

22 février 2023
Cour d'appel de Paris
RG n° 20/14517

Pôle 5 - Chambre 8

Texte de la décision

Entête

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

délivrées aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 8

ARRÊT DU 22 FÉVRIER 2023

(n° / 2023, 8 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 20/14517 - N° Portalis 35L7-V-B7E-CCO45

Décision déferée à la Cour : Jugement du 09 Juillet 2020 -Tribunal de Commerce de Bobigny - RG n° 2018L03568

APPELANT

Monsieur [Z] [E]

De nationalité française

Demeurant [Adresse 2]

[Localité 4]

Représenté et assisté de Me Aurélie CAGNARD, avocate au barreau de PARIS, toque : D2102,

(bénéficie d'une aide juridictionnelle partielle numéro 2020/026145 du 02/10/2020 accordée par le bureau d'aide juridictionnelle de PARIS)

INTIMÉ

Maître [D] [T], ès qualités,

Dont l'étude est située [Adresse 1]

[Localité 3]

Représenté par Me Béatrice Hiest NOBLET de la SCP Hiest et ASSOCIES, avocate au barreau de PARIS, toque : P0311,

Assisté de Me Anna TALANOVA, avocate au barreau de PARIS, toque : P0311,

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 22 Mars 2022, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant la cour composée en double-rapporteur de :

Madame Marie-Christine HÉBERT-PAGEOT, Présidente de chambre, chargée du rapport.

Madame Florence DUBOIS-STEVANT, conseillère.

Ces magistrat ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Madame Marie-Christine HÉBERT-PAGEOT, Présidente de chambre,

Madame Anne-Sophie TEXIER, conseillère,

Madame Florence DUBOIS-STEVANT, conseillère.

Greffier, lors des débats : Madame Liselotte FENOUIL

MINISTÈRE PUBLIC : L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par Monsieur François Vaissette, avocat général, qui a fait connaître son avis écrit le 1er octobre 2021.

ARRÊT :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Marie-Christine HÉBERT-PAGEOT, Présidente de chambre et par Liselotte FENOUIL, greffière, présente lors de la mise à disposition.

Exposé du litige

FAITS ET PROCÉDURE:

La SNC Jak, dont l'activité consistait dans l'exploitation d'un fonds de commerce de tabac, presse, loto, jeux à [Localité 4], a été créée en 2008, entre M. [Z] [E], son épouse, Mme [O] [R], M. [H] [R], M.[W] [I], lesquels détenaient respectivement 255, 145, 100 et 100 parts sociales, le gérant étant M. [Z] [E].

En 2009, un litige s'est élevé entre les deux associés minoritaires de la société et le gérant au sujet de la rémunération de ce dernier et de la non distribution de dividendes. MM.[R] et [I] ont mis en cause la gestion du dirigeant ainsi que l'exactitude des comptes et ont engagé une procédure devant le tribunal de commerce de Bobigny, lequel par jugement du 20 octobre 2013, a renvoyé M. [E] à convoquer une assemblée générale afin de statuer sur sa rémunération, celle-ci devant être fixée par un vote pris à l'unanimité des associés, au titre des exercices 2009 à 2011 inclus, dit l'abus de majorité non constitué et dit n'y avoir lieu à nomination d'un expert en comptabilité.

Aucun accord n'ayant pu être trouvé, le président du tribunal de commerce de Bobigny a, par ordonnance du 7 mai 2015, désigné Maître [J] en qualité d'administrateur provisoire de la société Jak.

Sur déclaration de cessation des paiements régularisée par Maître [J], ès qualités, et par jugement du 6 août 2015, le tribunal de commerce de Bobigny a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société Jak, et fixé la date de cessation des paiements au 1er juillet 2015.

Le 30 décembre 2015, cette même juridiction a arrêté le plan de cession de la société Jak, converti la procédure en liquidation judiciaire et nommé Maître [T] en qualité de liquidateur judiciaire.

Le 2 août 2018, Maître [T], ès qualités, a fait assigner M. [Z] [E] devant le tribunal de commerce de Bobigny afin qu'il soit condamné à une mesure de faillite personnelle et à lui verser la totalité de l'insuffisance d'actif chiffrée à 152.886 euros, aux motifs que la comptabilité tenue était irrégulière et incomplète et qu'en percevant des rémunérations non autorisées par ses associés, le gérant avait frauduleusement augmenté le passif.

Par jugement en date du 9 juillet 2020, assorti de l'exécution provisoire, le tribunal de commerce de Bobigny a condamné M. [E] à payer au liquidateur ès qualités 33.000 euros au titre de l'insuffisance d'actif, prononcé à son encontre une interdiction de gérer d'une durée de 3 ans et condamné en outre M. [E] à payer la somme de

1.500 euros à Maître [T], ès qualités, au titre de l'article 700 du code de procédure civile .

Pour statuer ainsi, le tribunal a, s'agissant de la responsabilité pour insuffisance d'actif retenu que la production de la

comptabilité n'était pas complète, faute de production de la comptabilité auxiliaire, et le caractère fautif des irrégularités concernant les rémunérations non soumises à l'approbation des associés, que ces fautes de gestion avaient contribué à l'insuffisance d'actif, que toutefois, la rémunération en cause, justifiée en son principe, n'était pas excessive au regard du chiffre d'affaires de la société et de la forte implication du gérant et de son épouse et qu'elle a ensuite été limitée à un montant de 3.300 euros par mois avec l'accord des associés, qu'un actif de 117.336 euros avait été réalisé et qu'il était donc justifié de n'imputer à M. [E] qu'une aggravation de passif limitée à 33.000 euros.

Par déclaration du 12 octobre 2020, M. [E] a relevé appel de cette décision en ce qu'elle l'a condamné à une interdiction de gérer pendant 3 ans, à payer à Maître [T], ès qualités, la somme de 33.000 euros au titre de l'insuffisance d'actif ainsi que celle de 1.500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Dans ses dernières conclusions notifiées le 7 février 2022 par RPVA,

M. [E] demande à la cour de le recevoir en ses demandes, fins et conclusions et le déclarer bien fondé, débouter la société Jak, représentée par son liquidateur judiciaire, de toutes ses demandes, fins et conclusions, infirmer la décision déferée en ce qu'elle a prononcé à son encontre une interdiction de gérer pour une durée de 3 ans, en ce qu'elle l'a condamné à payer à Maître [T] ès qualités la somme de 33.000 euros au titre de l'insuffisance d'actif ainsi que la somme de 1.500 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens, statuant à nouveau, 'à titre principal', le mettre hors de cause, condamner la société JAK, représentée par

Me [T] ès qualités de liquidateur judiciaire à lui verser la somme de 3.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens.

Dans ses dernières conclusions notifiées par RPVA le 15 mars 2021, Maître [T], agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société Jak, demande à la cour de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a prononcé une sanction personnelle à l'encontre de M. [E] et en ce qu'il a retenu sa responsabilité pour insuffisance d'actif sur le fondement de l'article L651-2 du code de commerce, l'infirmer quant au quantum de la condamnation prononcée au titre de sa responsabilité pour insuffisance d'actif, statuant à nouveau de ce chef, le condamner à une somme supérieure à la somme de 33.000 euros, dans la limite de l'insuffisance d'actif social d'un montant de 152.886,83 euros, confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné M. [E] à lui payer 1.500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et le condamner à lui payer la même somme au titre des frais irrépétibles d'appel ainsi qu'aux dépens.

Dans son avis du 1^{er} octobre 2021, le ministère public demande à la cour de confirmer le jugement déferé en ce qu'il a condamné M. [E] à une interdiction de gérer de 3 ans et de condamner M. [E] à payer la somme de 40.000 euros au liquidateur judiciaire au titre de l'insuffisance d'actif.

Motivation

Aux termes de son assignation du 2 août 2018, le liquidateur judiciaire demandait au tribunal de prononcer la faillite personnelle de M. [E] au visa de l'article L653-1 6° du code de commerce, en l'espèce de n'avoir pas présenté la comptabilité auxiliaire et d'avoir tenu une comptabilité irrégulière pour les exercices 2014 et 2015, et de l'article L653-4 5° du même code en l'espèce d'avoir frauduleusement augmenté le passif et sur le fondement des mêmes fautes, sollicitait en application de l'article L651-2 du code de commerce, sa condamnation au paiement de la totalité de l'insuffisance d'actif.

- Sur la responsabilité pour insuffisance d'actif

Selon l'article L 651-2 du code de commerce, 'Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée'.

Il incombe au liquidateur judiciaire, demandeur à l'action, de démontrer l'existence d'une insuffisance d'actif, d'une faute de gestion excédant la simple négligence et d'un lien entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif.

- sur le montant de l'insuffisance d'actif

Selon Maître [T], le passif déclaré et vérifié s'élève à la somme de 270.478,49 euros, et l'actif réalisé à 117.591,66 euros, soit une insuffisance d'actif de 152.886,83 euros.

Toutefois, il résulte de la liste des créances que ce montant inclut les créances de 101.164,84 euros et 2.962,31 euros déclarées par la société Européenne de cautionnement, fondées sur un jugement de condamnation du 6 juin 2015, dont il est précisé qu'elles ont été annulées par courrier du 14 février 2017 et que certaines créances ont été rejetées ou admises pour un montant moindre. Aucune explication n'est fournie, notamment sur ces annulations, lesquelles sont de nature à minorer le passif réel qui après retraitement ne serait que de 151.190,78 euros pour un actif réalisé de 117.591,66 euros, ce dernier résultant pour l'essentiel du plan de cession, de sorte que le montant de l'insuffisance d'actif n'apparaît certain au vu des pièces communiquées par le liquidateur judiciaire qu'à hauteur de 33.599,12 euros.

- sur les fautes de gestion

Le liquidateur judiciaire reprend à hauteur d'appel les fautes reprochées à M.[E] dans son assignation, c'est à dire de s'être versé une rémunération en violation des règles statutaires et d'avoir tenu une comptabilité incomplète et irrégulière.

Le ministère public partage l'analyse du liquidateur judiciaire, tandis que M.[E] conteste toute faute de gestion.

- sur la faute de gestion prise d'une rémunération non autorisée

Selon le liquidateur, M. [E] s'est autorisé au titre des exercices 2009 à 2014 une rémunération d'un montant total de 121.044 euros en violation des règles statutaires, qui exigeaient une décision prise à l'unanimité, et qu'il a, de ce fait, abusé des biens de la société Jak en disposant de l'actif social.

M.[E] réplique que sa rémunération, qui correspondait à un travail 7 jours sur 7 pour des horaires allant de 6 heures à 22 heures, était extrêmement raisonnable et en juste proportion avec le chiffre d'affaires réalisé, qu'elle se situait dans la fourchette admise par ses associés et ne saurait constituer un abus de biens social, tout au plus un litige social à régler devant le conseil des prud'hommes.

Il n'est pas contesté que M. [E] a perçu :

-en 2008, 23.400 euros pour un chiffre d'affaires de 119.322 euros, le résultat d'exploitation de cet exercice étant de 4.615 euros pour un résultat fiscal bénéficiaire de 763 euros,

- en 2009, 68.775 euros pour un chiffre d'affaires de 258.492 euros, le résultat d'exploitation de cet exercice étant de 39.134 euros pour un résultat fiscal bénéficiaire de 29.476 euros,

- en 2010, 33.696 euros pour un chiffre d'affaires de 363.929 euros, le résultat d'exploitation de cet exercice étant de 23.658 euros pour un résultat fiscal bénéficiaire de 16.966 euros,

-en 2011, 30.100 euros pour un chiffre d'affaires de 264.537 euros, le résultat d'exploitation de cet exercice étant de 21.813 euros pour un résultat fiscal bénéficiaire de 11.053 euros,

-en 2012, 30.000 euros pour un chiffre d'affaires de 235.999 euros, le résultat d'exploitation de cet exercice étant de -7.628 euros pour un résultat fiscal déficitaire de 23.256 euros,

- en 2013, 30.250 euros pour un chiffre d'affaire de 238.956 euros, le résultat d'exploitation de cet exercice étant de 13.286 euros pour un résultat fiscal bénéficiaire de 7.179 euros,

- en 2014, 29.600 euros pour un chiffre d'affaire de 217.301 euros, le résultat d'exploitation de cet exercice étant de 31.327 euros pour un résultat fiscal déficitaire de 113.175 euros.

Il n'a perçu aucune rémunération en 2015.

La rémunération du gérant devait aux termes des statuts être votée à l'unanimité des associés et deux associés se sont opposés à la rémunération perçue par M. [E], ou tout au moins à son montant, étant relevé qu'il n'a aucunement été contesté l'effectivité du travail accompli par ce dernier pour exploiter le fonds de commerce de bar-tabac, ni l'amplitude

des horaires de travail.

Sous l'égide de Maître [J], désigné en qualité d'administrateur provisoire compte tenu du conflit existant, les associés se sont réunis le 22 septembre 2015 et ont proposé de fixer la rémunération du gérant à 40.000 euros par an au titre de chacun des exercices 2009, 2010 et 2011, proposition que M. [E] a refusée au motif que ce montant incluait les charges RSI.

Il se déduit de ces éléments, que si le montant de la rémunération due à M. [E] n'a pas (en dehors de l'exercice 2008 qui avait donné lieu à autorisation pour la rémunération prélevée), été formellement validé par les associés, ces derniers ont, de fait, admis un droit à rémunération correspondant à un travail dont l'ampleur n'est pas discutée. Cette rémunération ne s'est accompagnée d'aucune dissimulation puisqu'elle était précisément individualisée dans les comptes que M. [E] a voulu faire approuver lors des assemblées générales annuelles.

A l'exception de la rémunération plus importante perçue au titre de l'exercice 2009, la rémunération prélevée par le gérant était en rapport avec ce qui a été rétroactivement proposé en 2015. Si en 2009, M. [E] s'est consenti une rémunération plus importante sans y avoir été autorisé (68.775 euros) ce montant isolé est à rapprocher du chiffre d'affaires de cet exercice qui avait doublé par rapport à l'exercice précédent, de sorte que M.[E] a pu croire ce montant justifié. Dans ce contexte, il n'est pas établi que l'irrégularité commise constitue une faute au sens de l'article L 651-2 du code de commerce. En outre, cette irrégularité a été commise durant l'exercice clos au 31 décembre 2009, soit plus de cinq ans avant l'ouverture de la procédure collective (6 août 2015) et la date de cessation des paiements (1er juillet 2015), de sorte que le liquidateur manque à établir le lien de causalité avec l'insuffisance d'actif constatée.

- sur la faute de gestion tirée du caractère incomplet et irrégulier de la comptabilité

Le liquidateur expose que la comptabilité est incomplète, que les bilans des exercices 2010, 2011 et 2012 sont manquants et que le grand livre et la balance au titre de la période comprise entre la date de création de la société et la date d'ouverture de la procédure collective ne lui ont pas été présentés, ce dont il déduit que la comptabilité est incomplète. Il affirme qu'elle est en outre irrégulière au titre de l'exercice clos le

31 décembre 2014.

M.[E] affirme qu'il n'existe aucune irrégularité, que la comptabilité avait été confiée à la société d'expertise Ficogest IDF qui a toujours validé les exercices comptables, à l'exception des réserves concernant le bilan de l'année 2014 qui pouvaient être levées sans aucune difficulté, et qu'il l'a remise à l'administrateur judiciaire.

Il résulte des pièces versées aux débats que chaque année les comptes ont été présentés aux associés, soit par le gérant, soit par Maître [J], ès qualités, pour la dernière année, étant précisé que les associés minoritaires ont refusé de les approuver parce qu'ils contestaient le montant de la rémunération du gérant ainsi que l'affectation des résultats, conduisant à l'absence de distribution des dividendes.

Si la comptabilité ne se limite pas à la production des comptes annuels, mais implique un enregistrement au jour le jour des opérations, la tenue d'un livre journal et d'un grand livre, ce dont M. [E] ne justifie pas, et qu'il peut de ce chef lui être reproché la tenue d'une comptabilité incomplète, le liquidateur n'établit pas l'existence d'un lien de causalité avec l'insuffisance d'actif constatée.

S'agissant ensuite du caractère irrégulier de la comptabilité, Maître [T], se fonde sur une note de la société d'expertise comptable Ficogest IDF qui a formulé des réserves, à propos des charges, sur la tenue de la comptabilité effectuée par

M. [E] au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2014.

Il ressort de la lettre de l'expert-comptable, datée du 30 juin 2015, adressée à

M. [E], l'existence de réserves concernant, en premier lieu les charges, relativement aux notes d'honoraires qui sont au nom de M. [E] alors que ces notes d'honoraires doivent concerner la SNC et non sa situation personnelle, au doublement des dépenses EDF/Telecom/Assurance qui nécessite une analyse approfondie des règlements pour valider ces postes, aux factures de travaux et de rénovation qui doivent concerner le local de la SNC Jak, en second lieu, sur les recettes et le stock, l'établissement d'un arrêté de caisse journalier et mensuel, ainsi que l'établissement d'un inventaire physique devant être validés avec le récapitulatif informatique, en troisième lieu, la nécessité de pouvoir justifier de tout accord concernant le compte courant d'associé.

Dans sa nouvelle note sur la situation au 31 juillet 2015, l'expert-comptable relève qu'il a obtenu des éclaircissements sur les postes EDF, Télécom, que le dirigeant devait veiller à plus de rigueur dans la gestion des espèces encaissées et déposées en banque, car il était difficile de 'réconcilier' les recettes au 31 juillet 2015 avec les dépôts, espèces, chèques et CB. Toutefois, l'écart constaté par l'expert-comptable entre les recettes espèces déclarées et les dépôts espèces effectués en banque a été imputé sur le compte courant de M. [E], et ce compte courant est repassé créditeur au 31 juillet 2015 suite aux achats réglés à hauteur de 31.000 euros via le compte personnel du gérant.

S'il résulte de ces éléments un manque de rigueur dans la tenue de la comptabilité, le liquidateur n'établit pas l'existence d'un lien avec l'insuffisance d'actif.

En l'absence de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, le jugement sera infirmé en ce qu'il a condamné M. [E] à payer au liquidateur, ès qualités, une somme de 33.000 euros. Statuant à nouveau, la cour débouterà le liquidateur de sa demande au titre de l'insuffisance d'actif.

- Sur la sanction personnelle

Deux griefs sont visés par le liquidateur:

- avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables (article L 653-5, 6° du code de commerce)

- avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale (article L 653-4,5° du code de commerce).

S'agissant du grief pris de l'abus des biens de la SNC Jak, s'il a été établi que

M. [E] a pour partie perçu une rémunération, qui n'avait pas été autorisée par une décision unanime des associés, la cour retiendra que les sommes encaissées de ce chef n'ont pas été dissimulées, qu'elles correspondent à un travail effectif, et que ces irrégularités relèvent davantage d'un conflit entre associés que d'une incapacité à diriger une société.

Ainsi qu'il a été dit, la comptabilité de la SNC Jak n'a pas été tenue de façon complète au regard de l'article L123-12 du code de commerce et de l'article R123-173 alinéa 1 du même code, celle-ci ne se limitant pas à la production des comptes annuels, mais imposant, un enregistrement chronologique au jour le jour et la tenue d'un livre journal et d'un grand livre. La comptabilité n'a par ailleurs pas été tenue avec toute la rigueur nécessaire, ce qui a conduit l'expert-comptable à émettre des réserves et à affecter les écarts constatés entre les espèces enregistrées et celles déposées en banque sur le compte courant du gérant, de sorte que le grief est caractérisé.

Toutefois, ce grief doit être rapporté à la gestion d'une société exploitant un bar-tabac et ne revêt pas dans les circonstances qui ont été décrites une gravité justifiant le prononcé d'une sanction personnelle.

La cour infirmant le jugement dira n'y avoir lieu à sanction personnelle.

- Sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile

Les dépens seront employés en frais privilégiés de procédure collective.

Aucune considération d'équité ne justifie de faire application de l'article 700 du code de procédure civile.

Dispositif

PAR CES MOTIFS

Infirme le jugement déféré,

Statuant à nouveau et y ajoutant,

Déboute Maître [T], ès qualités, de sa demande de condamnation au titre de l'insuffisance d'actif,

Déboute Maître [T], ès qualités, de sa demande de sanction personnelle,

Dit n'y avoir lieu à condamnation sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Ordonne l'emploi des dépens de première instance et d'appel en frais privilégiés de procédure collective.

La greffière,

Liselotte FENOUIL

La Présidente,

Marie-Christine HÉBERT-PAGEOT