventionnelle de dommages et intérêts pour procédure abusive formée par la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA

La SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA sollicite la condamnation de Monsieur [W] [N] à lui verser la somme de 75 000€ de dommages et intérêts pour procédure abusive au motif que ce dernier qui n'a jamais exécuté les condamnations prononcées à son encontre et a organisé son insolvabilité n'a pas hésité en mettant en oeuvre la caution à tenter de récupérer des sommes indues.

La SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA ne rapporte pas la preuve de l'abus de droit qu'il allègue qui ne peut se caractériser que la preuve d'une intention malicieuse.

Elle sera déboutée de sa demande.

Sur les dépens et les frais irrépétibles

Monsieur [W] [N] et Maître [O] es qualité de liquidateur de la société CINETIC & CO qui succombent seront condamnés aux dépens.

Monsieur [W] [N] se trouve ainsi infondé en ses prétentions au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Au vu des circonstances de l'espèce, il serait inéquitable de laisser supporter à la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA et à la SA LYONNAISE DE BANQUE l'intégralité des frais qu'elles ont exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens.

Monsieur [W] [N] et Maître [O] es qualité de liquidateur de la société CINETIC & CO seront condamnés à verser chacun à la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA la somme de 10 000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Monsieur [W] [N] et Maître [O] es qualité de liquidateur de la société CINETIC & CO seront condamnés à verser chacun à la SA LYONNAISE DE BANQUE la somme de 10 000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

La Cour statuant publiquement, par arrêt réputé contradictoire et mis à disposition au greffe

PRENDS ACTE de ce que [D] [N] et la société GENESIS INVEST renoncent au bénéfice du jugement rendu le 30 mars 2011 par le tribunal de commerce de Marseille en suite du protocole transactionnel en date du 18 mai 2018.

DECLARE les demandes formées par Monsieur [W] [N] recevables

REJETTE l'exception de nullité soulevée par la SA LYONNAISE DE BANQUE

INFIRME en toutes ses dispositions le jugement rendu par le tribunal de commerce de Marseille en date du 30 mars 2011

Et statuant à nouveau,

DEBOUTE Monsieur [W] [N] et Maître [O] es qualité de liquidateur de la société CINETIC & CO de l'ensemble de leurs demandes

DECLARE irrecevable la demande de restitution formée par la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA à l'encontre de la SA LYONNAISE DE BANQUE

DEBOUTE la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA de sa demande de condamnation de Monsieur [W] [N] pour procédure abusive

CONDAMNE Monsieur [W] [N] et Maître [O] es qualité de liquidateur de la société CINETIC & CO à verser chacun à la SCP BTSG² prise en la personne de Maître [K] [E], ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS FINANCIERE FIMEGA la somme de 10 000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

CONDAMNE Monsieur [W] [N] et Maître [O] es qualité de liquidateur de la société CINETIC & CO à verser chacun à la SA LYONNAISE DE BANQUE la somme de 10 000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

CONDAMNE Monsieur [W] [N] et Maître [O] es qualité de liquidateur de la société CINETIC & CO aux dépens.

LA GREFFIERELA PRESIDENTE