

**N° RG 18/01395**

Décision du Tribunal de Commerce de BOURGES

Au fond

du 06 mai 2014

RG : 2013 00095

PIERRAT

SAS B.

C/

HOUEL

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS  
**COUR D'APPEL DE LYON**  
**3ème chambre A**  
**ARRÊT DU 22 Novembre 2018**  
**statuant sur renvoi après cassation**

**APPELANTS :**

**M. A., mandataire judiciaire, ès qualités de commissaire à l'exécution du plan de continuation de la SAS B.**

Représenté par Me C. de la SELARL C., avocat au barreau de LYON et ayant pour avocat plaidant, Me D., avocat au barreau de LYON

**SAS B. représentée par ses dirigeants légaux domiciliés en cette qualité audit siège social**

Allée de la Manufacture

18500 MEHUN SUR YEVRE

Représentée par Me C. de la SELARL C., avocat au barreau de LYON et ayant pour avocat plaidant, Me D., avocat au barreau de LYON

## **INTIME :**

**M. E.**

Représenté par Me F de la SCP F, avocat au barreau de LYON et ayant pour avocat plaident, Me G, avocat au barreau de PARIS

\* \* \* \* \*

\* \* \* \*

## **EXPOSÉ DU LITIGE**

Par jugement du tribunal de commerce de Bourges du 2 novembre 2011, la S.A.S. B., dont M. E. était le président, a été placée en redressement judiciaire, la SCP H. et A. étant désignés respectivement mandataire et administrateur judiciaires.

Par requête du 11 janvier 2012, A., ès qualités, a demandé au juge-commissaire de fixer la rémunération de E pour l'exercice de son mandat social pendant la période du 2 novembre 2011 au 11 avril 2012.

Le 11 avril 2012, le tribunal de commerce de Bourges a adopté le plan de continuation de la S.A.S. B. et A. a été désigné commissaire à l'exécution du plan.

M. E a alors démissionné de ses fonctions de président de la S.A.S. B..

Par ordonnance du juge-commissaire du 30 mai 2012, la rémunération mensuelle de E au titre de son mandat social a été fixée à la somme de 1.830€ en application des articles L'631-11 et R 631-15 du code de commerce, avec effet rétroactif à compter du jugement d'ouverture, soit le 2 novembre 2011.

Le 6 novembre 2012, la S.A.S. société M. B, ensuite dénommée B, a été créée à la suite de la fusion absorption de la S.A.S. Management par la S.A.S. B..

Le 21 mars 2013, Ea assigné la S.A.S. B en paiement de la somme de 10.065 € au titre de sa rémunération mensuelle du mandat social durant la période examinée par le juge-commissaire.

Par jugement du 6 mai 2014, le tribunal de commerce de Bourges a :

- dit et jugé recevable et bien fondée la demande de M. E,
- condamné la S.A.S. B à payer à E la somme de 10.065€ au titre de la rémunération mensuelle de son mandat social courant du 2 novembre 2011, date de l'ouverture du redressement judiciaire, au 11 avril 2012, date de la cessation de ses fonctions,
- débouté la S.A.S. B de toutes ses prétentions, en ce compris ses demandes reconventionnelles en dommages et intérêts, toutes causes de préjudices confondues,
- condamné la S.A.S. B à payer à E la somme de 2.000€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Sur l'appel de la société B, la cour d'appel de Bourges, par arrêt du 2 avril 2015 rectifié les 7 mai et 23 juillet 2015, a :

- annulé le jugement du tribunal de commerce de Bourges,
- constaté la régularité de la procédure devant la cour tenant à la mise en cause de A. en sa qualité de

commissaire à l'exécution du plan de la S.A.S. B,

- débouté Ede toutes ses demandes dirigées contre la S.A.S. B.,
- condamné E à payer à la S.A.S. B. de la somme de 345.000 € de dommages et intérêts avec intérêts et à supporter les dépens comme les frais irrépétibles.

Par arrêt du 7 mai 2015 a été ordonnée la rectification de l'arrêt du 2 avril 2015 en ce que la somme de 345.000€ est remplacée par 365.000€.

Sur le pourvoi de M. E, la Cour de cassation a dans son arrêt du 20 décembre 2017 cassé et annulé les arrêts de la cour d'appel de Bourges des 2 avril et 7 mai 2015, mais seulement en ce qu'ils condamnent E à payer la somme de 365.000€ à la société B et statué sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile, et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Lyon.

La Cour de cassation a motivé que la cour d'appel, qui a déclaré recevable l'action en responsabilité dirigée contre E en retenant comme point de départ de la prescription la date d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, n'a pas donné de base légale à sa décision sans rechercher à quelles dates les faits dommageables imputables à E avaient été commis ou s'ils avaient été dissimulés, et à quelles dates ils avaient été révélés.

Par déclaration reçue le 26 février 2018, A. et la S.A.S. B ont saisi cette cour de renvoi.

Dans le dernier état de ses conclusions déposées le 17 septembre 2018, fondées sur les articles L 225-251, L'251-254 [*Lire L'225-254*] du code de commerce, 559 du code de procédure civile, E demande à la cour de :

*in limine litis,*

- confirmer dans les limites de la cassation intervenue, le jugement entrepris,
- déclarer irrecevable en ce qu'elle est prescrite l'action en responsabilité civile engagée à son encontre par la société B et par A.,
- en conséquence, débouter la société B de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions,
- condamner, à titre reconventionnel, la société B à lui payer la somme de 25.000 € de dommages et intérêts, au titre de sa résistance abusive et injustifiée et pour appel abusif et dilatoire, par application de l'article 559 du code de procédure civile,

*à titre subsidiaire,*

- déclarer l'action de la société B mal fondée, en l'absence de fautes de gestion,
- condamner, à titre reconventionnel, la société B à lui payer la somme de 25.000 € de dommages et intérêts, au titre de sa résistance abusive et injustifiée et pour appel abusif et dilatoire, par application de l'article 559 du code de procédure civile,

*à titre infiniment subsidiaire,* dans l'hypothèse où la cour juge que la société B est recevable et bien fondée,

- fixer le quantum des indemnités proportionnellement au nombre et à la gravité des fautes commises, à sa situation patrimoniale, et aux autres facteurs qui ont conduit au redressement judiciaire de la société B,

*en tout état de cause,*

- condamner la société B et A. à lui payer la somme de 10.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens.

Dans le dernier état de leurs conclusions déposées le 5 octobre 2018, fondées sur articles L 225-251, L 225-254 et L 227-8 du code de commerce, 2224 et 2234 du code civil, **A. et la société B** demandent à la cour de :

- déclarer la société B recevable et bien fondée en son appel du jugement rendu le 6 mai 2014 par le tribunal de commerce de Bourges,

- infirmer, dans les limites de la cassation intervenue, le jugement entrepris et statuant à nouveau,

- condamner E à lui payer :

· la somme de 2.291.822 € à titre de dommages et intérêts en réparation des préjudices résultant des redressements fiscaux et de l'investissement dans la S.A. A. K,

· la somme de 340.740'€ à titre de dommages et intérêts en réparation des préjudices résultant de l'investissement dans la société Lsanté,

· la somme de 35.778,92'€ à titre de dommages et intérêts en réparation de la condamnation prononcée à l'encontre de la société B au profit de la société I,

- débouter E de toutes ses demandes, fins et conclusions contraires aux présentes,

- condamner Eau paiement d'une somme de 15.000'€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers frais et dépens de première instance et d'appel avec droit de recouvrement direct.

## MOTIFS

### Sur les limites de la saisine de cette cour de renvoi

L'arrêt de cassation du 20 décembre 2017 a cassé et annulé les arrêts de la cour d'appel de Bourges des 2 avril et 7 mai 2015, mais seulement en ce qu'ils condamnent E à payer la somme de 365.000'€ à la société B et statuent sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile.

L'arrêt du 2 avril 2017 rendu par la cour d'appel de Bourges prononçant la nullité du jugement du tribunal de commerce de Bourges du 6 mai 2014 est ainsi devenu irrévocable et les parties ne peuvent saisir cette cour de renvoi de prétentions tendant à sa confirmation ou son infirmation ou même sur la recevabilité de l'appel qui n'a jamais été contestée.

Cette cour n'est pas plus saisie du débouté prononcé par cet arrêt de la demande de E en paiement de la somme de 10.065'€.

### Sur les violations statutaires et fautes de gestion invoquées

L'article L 225-251 du code de commerce, applicable à E président de cette S.A.S. en application de l'article L 227-8, prévoit que « *les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ».

Il appartient à la société B de caractériser ces infractions ou violations des statuts, comme la commission par son ancien président d'une faute de gestion distincte de l'exercice normalement

diligent et consciencieux de ses prérogatives et contraire à l'intérêt social. Ce dirigeant est tenu en effet de se comporter de façon loyale et fidèle dans l'intérêt social.

De tels actes de gestion doivent être appréciés dans leur caractère fautif au jour où ils ont été engagés, au gré des éléments qui étaient alors soumis à ce dirigeant.

E soutient d'abord la prescription des demandes formées par la société B au visa de l'article L 225-254 du code de commerce enfermant dans un délai de 3 ans l'action en responsabilité qu'il subit. Il fait valoir que ce délai était expiré pour chacun des faits dommageables invoqués au jour où ces demandes reconventionnelles ont été présentées, le 3 juin 2013.

Il relève à juste titre qu'il appartient à la société B de démontrer la dissimulation du fait dommageable et de caractériser à ce titre un comportement intentionnel, distinct d'un défaut d'information de l'organe social appelé à en connaître pour faire reporter le point de départ du délai de prescription.

Contrairement à ce qu'allègue la société B, la cassation partielle prononcée et les motifs pris par la Cour de cassation portant explicitement sur la question du point de départ de la prescription ne peuvent conduire à retenir comme définitivement tranchée l'appréciation faite par la cour d'appel de Bourges du ou des points de départ de cette prescription.

La société B réplique que cette prescription n'est en tout état de cause pas acquise en invoquant l'article 2234 du code civil et en soutenant qu'elle n'a découvert les faits dommageables que dans le délai de trois ans édicté par l'article L 225-254.

Contrairement à ce que soutient cette société, la date du fait dommageable ne peut être confondue avec celle à laquelle le dommage a été connu ou celle à laquelle la créance est devenue certaine. Elle correspond à la date à laquelle le fait à l'origine du dommage a été commis.

Comme elle le relève à bon droit, la société B, avec laquelle ses propres actionnaires ne peuvent être confondus, se trouvait dans l'incapacité légale d'agir en responsabilité contre son dirigeant, avant que E ne démissionne le 11 avril 2012. Ce dernier ne conteste pas avoir été soutenu par la majorité des actionnaires, même s'il réfute une qualité de dirigeant de fait de la société Management qui détenait 51,98% des actions de la société B, et qu'il était ainsi protégé de l'adoption d'une délibération permettant à la société d'agir contre lui.

Les dispositions de l'article 2234 du code civil ne s'appliquent cependant pas lorsque le titulaire de l'action disposait encore du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai de prescription, au moment où l'empêchement quelconque, résultant soit de la loi, de la convention ou de la force majeure, a pris fin.

Il convient d'examiner successivement les différents faits dommageables invoqués par la société B au soutien de ses réclamations indemnitaires.

#### Sur le redressement fiscal concernant les provisions sur stocks

La société B réclame une somme de 267.121€ en indemnisation du préjudice qu'elle affirme consécutif à l'inscription en comptabilité de provisions injustifiées ayant motivé un redressement fiscal.

E soutient que le fait dommageable doit être daté au moment de l'avis de la commission départementale des impôts directs du 9 juillet 2009, notifié le 8 décembre 2009 et qu'il n'était pas ignoré par la société B qui a prévu une provision à ce titre lors de l'approbation des comptes de l'exercice 2011 faite le 25 juin 2012.

La société B réplique en vain que ce redressement fiscal n'a été porté à sa connaissance que le 11 octobre 2012 date de réception de l'arrêt de la cour administrative d'appel.

Le fait dommageable a été révélé lors de la concrétisation de poursuites de l'administration fiscale notifiées à la société B le 8 décembre 2009, correspondant au même événement dont elle reconnaît la pertinence concernant l'autre redressement fiscal ci-dessous examiné.

Aucune dissimulation intentionnelle n'a été caractérisée par la société B et, le délai triennal n'étant pas expiré le 11 avril 2012, elle disposait d'un délai pour agir se terminant le 8 décembre 2012.

Sa demande reconventionnelle a été présentée tardivement le 3 juin 2013 et subit une prescription. Elle doit être déclarée irrecevable.

#### Sur le redressement fiscal concernant un crédit impôt recherche (CIR)

La société B réclame une indemnisation de 301.821€ au titre d'erreurs commises par le dirigeant dans le cadre de demandes de CIR.

E soutient que le fait dommageable afférent à ce redressement remonte aux déclarations faites en 2008, 2009 et 2010 et la société B réplique que le point de départ de la prescription doit être fixé au 10 mai 2012, date de la réception de la décision de redressement de l'administration.

Cette intervention de l'administration fiscale, matérialisant les poursuites et son appréciation de la pertinence des demandes de crédit d'impôt, correspond à la révélation du fait dommageable.

Le fait dommageable n'était connu ni de la société, ni de son dirigeant, avant le 12 mars 2012, date de la proposition de rectification et la réponse apportée a d'ailleurs permis de minorer l'ampleur du redressement, particulièrement sur les projets dits «Whisky» et «Antidérapant».

Cette date du 12 mars 2012 doit être retenue comme point de départ du délai de prescription. Le délai triennal n'était pas expiré le 3 juin 2013 et la fin de non recevoir opposée par E doit être rejetée.

La société B, soulignant exercer alors une activité industrielle de fabrication de porcelaine, reproche à son PDG d'avoir commis une infraction aux dispositions légales ou réglementaires en établissant un dossier de CIR au titre des entreprises relevant du secteur «*textile-habillement-cuir...*».

La proposition de rectification du 29 novembre 2011 concernait le CIR de l'année 2008 d'un montant de 198.000€, imputé à hauteur de 34.537€ sur les impôts société et restitué le 20 mai 2009 à hauteur de 164.263 €. Elle mentionnait que la société B n'entre pas dans cette catégorie des « *entreprises du secteur textile-habillement-cuir pouvant bénéficier d'un crédit impôt recherche pour des dépenses de collection* .» L'administration fiscale précisait alors les conséquences financières de ce contrôle :

- 34.537€ sur les impôts sur la société,
- 10.265€ au titre des intérêts sur la somme restituée.

La société B ne se prévaut pas de ces montants comme chefs de préjudice.

La réponse faite par l'administration fiscale aux « *observations du contribuable* » le 10 mai 2012 concernant notamment cette année 2008 ne correspond pas à cette proposition de rectification mais à une autre proposition datée du 23 mars 2012, reçue le 29, qui n'est pas versée aux débats.

Dans cette réponse, l'administration fiscale ne fait aucune référence à l'affiliation de la société B à un secteur déterminé, mais discute pour chaque projet au titre des années 2008 à 2010 la correspondance du crédit octroyé à une activité effective de recherche. Elle précise les conséquences financières de ce contrôle pour les CIR 2009 et 2010 :

- 134.375'€ au titre de l'année 2009,

- 167.446'€ au titre de l'année 2010,

soit au total 301.821'€.

L'acceptation d'un bon nombre des observations de la société B et l'appréciation concrète réalisée en particulier sur la prise en compte effective de certains salariés dans les dépenses inhérentes au projet, engagées postérieurement à la demande et à l'octroi du CIR, ne permettent pas de retenir que le dirigeant a commis une faute de gestion en le sollicitant.

Les sommes à restituer font en effet suite à une étude scrupuleuse des conditions de réalisation des projets et n'ont aucun rapport avec le grief articulé par la société B portant uniquement sur l'invocation d'une affiliation au secteur « *textile-habillement-cuir...* ».

Cette prétention indemnitaire à hauteur de 301.821'€ doit être rejetée.

### Sur les pertes invoquées du fait de l'investissement dans la société K

La société B reproche à son dirigeant d'avoir utilisé des moyens et des fonds de la société pour prendre le contrôle de la société K entre le 21 et le 29 décembre 2005 sans avoir respecté les dispositions statutaires et particulièrement celles de l'article 19.1 des statuts imposant la mention des décisions des actionnaires sur un registre spécial.

Cette société K avait pour activité le commerce de détail d'équipement du foyer.

Esoutient une prescription au regard d'une approbation écrite des actionnaires du 21 décembre 2005 donnée respectivement par :

- la société Management indiquée comme disposant dans les statuts de 5.500 actions sur 10.580 et en 2011, selon les écritures de la société B, de 51,98% des actions,

- la société Centre capital développement indiquée comme disposant dans les statuts d'une action sur 10.580 et en 2011, de 0,01 % des actions,

- la société Thuesen Jensen company indiquée comme disposant dans les statuts de 1.778 actions sur 10.580 et en 2011 de 16,81 % des actions,

- la société Codelcine indiquée comme disposant dans les statuts de 760 actions sur 10.580 et en 2011 de 7,18 % des actions,

- la société Chomette indiquée comme disposant dans les statuts de 1.778 actions sur 10.580 et en 2011 de 16,81 % des actions,

soit 92,79 % des actions.

Le 21 avril 2006, l'assemblée générale des actionnaires a approuvé à l'unanimité « *après avoir entendu la lecture du rapport financier de la filiale K, (...) la souscription d'un emprunt pour 500.000'€ sur 7 ans au taux de 3,55 % par la société K et accepte de se porter caution du présent prêt, comme l'opération d'amortissement du capital pour que les capitaux propres soient avant fin 2006 supérieurs à 50 % du capital social* ».

Le rapport de gestion de l'année 2006, lu et approuvé lors de l'assemblée générale du 15 mai 2007, rappelle cette prise de contrôle effectuée le 1er février 2006 et les conventions de soutien financier conclues.

Le 29 avril 2008, cette même assemblée a adopté à l'unanimité la résolution prévoyant la constitution d'une caution solidaire d'un montant de 117.000€ en garantie du paiement des loyers de la filiale K.

Le rapport du commissaire aux comptes pour l'exercice 2010 est tout aussi clair sur les opérations financières concernant cette filiale.

Aucune dissimulation n'est avérée concernant cette entrée au capital, son amortissement et ces cautionnements d'engagements de la filiale K.

La société B reproche ensuite à E d'avoir consenti des avances en compte courant à la filiale K pour 1.150.000€ et laissé subsister une créance de fournisseur entre mère et fille de 115.860€ sans pour autant préciser dans ses écritures à quelle date elles remontent et si ces opérations ont été dissimulées.

Les documents produits établissent que ces opérations ont été portées à la connaissance des organes délibérants.

La société K a été placée en liquidation judiciaire le 10 mai 2010 concrétisant le dommage invoqué par la société B, dit consécutif à des agissements antérieurs.

Le délai triennal était expiré le 11 avril 2012 concernant les décisions entérinées le 21 avril 2006 et au plus tard le 10 mai 2013, soit 3 ans après cette liquidation judiciaire, concernant les agissements postérieurs à cette assemblée générale.

Mais la prescription a été suspendue ou n'a pas couru jusqu'au 11 avril 2012, du fait de l'impossibilité d'agir jusqu'au moment de la démission de M. E, et n'était ainsi pas acquise le 3 juin 2013.

La société B réclame son indemnisation à hauteur de :

- 210.000€ au titre de la participation au capital de la société K,
- 1.150.000€ au titre du montant de son compte courant dans les livres de la société K,
- 115.860€ au titre de sa créance fournisseur à l'égard de la société K,
- 247.020€ au titre du montant de sa caution d'un emprunt souscrit par la société K.

Concernant l'entrée dans le capital de la société K, l'article 19.1 des statuts de la société B exige en effet « *une décision collective des actionnaires* » pour les décisions d'«*Acquisition, apport et cession de participations dans d'autres sociétés*» mais stipule également :

« *Les actionnaires peuvent prendre leurs décisions d'office ou sur demande du Président après que ce dernier ait recueilli les observations du conseil de surveillance ou son autorisation préalable dans les cas requis.*

*Les décisions des actionnaires sont consignées dans un registre coté et paraphé.»*

Il n'est pas contesté que l'approbation écrite des actionnaires du 21 décembre 2005, suffisante au regard des statuts, n'a pas été consignée dans le registre dédié mais l'approbation unanime donnée par l'organe délibérant le 21 avril 2006 ne conduit pas à retenir cette irrégularité comme à l'origine d'un préjudice. Cette acquisition du capital était alors considérée par la quasi intégralité des actionnaires comme une opération conforme à l'intérêt social et il n'est pas démontré que cette irrégularité fautive a généré un préjudice.

Cette même approbation de plusieurs cautionnements comme de l'amortissement du capital fait même présumer la pertinence du choix alors fait par E d'investir dans cette filiale, la société B ne pouvant affirmer que ces opérations étaient fautives, sans tenter, ce qu'elle ne fait pas, de démontrer

leur contrariété à l'intérêt social.

La société B ne précise ensuite pas la stipulation précise des statuts qui oblige le dirigeant à obtenir une décision collective des actionnaires pour effectuer des avances en comptes courants à une filiale ou pour lui accorder des conditions de crédit.

L'expression « *toute décision d'investissement* » contenue dans l'énumération de l'article 19 ne correspond nullement à ces avances en compte courant et à cette ligne de crédit, alors que la mention « *Pour toutes les autres décisions, les actionnaires s'en remettent au Président* » conduit à rendre strictement limitative la liste des décisions imposant une décision collective des associés.

La société B ne fait aucune analyse dans ses écritures des causes ou des circonstances qui ont conduit la société K, qu'elle souligne comme « *in bonis* » au moment de l'entrée dans son capital en fin d'année 2005, à solliciter directement sa liquidation judiciaire le 26 avril 2010. Elle ne liste pas plus les dates et les montants des avances en compte courant accordées à cette filiale.

Les rapports de gestion des 31 décembre 2006 et 31 décembre 2008 font état des données financières suivantes concernant cette filiale :

- un exercice 2006 qui a connu une perte dite importante de 173.655'€ due en grande partie à la baisse d'activité (-10 %) ainsi qu'à une opération importante de dépréciation des stocks,
- un exercice 2008 qui a connu un résultat déficitaire de 142.091'€.

Les pièces produites ne permettent pas de réaliser une analyse chronologique des évolutions des rapports financiers entre la société B et sa filiale.

La lecture du jugement du 10 mai 2010 qui a prononcé la liquidation judiciaire de la société K révèle que le redressement a été considéré comme ne pouvant être envisagé « *pour les motifs suivants* :

- *manque de soutien financier (la société holding a déjà fait un abandon de créance supérieur à 1 million d'euros et ne peut plus faire mieux),*
- *passif trop important,*
- *marché touché par la crise.»*

Il résulte d'un courrier envoyé par E le 16 septembre 2010 au président du conseil de surveillance un historique des démarches concernant la société K' :

- juillet/août 2009, élaboration d'un plan de relance,
- septembre 2009, offre d'achat à hauteur de 300.000'€ 'cash' refusée par le conseil de surveillance,
- octobre 2009, renonciation à une opération d'augmentation du capital,
- mars 2010, réunion des membres du directoire au cours de laquelle est décidée la déclaration de cessation des paiements.

La société B, qui procède par affirmations sur les carences de gestion et l'incurie imputées à M. E, défaille ainsi à établir le caractère fautif des décisions de soutien de sa filiale et doit être déboutée de sa réclamation de ce chef.

#### Sur les pertes invoquées du fait de l'investissement dans la société L santé

La société B reproche à son dirigeant d'avoir pris le contrôle majoritaire de la société L santé le

10 juin 2008 en utilisant les moyens et les fonds de la société, à la suite d'une participation en 2003 par la société Management, affirmée comme dirigée de fait par M. E. Cette société L santé avait pour activité notamment la commercialisation de produits confectionnés par la société B.

Cette dernière prétend que le point de départ du délai de prescription doit être fixé au 24 mai 2011, date de l'approbation des comptes de l'année 2010, tout en soulignant qu'aucune autorisation n'a été donnée par les actionnaires tant pour l'opération d'acquisition du capital, que pour le compte courant et le crédit fournisseur.

E souligne à juste titre que le rapport de gestion de l'exercice 2008 (sa pièce 75), noté dans le procès-verbal d'assemblée générale du 5 mai 2009, fait état de la participation à hauteur de 39,02% dans le capital de la société L santé, d'une avance alors de 150.000€ et d'un résultat déficitaire de cette filiale de 58.847€.

Ce procès-verbal du 5 mai 2009 mentionne un *quitus* donné au président « *après avoir entendu la lecture du rapport de gestion* ».

Aucune dissimulation ne peut être mise en avant et les préjudices maintenant invoqués sont inférieurs aux montants pris en compte dans le rapport de gestion 2008.

Le délai triennal était expiré le 11 avril 2012, mais la prescription a été suspendue jusqu'à cette date de démission de Ede ses fonctions de président et n'était ainsi pas acquise.

Concernant l'investissement réalisé en 2003 par la société Management dans la création de cette société L santé, la société B, disant agir en sa qualité d'ayant droit de la société Management suite à la fusion-absorption, recherche également contre E une responsabilité sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du code civil soumise à une prescription quinquennale qu'elle dit avoir été le dirigeant de fait de la société Management.

Le fait dommageable invoqué est constitué de l'apport en numéraire de 1.540€ du 31 juillet 2003 et constitue le point de départ normal de la prescription.

La société B, anciennement Management, ne peut se contenter d'alléguer qu'elle n'a pas été avisée de cette prise de participation pour soutenir que cette information ne lui a été révélée que le 24 mai 2011 lors d'une assemblée générale de la société B au cours de laquelle seules des provisions ont été passées concernant les propres engagements de la société B envers la société L santé.

En dehors de ceux des 14 décembre 2009 et 16 décembre 2011 taisants à ce sujet, la société B ne verse pas aux débats les procès-verbaux des assemblées générales de la société Management et ne démontre ainsi pas la dissimulation de cette entrée au capital aux propres organes délibérants de cette société.

Surtout elle ne peut se prévaloir d'une impossibilité légale d'agir avant le traité de fusion du 6 novembre 2012 en ce que E n'était pas le dirigeant de droit de la société Management alors qu'elle pouvait agir contre lui au titre d'agissements qu'elle lui impute comme gérant de fait.

La société B, en sa qualité d'ayant droit de la société Management, était prescrite lorsqu'ont été formées les demandes reconventionnelles le 3 juin 2013.

La société B réclame au titre des agissements de son président des indemnisations à hauteur de :

- 4.928€ au titre de sa participation au capital de la société L santé,

- 112.000'€ au titre du montant de son compte courant dans les livres de la société L santé,
- 115.860'€ au titre de sa créance fournisseur à l'égard de la société L santé.

Elle procède par allégation sans offre de preuve concernant l'existence de conventions indirectes soumises aux règles de l'article 17.1 des statuts entre les sociétés Management et B pour ces acquisitions de capital réalisées respectivement en 2003 et en 2008.

Cet article stipule':

*«Le président et les dirigeants doivent aviser les commissaires aux comptes des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre eux-mêmes et la société, ainsi que des conventions conclues directement ou par personne interposée entre la société et :*

- *l'un de ses associés disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 5%,*
- *la société contrôlant une société associée disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 5%.»*

Elle ne fournit pas toutes les délibérations d'assemblée générale de la société Management pourtant de nature à éclairer la cour sur son incapacité financière à soutenir cette filiale avant la propre entrée dans le capital de la société B en 2008.

Si les dispositions statutaires n'ont pas été respectées pour l'acquisition de la participation directe de la société B dans la société L santé, le *quitus* donné par son assemblée générale ne permet pas de retenir cette irrégularité comme génératrice d'un préjudice.

La société B reproche ensuite à E d'avoir constitué un compte courant de 112.100'€ dans les livres de la société L santé, et laissé se créer une créance fournisseur de 223.712'€, décisions qui ne nécessitaient pas, comme cela a déjà été retenu pour la filiale K, une décision collective des actionnaires. Elle ne précise cependant pas à quelle époque ces fonds ont été laissés à la disposition de la société L santé.

E établit que des conventions réglementées ont été conclues par la société B notamment avec la société L santé, ainsi que cela résulte du procès-verbal de la réunion du conseil de surveillance du 4 mai 2011. Il souligne que le commissaire aux comptes a relevé que l'absence de dirigeant commun entre les deux sociétés ne permettait pas de retenir une qualification de convention réglementée pour les avances en compte courant et lignes de crédit fournisseur.

Les comptes de cette société L santé pour les années 2010 à 2012 révèlent deux exercices déficitaires en 2010 et 2011 à hauteurs respectives de 86.846'€ et de 87.826'€ mais un résultat bénéficiaire en 2012 de 58.279'€. Ils établissent également une situation négative nette de 372.947'€ le 31 décembre 2011.

Les critiques faites par la société B du choix d'investir des fonds dans cette filiale, uniquement de principe concernant son opportunité non critiquée dans les différentes assemblées générales, ne sont pas étayées par des éléments objectifs démontrant la contrariété de ces décisions à l'intérêt social au moment où elles ont été prises.

Elle ne détaille pas les causes des résultats péjoratifs de cette filiale ni même sur les conditions dans lesquelles un diagnostic pouvait être posé sur l'opportunité de lui fournir des liquidités ou même de tenter de les récupérer.

Il résulte cependant des éléments du débat que :

- dans son courriel du 30 juillet 2010 la présidente du directoire de la société (Mme Kraft Le Marec) indique notamment '*La situation de L santé n'est pas à la hauteur du budget et on risque de perdre de l'argent.*' et préconise un nouvel examen de la situation de cette filiale,

- dans son assignation en référé-expertise du 10 mai 2012, Mme M, actionnaire de la société L santé, reproche notamment à la société B d'avoir prélevé 120.000€ sur les comptes bancaires de la société L santé pour couvrir une partie du compte courant.

La société B ne tente pas plus d'expliquer les choix qui pouvaient être ouverts à la gouvernance pour résoudre cette difficulté créée par les résultats péjoratifs de cette filiale, et particulièrement pour parvenir à son désengagement financier.

Elle défaille ainsi à démontrer que ces avances de fonds et leur maintien ont été fautifs.

Sa demande indemnitaire au titre des fonds investis dans la filiale L santé doit également être rejetée.

#### Sur la créance de la société I

La société B reproche à E d'avoir mis fin à un contrat d'agent commercial signé avec la société I par un courrier du 3 mars 2010, sans s'assurer de la justification d'une faute grave permettant de l'opposer sans paiement d'indemnité. Elle explique que cet agent commercial a pris l'initiative de l'assigner le 17 mars 2011 en paiement des sommes de 139.807,30€ et de 20.221,07€ au titre de la rupture du contrat et qu'elle a découvert ce fait dommageable à cette date.

Elle ne tente pas d'établir une dissimulation de cette résiliation du contrat d'agence et le délai triennal qui a couru dès ce fait dommageable était expiré dès le 4 mars 2013. La société B n'était empêchée d'agir que jusqu'au 11 avril 2012 et disposait d'un délai subsistant. La prescription est acquise concernant cette faute imputée au dirigeant lors du dépôt des conclusions du 3 juin 2013.

La prétention à ce titre doit être déclarée irrecevable.

\* \* \*

Les développements que la société B consacre à l'attitude de son président dans les temps qui ont directement précédé ou suivi l'ouverture de la procédure collective n'ont pas à être examinés en ce qu'ils ne viennent pas au soutien d'une de ses demandes indemnitaires.

#### Sur la demande de dommages et intérêts formée par M. E

E reproche à la société B d'avoir formé un appel sans présenter aucun moyen sérieux et met en avant un préjudice moral consécutif à de nombreuses années de procédure, faisant suite à des mensonges et des accusations violentes qu'elle a proférés à son encontre. Il invoque les dispositions de l'article 559 du code de procédure civile au soutien de cette prétention.

Il ne caractérise pas que l'appel formé par la société B, qui constitue un droit protégé notamment par les textes européens, a dégénéré en abus, les décisions qu'elle a obtenues dans le cadre des examens de ce recours étant différentes comme ayant notamment permis l'examen au fond d'une partie de ses prétentions.

Ces demandes ont d'ailleurs été présentées à titre reconventionnel dans le cadre d'une saisine que E avait initiée pour tenter d'obtenir une rémunération sur la période de procédure collective.

En l'absence de démonstration d'une faute, sa demande de dommages et intérêts doit en conséquence

être rejetée.

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

La société B succombe dans le cadre de ce renvoi de cassation et doit supporter les dépens, qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile, comme indemniser seule son adversaire des frais irrépétibles qu'il a engagés, A., son commissaire à l'exécution du plan, n'étant intervenu que pour assurer la régularité de la procédure.

**PAR CES MOTIFS**

*La cour, statuant publiquement et par arrêt contradictoire, dans le cadre du renvoi de cassation,*

Vu l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 2017,

**Dit** qu'elle n'est pas saisie de la demande de E en paiement de la somme de 10.065'€,

**Déclare** la S.A.S. B irrecevable comme prescrite en ses demandes :

- au titre du redressement fiscal concernant les provisions sur stocks,
- au titre de la participation de la S.A. Management à la création de la S.A.R.L. L santé,
- au titre de la créance de la société I,

**Déclare** la S.A.S. B recevable en ses autres demandes, mais l'en déboute,

**Déboute** Ede sa demande de dommages et intérêts,

**Condamne** la S.A.S. B à verser à E une indemnité de 2.500'€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

**Condamne** la S.A.S. B aux dépens qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

**Le Greffier, Le Président,**