

N° RG 19/01661 N° Portalis DBVX-V-B7D-MHQB

Décision du Tribunal de Commerce de

LYON

Au fond du 14 février 2019

RG : 2017f3164

O

C/

SELARL CE

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE

FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE LYON

3ème chambre A

ARRÊT DU 16 Janvier 2020

APPELANT :

M. O

INTIMÉE :

SELARL CE

* * * * *

Date de clôture de l'instruction : **14 Novembre 2019**

Date des plaidoiries tenues **en audience publique : 21 Novembre 2019**

Date de mise à disposition : **16 Janvier 2020**

Arrêt **Contradictoire** rendu par mise à disposition au greffe de la cour d'appel, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile,

* * * *

EXPOSÉ DU LITIGE

Par jugement du 17 juin 2015, le tribunal de commerce de Lyon a prononcé l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de la SARL T dont le gérant était M. O.

Par acte du 28 août 2017, la SELARL CE ès qualités de liquidateur judiciaire, a fait assigner M. O devant le tribunal de commerce de Lyon aux fins de voir prononcer à son encontre une mesure de faillite personnelle d'une durée de six ans ou subsidiairement, une interdiction de gérer de même durée.

Par jugement du 14 février 2019, le tribunal de commerce a prononcé, avec exécution provisoire, à l'encontre de M. O, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise ou personne morale pendant une durée de 6 ans.

M. O a interjeté appel par acte du 1er mars 2019 qui a été rejeté suite à un dysfonctionnement du RPVA le 5 mars 2019 et qu'il a réitéré à cette même date.

Par ordonnance du 10 avril 2019, sur requête de M. O, le président du tribunal de commerce de Lyon a désigné la SELARL CE en qualité de mandataire ad'hoc de la société T en raison de la clôture de la liquidation de cette dernière par jugement du 28 février 2019.

Par conclusions déposées le 14 juin 2019, fondées sur les articles L. 653-1 et suivants du code de commerce, sur les articles 4, 5, 12, 122, 455, 458, 563 et 905-1 et suivants du code de procédure civile, les articles 1383-1 et suivants du code civil, **M. O** demande à la cour de:

in limine litis,

- juger la SELARL CE irrecevable à soutenir qu'il a poursuivi l'activité déficitaire de la société T dans son intérêt personnel conformément au principe de l'estoppel et à l'aveu judiciaire,
- juger que le moyen relatif à la poursuite abusive d'une activité déficitaire dans son intérêt personnel a été abandonné en première instance, *en conséquence,*
- juger la SELARL CE irrecevable à invoquer son intérêt personnel dans la poursuite de l'activité déficitaire de la société T,

- juger irrecevable la prétention de la SELARL CE relative à des paiements préférentiels qu'il aurait effectués en l'absence d'appel incident sur ce point dans le délai de l'article 905-2 du code de procédure civile,

à titre principal,

- prononcer la nullité du jugement entrepris pour insuffisance de motifs concernant le chef d'avoir sciemment omis de demander l'ouverture d'une procédure collective dans un délai de 45 jours à compter de la date de cessation des paiements,
- réformer ce jugement':
- pour méconnaissance de l'objet du litige ne comprenant pas le fait d'avoir poursuivi sciemment une activité déficitaire,
- en l'absence de caractérisation de l'intention quant à l'omission de demander l'ouverture d'une procédure collective dans un délai de 45 jours à compter de la date de cessation des paiements,
- en ce qu'il l'a condamné à une mesure d'interdiction de diriger, créer, administrer ou contrôler directement ou indirectement toute entreprise ou personne morale pendant une durée de six ans,
- juger que la société T n'était pas en état de cessation des paiements le 30 septembre 2016,
- juger que le prononcé d'une interdiction de gérer de six ans est une sanction disproportionnée par rapport aux faits qui lui sont reprochés,
- débouter la SELARL CE de l'intégralité de ses demandes, fins et prétentions, *à titre subsidiaire,*
- juger qu'il n'est pas opportun de prononcer une sanction à son égard, *à titre infiniment subsidiaire,*
- réduire la durée de la sanction d'interdiction de gérer prononcée à son encontre, *en toute hypothèse,*
- débouter la SELARL CE de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions,
- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la SELARL CE de sa demande aux fins de sa condamnation à une mesure de faillite personnelle,
- condamner la SELARL CE à lui payer la somme de 3'000'€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner la SELARL CE aux entiers dépens distraits au profit de la SELARL de FC.

Par conclusions déposées le 23 juillet 2019, au visa des articles L.653-1 et suivants du code de commerce, des articles 5, 455, 458, et 562 du code de procédure civile, **la SELARL CE ès qualités de mandataire ad'hoc de la société T** demande à la cour de :

in limine litis,

- débouter M. O de l'ensemble de ses moyens d'irrecevabilité, *en conséquence,*
- la déclarer recevable, *à titre principal,*
- débouter M. O de l'ensemble de ses demandes,
- confirmer le jugement déféré en toutes ses dispositions, *à titre subsidiaire,*
- juger que l'appel a un effet dévolutif pour le tout, *statuer à nouveau,*
- juger que M. O a commis des fautes de gestion,
- prononcer une mesure d'interdiction de gérer d'une durée de six ans à l'encontre de M.

O, en tout état de cause,

- condamner M. O au paiement de la somme de 5'000'€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens d'instance.

Par observations du 4 juin 2019, communiquées aux parties, le **ministère public** requiert la confirmation du jugement.

MOTIFS DE LA DECISION

Sur la nullité du jugement

Au soutien de ce moyen, M. O invoque l'insuffisance de motifs concernant l'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai de 45 jours à compter de sa survenance.

Il fait valoir que les juges du fond n'ont pas motivé que cette omission a été faite sciemment comme prévu par la loi et se sont bornés à énoncer de simples affirmations.

La SELARL CE réplique que le tribunal de commerce a parfaitement motivé sa décision.

Les premiers juges ont considéré que la faute était constituée au motif que M. O, précédemment dirigeant d'une société ayant fait l'objet d'une liquidation, ne pouvait ignorer son obligation de déclaration la cessation des paiements dans les 45 jours.

Cette motivation satisfait à l'exigence prévue par l'article 455 du code de procédure civile indépendamment des critiques de M. O sur sa qualité.

La demande de nullité du jugement est rejetée.

Sur la poursuite d'une activité déficitaire

L'assignation introductive d'instance vise la poursuite d'une activité déficitaire ne pouvant conduire qu'à la cessation des paiements «(art. L. 653-3,1° et L. 653-4, 4° C.com)» en précisant que la condition nécessaire de poursuite de cette activité dans l'intérêt personnel du dirigeant était remplie car M. O avait cautionné en tout ou partie un prêt bancaire consenti à la société T «*ce qui explique sûrement qu'il ait souhaité maintenir un semblant d'activité à flot pour pouvoir rembourser les échéances du prêt entre le mois de juin 2016 et le mois de décembre 2016*».

Par note en délibéré, la SELARL CE a informé le tribunal de commerce, qui a rouvert les débats, que contrairement aux termes précités, M. O n'était pas caution et qu'en conséquence, l'un des motifs de l'assignation ne tenait plus.

M. O soutient en premier lieu, que par cette note dont les termes ont été réitérés par une lettre du 3 mai 2019 adressée à la cour avant sa constitution, le liquidateur a renoncé expressément à se prévaloir de la prétention relative à la poursuite abusive d'exploitation déficitaire dans son intérêt personnel et que dès lors, en application de l'article 122 du code de procédure civile, il est irrecevable, tant sur le fondement de l'aveu judiciaire que sur le fondement de l'estoppel, à soutenir, en appel, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire dans l'intérêt personnel du dirigeant.

En deuxième lieu, il soutient l'irrecevabilité du moyen relatif à la poursuite de l'activité déficitaire dans son intérêt personnel au visa de l'article 563 du code de procédure civile et en application du principe «*nul ne peut se prévaloir en appel d'un moyen auquel il a expressément renoncé devant les premiers juges*».

En troisième lieu, il fait grief aux premiers juges d'avoir méconnu l'objet du litige et d'avoir statué *ultra petita* en retenant qu'il avait poursuivi abusivement une exploitation déficitaire alors qu'ils n'étaient pas saisis de cette faute suite à la renonciation du liquidateur.

La SELARL CE réplique sur le premier point, que M. O confond sa demande de prononcé d'une interdiction de gérer et ses moyens parmi lesquels la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire et que sur le fondement de l'article 122 du code de procédure civile, seules les demandes peuvent être déclarées irrecevables; que le principe de l'estoppel ne s'oppose pas à ce que des moyens nouveaux soient présentés en appel même s'ils contredisent ceux invoqués en première instance et qu'elle n'a pas renoncé au moyen relatif à la poursuite

abusive de l'exploitation déficitaire mais a seulement rectifié une erreur de fait à savoir que l'intérêt personnel du dirigeant ne pouvait être caractérisé par l'engagement de caution de ce dernier mais qu'il peut résulter d'autres éléments qu'elle peut invoquer en appel'; qu'aucun aveu ne résulte de la note en délibéré adressée au tribunal de commerce dès lors qu'un aveu ne peut porter que sur un fait et que la poursuite abusive d'une exploitation est un point juridique et non un fait, que si l'aveu judiciaire était retenu, il doit être révoqué pour erreur dès lors que l'intérêt personnel de M. O est justifié par des éléments autres que l'engagement de caution.

Sur les deuxième et troisième points, elle fait valoir qu'elle n'a jamais abandonné, au soutien de sa demande, le moyen relatif à la poursuite abusive de l'exploitation déficitaire de la société T.

La SELARL CE a fait assigner M. O devant le tribunal de commerce aux fins que soit prononcée à son encontre une mesure de faillite personnelle d'une durée de six ans ou subsidiairement, une mesure d'interdiction de gérer de même durée.

Ces sanctions ne peuvent être prononcées que dans les cas limitativement énumérés par les articles L. 653-1 et suivants du code commerce.

L'article L. 653-3, 1° visé dans l'assignation concerne le cas où une personne physique exerçant une des activités mentionnées au 1° du I de l'article L. 653-1 a poursuivi abusivement, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

Ainsi que le fait valoir M. O, ce texte ne trouve pas application en l'espèce.

L'article L. 653-4, 4° vise le cas où un dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale a poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

Ce texte applicable à M. O, dirigeant d'une personne morale, suppose l'existence d'un intérêt personnel (ce qui n'est pas le cas du texte précédent applicable aux personnes physiques non dirigeantes de personnes morales).

Dans l'assignation, le liquidateur a exposé que M. O avait commis cette faute de gestion en soutenant que l'intérêt personnel était caractérisé par la volonté de faire rembourser par la personne morale un prêt qu'il avait cautionné.

Aucun autre fait n'était invoqué pour caractériser l'intérêt personnel de sorte qu'en informant le tribunal que c'est par erreur qu'elle avait indiqué dans l'assignation qu'elle pouvait justifier de l'existence d'un intérêt personnel car M. O était caution d'un prêt consenti à la personne morale alors que tel n'était pas le cas et qu'en conséquence «*l'un des motifs de l'assignation ne tenait plus*», la SELARL CE a abandonné la faute visée par l'article L. 653-4, 4°.

La renonciation devant le premier juge à invoquer cette faute de gestion, moyen de droit, interdit à la SELARL CE de s'en prévaloir en appel pour soutenir sa demande de prononcé d'une interdiction de gérer.

Sur la déclaration tardive de la cessation des paiements

Aux termes de l'article L. 653-8 du code du commerce, l'interdiction de gérer peut-être prononcée à l'encontre du dirigeant d'une personne morale qui a omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai de 45 jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir par ailleurs demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

M. O fait grief aux premiers juges de ne pas avoir indiqué la date de cessation des paiements et en quoi celle-ci était avérée'; il conteste l'état de cessation des paiements au 30 septembre 2016, date retenue par le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire et qu'il a contestée dès le 11 janvier 2018 par voie de conclusions 'et il prétend démontrer l'absence de cessation des paiements à cette date.

Enfin, il fait valoir que l'élément intentionnel n'a pas été caractérisé par les premiers juges et que les éléments invoqués par la SELARL CE ne sont pas probants.

La SELARL CE répond d'une part, que l'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal s'apprécie au regard de la seule date de cessation des paiements fixée par le jugement d'ouverture ou un éventuel jugement de report et d'autre part, que c'est sciemment que M. O n'a pas déclaré la cessation des paiements dans le délai légal.

Aux termes de l'article R. 653-1 du code de commerce, pour l'application de l'article L. 653-8 (prononcé d'une faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer) la date retenue pour la cessation des paiements ne peut être différente de celle retenue en application de l'article L. 631-8 (par le jugement d'ouverture de la procédure ou par un jugement ultérieur de report).

En l'espèce le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire rendu le 9 février 2017 par le tribunal de commerce de Lyon, saisi par déclaration de cessation des paiements déposée par M. O le 3 février 2017, a fixé provisoirement la date de cessation des paiements au 30 septembre 2016.

Aucun jugement ultérieur n'a modifié cette date ce qui ne permet pas à M. O de la contester dans le cadre de la présente procédure.

En revanche, M. O est fondé à contester le défaut de preuve du caractère volontaire de la déclaration tardive.

En effet, d'une part, les premiers juges n'ont pas caractérisé l'élément intentionnel en retenant que M. O, précédemment dirigeant d'une société ayant fait l'objet d'une liquidation, ne pouvait ignorer ses obligations.

D'autre part, la SELARL CE ne démontre pas non plus cet élément intentionnel en reprenant le même motif et en ajoutant que M. O ne pouvait ignorer qu'il ne procédait plus depuis le mois d'avril 2016 au paiement des cotisations sociales et que le cabinet d'expertise comptable de la personne morale est une SASU dont le président est le père de M. O associé minoritaire de la personne morale.

C'est donc à tort que les premiers juges ont retenu cette faute comme établie.

Sur les paiements préférentiels

M. O soutient que la prétention relative à ces faits est irrecevable au motif que le tribunal de commerce n'a pas retenu ce moyen et que la SELARL CE n'a pas formé appel incident dans le délai imparti par l'article 905-2 du code de procédure civile.

La SELARL CE objecte que M. O confond prétention et moyen, sa prétention étant le prononcé d'une interdiction de gérer et les moyens les fautes de gestion et qu'elle invoque les mêmes fautes et donc les mêmes moyens en appel que ceux invoqués en première instance et peut de plus, invoquer de nouveaux moyens.

Le tribunal de commerce n'a pas statué sur cette faute invoquée dans l'assignation par le liquidateur'; celui-ci n'a pas à former appel incident pour pouvoir reprendre cette faute en appel, la confirmation du jugement qu'il sollicite ne concernant que le dispositif de la décision et non sa motivation et la cour étant saisie par l'appel de M. O dont l'objet est précisé dans la déclaration d'appel comme tendant à «*l'annulation, à l'infirmité ou à tout le moins, à la réformation des dispositions de la décision entreprise*» et en énonçant les seules dispositions contenues dans le dispositif de la décision.

Aux termes de l'article L. 653-5 4° du code de commerce, la faillite personnelle peut être prononcée à l'encontre de tout dirigeant de droit d'une personne morale qui a payé, ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers.

La SELARL CE expose tout d'abord, que le 28 septembre 2016, M. O a effectué un paiement de 40'584€ à la SASU Cabinet HR qui a ainsi appréhendé 45% du prix de cession du fonds de commerce de la société T alors que celle-ci ne payait pas les cotisations sociales.

Ce paiement, outre qu'il résulte d'une opposition sur le prix de vente de cession du fonds de commerce et qu'il n'est pas offert de démontrer que cette créance n'était pas due, est antérieur à la cessation des paiements et ne peut donc constituer la faute visée par l'article précité.

La SELARL CE expose ensuite que M. O a effectué les paiements suivants':

- le 14 novembre 2016, remboursement du solde de son compte courant d'associé d'un montant de 13'000'€,
- le 22 novembre 2016, deux virements de 500'€ et 1'467,50'€ intitulés «'BN'» au titre d'une prétendue rémunération d'apporteur d'affaires,
- le 23 novembre 2016 un virement de 6'000'€ au profit d'un créancier inconnu,
- le 30 novembre 2016 paiement de 1'320,15'€ à la régie P au titre de son logement personnel. M. O ne conclut pas au fond sur ces faits.

Le dernier paiement constitue une disposition des biens de la personne morale par son dirigeant dans son intérêt personnel, grief invoqué ci-dessous et qui sera donc examiné à ce titre.

La SELARL CE, à laquelle incombe la charge de la preuve, justifie de la réalité de ces paiements mais n'offre pas de prouver que M. O avait connaissance de la cessation des paiements au moment où ils ont été effectués alors qu'il résulte du décompte du notaire, produit par M. O, que les oppositions sur le prix de la cession du fonds de commerce d'un montant de 90'000'€ encaissé par le notaire le 30 avril 2016, n'ont été effectuées que deux jours avant la date de cessation des paiements et pour la dernière, le jour même, laissant un solde de 26'185,86'€ crédité sur le compte bancaire de la société T le 9 novembre 2016 ; qu'après les paiements litigieux, le solde du compte bancaire, dont les relevés sont produits par les parties, était toujours créditeur au 30 novembre 2016 d'une somme de 2'060,45'€; qu'il résulte des états des créances salariales versés par les parties que les salaires ont été payés jusqu'à l'ouverture de la procédure (la créance de l'AGS invoquée par la SELARL CE résultant de l'ouverture de la procédure est étrangère à une faute de gestion pouvant conduire à une sanction, cette faute devant être antérieure à l'ouverture).

Cette faute n'est donc pas caractérisée.

Sur la disposition des biens sociaux par M. O comme de ses biens propres

Aux termes de l'article L. 653-5 1° du code de commerce, la faillite personnelle peut être prononcée à l'encontre de tout dirigeant de droit d'une personne morale qui a disposé des biens de la personne morale comme des siens propres.

La SELARL CE prétend que M. O a payé des dépenses personnelles auprès des sociétés Asos, Amazon, Wich et Zara avec les crédits de la personne morale.

M. O ne le conteste pas mais fait valoir que le montant de ces dépenses d'un montant total de 322,45'€ est très faible et ne peut justifier sa condamnation à une interdiction de gérer qui serait disproportionnée.

Comme dit précédemment, il ne fait aucune observation sur le paiement, le 30 novembre 2016, de la somme de 1'320,15'€ à la régie P au titre de son logement personnel.

Cette faute est donc constituée.

Sur la sanction

En définitive la seule faute de gestion commise par M. O et pouvant conduire au prononcé d'une interdiction de gérer est constituée par la disposition des crédits de la personne morale comme des siens propres à hauteur de 322,45'€ et de 1'320,15'€.

Cette faute ne justifie pas le prononcé d'une interdiction à l'encontre de M. O âgé de 30 ans qui a certes, dirigé une précédente société placée en liquidation judiciaire mais dont le liquidateur avait conclu dans son rapport (pièce 3 de M. O) qu'aucune sanction n'était envisagée compte tenu notamment de l'existence d'une comptabilité et de l'engagement de l'associé principal (M. O alors âgé de 25 ans) auprès du bailleur.

La SELARL CE est donc déboutée de sa demande et la décision entreprise est infirmée.

Sur les dépens et les frais irrépétibles

Succombant dans son action, la SELARL CE doit supporter les dépens de première instance et d'appel ainsi que les frais irrépétibles qu'elle a exposés et verser à M. O une indemnité de procédure de 3'000'€.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement et par arrêt contradictoire,

Déboute M. O de sa demande de nullité du jugement entrepris,

Infirme le jugement déféré *et statuant à nouveau,*

Déboute la SELARL CE ès qualités de mandataire ad'hoc de la SARL T de sa demande de prononcé d'une interdiction de gérer à l'encontre de M. O,

Condamne la SELARL CE ès qualités de mandataire ad'hoc de la SARL T à verser à M. O, une indemnité de 3'000'€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la SELARL CE ès qualités de mandataire ad'hoc de la SARL T aux dépens de première instance et d'appel, ces derniers à recouvrer conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le Greffier, Le Président,