

R.G : 10/09151

Décision du

Tribunal de Commerce de LYON

Au fond

du 16 décembre 2010

RG : 2009f2888

ch n°

M...

T...

C/

W...

M...

A...

LE PROCUREUR GENERAL PRES LA COUR D'APPEL DE LYON

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
COUR D'APPEL DE LYON
3ème chambre A
ARRET DU 29 Juillet 2013

APPELANTS :

M. François M...

M. Michel T...

INTIMES :

La SELARL S..., représentée par

M. François M...

M. Régis A...

LE PROCUREUR GENERAL PRES LA COUR D'APPEL DE LYON

*** * * * ***

Date de clôture de l'instruction : **28 Mai 2013**

Date des plaidoiries tenues **en audience publique : 06 Juin 2013**

Date de mise à disposition : **29 Juillet 2013**

Composition de la Cour lors des débats et du délibéré :

- Jean-Luc TOURNIER, président

- Hélène HOMS, conseiller

- Pierre BARDOUX, conseiller

assistés pendant les débats de Jocelyne PITIOT, greffier

En présence de Monsieur GAUTIER, Président du Tribunal de Commerce de SAINT-ETIENNE

en présence de Mme Véronique ESCOLANO, Substitut Général

A l'audience, **Pierre BARDOUX** a fait le rapport, conformément à l'article 785 du code de procédure civile.

Arrêt **Contradictoire** rendu **publiquement** 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,

Signé par Jean-Luc TOURNIER, président, et par Jocelyne PITIOT, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

* * * *

FAITS, PROCÉDURE, MOYENS ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

Par jugement du 4 avril 2006, la S.A.S. H... a été placée en redressement judiciaire. Le 31 juillet 2006, un plan de cession au profit de la société P... a été arrêté, le redressement judiciaire ayant été converti en liquidation judiciaire le 9 novembre 2006.

Le 15 janvier 2007, Maître W..., ès qualité de mandataire judiciaire, a établi un état des créances qui a été revêtu de la signature du juge commissaire le 30 janvier 2007, déposé au greffe le 2 février 2007 et publié au BODACC le 30 avril 2007.

Par arrêt du 31 janvier 2013, la présente cour a déclaré irrecevable l'appel interjeté le 20 avril 2010 par la S.A.S. H... à l'encontre de cet état des créances.

Par acte du 9 juillet 2009, Maître W..., ès qualité de liquidateur judiciaire de la S.A.S. H..., a fait assigner en comblement de l'insuffisance d'actif, fixée à titre de provision à 5.400.000 € mais à hauteur de 2.500.000 € dans ses dernières écritures, Michel T..., président de la S.A.S. H... de 1985 au 19 juin 2003, François M..., président de cette société du 19 juin 2003 au 27 octobre 2004, et Régis A..., président de cette société, à compter du 27 octobre 2004 et jusqu'au prononcé de la liquidation judiciaire.

Par jugement en date du 16 décembre 2010, auquel il est expressément fait référence pour plus de précisions sur les faits, prétentions et moyens des parties, le Tribunal de Commerce saisi a:

- condamné Michel T... à payer à Maître W..., ès qualité, au titre du comblement

de l'insuffisance d'actif de la société H..., la somme de 200.000 €,

- condamné Régis A... à payer à Maître W..., ès qualité, au titre du comblement de l'insuffisance d'actif de la société H..., la somme de 150.000 €,

- condamné François M... à payer à Maître W..., ès qualité, au titre du comblement de l'insuffisance d'actif de la société H..., la somme de 100.000 €,

- dit que ces condamnations porteront intérêts au taux légal à compter de la décision, avec capitalisation par années entières,

- condamné in solidum les défendeurs à payer à Maître W..., ès qualité, la somme de 6.000 € au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile et aux entiers dépens,

- rejeté la demande d'exécution provisoire.

Par déclaration reçue le 23 décembre 2010, François M... et Michel T... ont relevé appel de ce jugement, intimant Maître W..., ès qualité de mandataire judiciaire.

Par une autre déclaration reçue le 27 décembre 2010, Régis A... a également relevé appel de ce jugement.

Par une dernière déclaration reçue le 3 février 2011, François M... a de nouveau relevé appel de ce jugement, intimant Maître W..., ès qualité de mandataire liquidateur de la société H...

Le Conseiller de la Mise en Etat a prononcé la jonction de ces trois dossiers par ordonnances des 4 janvier 2011 et 7 juin 2011.

Dans le dernier état de ses conclusions (récapitulatives) déposées le 22 août 2011, François M... demande à la cour de :

- déclarer recevable et bien fondé l'appel qu'il a relevé,

- dire et juger que le jugement entrepris n'établit pas que l'actif de la société H... était au 27 octobre 2004, date de la cessation de ses fonctions, insuffisant pour faire face à son passif,

- dire et juger qu'aucune faute de gestion ne peut lui être reprochée, faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif, insuffisance au surplus non démontrée,

- infirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions,

- condamner Maître W..., ès qualité de liquidateur de la société H... à lui verser une indemnité de 5.000 € au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile et aux entiers dépens.

Il soutient l'inopposabilité à son égard du rapport qu'il dit d'expertise et rédigé par Henri E..., désigné par le juge commissaire, en ce qu'il n'a pas été appelé aux opérations d'expertise, les termes de l'alinéa 2 de l'article L 621-9 du Code de Commerce ne permettant pas l'organisation d'une véritable expertise.

Il prétend que l'insuffisance d'actif n'a pas été démontrée par le mandataire liquidateur, même si la date de cessation des paiements du 30 mars 2006 n'est pas remise en cause. Critiquant les motifs des premiers juges, il allègue n'avoir pris aucune décision de nature à entraîner nécessairement une procédure collective, mais s'est attaché au contraire, notamment par la demande de désignation d'un mandataire ad'hoc, à trouver des solutions pour la prévenir.

Il conteste l'absence de comptabilité comme l'existence d'actes qui lui sont personnellement imputables dans la poursuite d'une activité déficitaire, la formalité de la déclaration de créance ne pouvant lui incomber compte tenu de la période où il exerçait les fonctions de direction.

Dans le dernier état de ses écritures (récapitulatives) déposées le 16 mai 2013, Régis demande à la cour de :

- accueillir l'appel de Régis A... comme recevable et justifié,
- confirmer le jugement dont appel en ce qu'il a jugé que n'étaient pas caractérisées l'absence de mesure de restructuration, l'inertie des dirigeants, l'absence de comptabilité fiable et l'absence d'outil de gestion,
- réformer le surplus du jugement,
- dire et juger que Régis A... n'a commis aucune faute de gestion et notamment qu'il n'a pas poursuivi fautivement une activité déficitaire, qu'il n'a pas omis de déclarer fautivement l'état de cessation des paiements dans le délai de 45 jours,
- débouter Maître W..., ès qualité, de l'intégralité de ses demandes formées contre Régis A...

à titre subsidiaire :

- dire et juger que la démonstration du lien entre l'insuffisance d'actif et les fautes reprochées à Régis A... n'est pas rapportée,
- débouter Maître W... de l'intégralité de ses demandes formées centre Régis A...

à titre très subsidiaire :

- dire que compte tenu des circonstances dans lesquelles Régis a été « nommé » dirigeant de la société, de son ignorance de l'état de la société lors de son entrée en fonction, des mesures qu'il a prise lors de son mandat, de la courte durée de celui-ci et du fait que la consistance de l'insuffisance d'actif, Maître W... doit être débouté de ses demandes,

en tout état de cause :

- condamner Maître W..., ès qualité, au paiement de la somme de 5.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner Maître W..., ès qualité, aux entiers dépens de première instance et d'appel et dire qu'ils seront tirés en frais privilégiés de la procédure.

Il conteste l'existence de toute faute de gestion qui lui soit imputable, s'appuyant sur le rapport d'Henri E... qui souligne sa volonté de remettre de l'ordre dans l'entreprise. Il soutient que les fautes, qui n'ont d'ailleurs pas été retenues par le Tribunal de Commerce, ne sont pas établies, alors que s'agissant de la poursuite d'une activité déficitaire, il en est de même.

Il affirme qu'il n'était pas avisé de la situation financière antérieure et n'avait pas eu la possibilité de la redresser durant son mandat.

Dans le dernier état de ses écritures (récapitulatives) déposées le 5 décembre 2011, Michel T... demande à la cour de :

- déclarer recevable et bien fondé l'appel qu'il a relevé,
- infirmer le jugement entrepris en ce qu'il l'a condamné à verser à Maître W..., es qualité, 200.000 € au titre du comblement de l'insuffisance d'actif de la S.A.S.H...,
- dire et juger que Maître W... n'établit pas que l'actif était le 19 juin 2003 insuffisant à faire face à son passif,
- dire et juger Maître W... irrecevable en ses demandes à son encontre,
- dire et juger qu'aucune faute de gestion ne peut lui être reprochée, faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif,
- rejeter purement et simplement les demandes de Maître W... à son encontre et le débouter de toutes ses demandes, fins ou conclusions,
- condamner Maître W..., ès qualité de liquidateur judiciaire de la S.A.S. H... à lui verser la somme de 20.000 € au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile et aux entiers dépens.

Il soutient que l'action du mandataire liquidateur est irrecevable car aucune insuffisance d'actif n'a été démontrée, et en tout cas pas au 19 juin 2003, date de la cessation de ses fonctions.

Il prétend que le rapport d'expertise d'Henri E... lui est inopposable, du fait qu'il n'a pas été appelé à ses opérations, ce technicien ayant par ailleurs appliqué des méthodes critiquables.

Il affirme que le mandataire liquidateur ne rapporte pas la preuve d'une quelconque faute de gestion, soulignant que le Tribunal de Commerce avait justement exclu la moindre faute pour les décisions stratégiques de réorientation de l'activité de la société H....

Par conclusions sur incident du 16 mai 2013, Régis

a saisi le Conseiller de la Mise en Etat d'une demande de sursis à statuer. Par mention au dossier du 24 mai 2013, cet incident a été joint au fond.

Dans le dernier état de ses écritures (récapitulatives) déposées le 24 mai 2013, Maître W... et la SELARL S..., ès qualité de liquidateur judiciaire de la S.A.S. H... demandent à la cour de :

- dire Maître W... et la SELARL S..., recevables et fondés en leurs conclusions,
- dire Régis A... et Michel T... mal fondés en leurs appels et en leurs conclusions en toutes fins qu'elles comportent,
- dire François M... mal fondé en son appel incident et en ses conclusions en toutes fins qu'elles comportent,
- débouter Régis de sa demande de sursis à statuer, eu égard à l'arrêt rendu le 31 janvier 2013 par la cour d'appel de LYON,
- confirmer le jugement déferé en ce qu'il a retenu l'existence de fautes de gestion à l'encontre de Régis A..., Michel T... et François M...,
- le réformer pour le surplus et statuant à nouveau,

- condamner solidairement Régis A..., Michel T... et François M... à payer à Maître W... et/ou la SELARL S..., représentée par Maître W..., ès qualité de liquidateur judiciaire, la somme de 1.000.000 € à titre de provision sur l'insuffisance d'actif de la S.A.S. H... telle qu'elle ressortira à l'issue de la procédure,

- dire que ces sommes porteront intérêts à compter du jugement et que les intérêts seront capitalisés par années entières conformément à l'article 1154 du Code Civil,

- débouter Régis A..., Michel T... et François M... de toutes demandes de condamnation dirigées à l'encontre de Maître W... et/ou la SELARL S..., représentée par Maître W..., ès qualité de liquidateur judiciaire, incompatibles avec les dispositions de l'article L 641-13 du Code de Commerce,

- condamner Régis A..., Michel T... et François M... à payer à Maître W... et/ou la SELARL S..., représentée par Maître W..., ès qualité de liquidateur judiciaire, la somme de 10.000 € au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile, et aux entiers dépens de l'instance.

Ils s'opposent à la demande de sursis à statuer formée par Régis A... dans le cadre de l'incident joint au fond, et fait état des termes de l'article L 621-9 du Code de Commerce qui permet au juge commissaire de désigner un technicien, Henri E... n'ayant pas rédigé un rapport d'expertise judiciaire, ses investigations n'ayant pas à être déclarées inopposables aux parties qui en contestent le contradictoire.

Il soutiennent que la preuve de l'insuffisance d'actif est rapportée, les différents litiges pendants étant sans incidence à ce sujet. Ils mettent en avant la qualité de dirigeants de droit des trois appelants, s'appuyant sur les termes du rapport d'Henri E... pour étayer les fautes de gestion qu'il leur oppose.

Le Ministère Public a conclu à l'aggravation des sommes mises à la charge des appelants.

Pour satisfaire aux dispositions de l'article 455 du Code de Procédure Civile, il est expressément renvoyé pour plus de précisions sur les faits, prétentions et arguments des parties à la décision entreprise et aux conclusions récapitulatives régulièrement déposées et ci-dessus visées.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Attendu que la recevabilité des appels, qui n'a pas été remise en cause devant le conseiller de la mise en état, n'est pas plus contestée devant la cour ;

Attendu qu'il n'est pas contesté que la SELARL S..., représentée par Maître W..., ait été désignée comme liquidateur judiciaire de la S.A.S. H... par jugement du Tribunal de Commerce de LYON en date du 24 janvier 2012, seule cette société ayant effectivement qualité pour intervenir ainsi comme liquidateur dans le cadre du présent appel ;

Sur l'incident de sursis à statuer joint au fond

Attendu que Régis A... se prévaut de la saisine actuelle de la cour de cassation à la suite d'un pourvoi formé contre un arrêt rendu par cette chambre le 31 janvier 2013 dans le cadre d'une instance ayant opposé la société H... à son liquidateur judiciaire, concernant un recours formé contre l'état des créances de la liquidation judiciaire de cette société ;

Que ce dernier dirigeant de la société H... estime que le sort de l'instance en nullité de l'état des

créances lancée par cette société liquidée est de nature à conditionner le montant du passif et dès lors de son éventuelle insuffisance, alors que cette dernière est susceptible d'être inférieure aux sommes qui sont réclamées à son encontre dans le cadre du présent appel ;

Attendu que la SELARL S..., ès qualité, se prévaut dans ses dernières écritures d'un état des créances arrêté à 12.552.029 €, dont 3068.741,03 € sont éteintes, alors que le résultat d'instances en cours ou terminées l'amène à quantifier le passif à 5.010.950,03 € et l'insuffisance d'actif à 3.093.724,39 € ;

Attendu que les contestations élevées par la société H... dans le cadre de cette autre instance touchaient à l'absence de respect de la procédure de vérification des créances pour un montant de 5.448.982,63 € (cf tableau en page 37 des dernières écritures produites par Régis A... dans le cadre du présent incident), chiffre qui comprend à hauteur de 4.716.717,16 €, retenu par le liquidateur judiciaire à 244.379,72 € dans ses dernières conclusions de manière contestée par les dirigeants en cause, soit un delta pour cette créance EDP du solde (4.472.337,44 €) ramenant le montant des contestations ainsi affichées et subsistantes à 976.645,19 € ou même à 732.265,97 € si aucune somme n'est encore due à la société EDP ;

Attendu que la demande en comblement présentée par ce liquidateur judiciaire étant limitée, à titre provisionnel et solidaire, à 1.000.000 €, n'est nullement de nature à être influencée sur le résultat d'une instance en cours, portant d'ailleurs sur la forme même de la vérification des créances ;

Attendu qu'aucune considération ne peut conduire la cour à surseoir à statuer dans l'attente du résultat d'un pourvoi portant d'ailleurs sur la seule recevabilité de l'appel de la société H... ;

Que cet incident doit être rejeté ;

Sur les investigations d'Henri E...

Attendu que l'article L 621-9 du Code de Commerce dispose que « *Le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence.* »

Lorsque la désignation d'un technicien est nécessaire, seul le juge-commissaire peut y procéder en vue d'une mission qu'il détermine, sans préjudice de la faculté pour le tribunal prévue à l'article de désigner un ou plusieurs experts. » ;

Attendu que Henri E..., expert-comptable, a été désigné, en qualité de technicien, par ordonnance du juge commissaire de la liquidation judiciaire de la société H... en date du 8 janvier 2008, confirmée par le Tribunal de Commerce sur opposition, alors que le texte susvisé réserve sans équivoque au Tribunal de Commerce la faculté d'ordonner une expertise ;

Que ce technicien n'avait nullement à respecter les formes imposées par cette mesure d'investigation particulière, Michel T... ne pouvant être suivi dans son argumentation tendant à la qualifier d'expertise ;

Que l'utilisation des termes « Opérations d'expertise », notamment, est indifférente à la qualification de ses investigations ;

Attendu que ce rapport n'a pas à être déclaré inopposable à Michel T... et constitue d'ailleurs un élément de preuve que cet appelant n'a pas manqué de critiquer sur la pertinence des méthodes et de l'analyse de ce technicien et qui doit être apprécié à l'aune de cette discussion par les parties ;

Sur l'insuffisance d'actif

Attendu que l'article L 651-2 du Code de Commerce, en ses termes applicables au litige, antérieurs à l'ordonnance du 9 décembre 2010, dispose que « *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 les 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.*

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Les sommes versées par les dirigeants entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés. » ;

Attendu que ce texte n'édicte nullement que la démonstration d'une insuffisance d'actif constitue une condition de recevabilité, mais au contraire une condition du bien fondé de la demande en comblement ;

Que cette exception d'irrecevabilité soulevée par Michel T... doit être rejetée ;

Attendu, par ailleurs, qu'il est constant qu'il n'appartient nullement au liquidateur judiciaire de justifier d'un état des créances totalement définitif, et donc d'une valeur arithmétiquement vérifiée du passif pour se prévaloir d'une insuffisance d'actif, les demandes à titre de provision ayant été approuvées de jurisprudence constante ;

Attendu que s'agissant du passif, les chiffres ci-dessus retenus conduisent à le retenir à tout le moins à hauteur de 4.278.684,06 € compte tenu des discussions concrètes au fond qui seules peuvent être opposées par la société H... ;

Qu'en effet, même si son action tendant à l'organisation d'une nouvelle vérification des créances prospérait, les dirigeants poursuivis ne pourraient pas se prévaloir d'autres contestations que celles que la société H... a formulées dans ses dernières écritures dans l'instance lancée à l'encontre de l'état des créances, compte tenu de l'autorité de la chose jugée qui lui est attachée sous réserve des créances notées comme faisant l'objet d'une instance en cours ;

Attendu que, concernant l'actif avancé comme étant de 1.917.225,64 € dans ses dernières écritures, les seules contestations émises par Michel T... porte sur une créance hypothétique qui aurait dû être recouvrée avant la liquidation judiciaire (PMU) notamment par l'administrateur judiciaire alors désigné ;

Attendu que même en valorisant ce poste évalué selon ce dernier à dire d'expert au montant maximal de 2.016.888 € HT, l'insuffisance d'actif est en tout état de cause supérieure au montant réclamé par le liquidateur judiciaire ;

Qu'en l'absence de toute autre contestation circonstanciée sur les chiffres ainsi avancés par le liquidateur judiciaire et ci-dessus confrontés à la contradiction, il convient de retenir l'existence, en l'état, d'une insuffisance d'actif minimale de 2.361.458,42 € ;

Attendu qu'il est dès lors nécessaire d'examiner pour chaque personne visée par le liquidateur judiciaire dans son action en comblement, si se trouvent démontrées à leur encontre des fautes de gestion ayant contribué au moins partiellement à cette insuffisance d'actif ;

Qu'en effet, la question de lien de causalité entre lesdites fautes de gestion et l'insuffisance d'actif n'impose pas que cette insuffisance soit survenue spécifiquement lors de la période où le dirigeant

était en exercice, mais nécessite que l'action ou l'incurie du dirigeant ait directement influé sur son existence ou sur son importance ;

Attendu qu'à titre liminaire, il convient de retenir que les premiers juges n'ont pas été critiqués par le liquidateur judiciaire, dans son appel, en ce qu'ils ont exclu le caractère fautif de l'orientation stratégique initiale de l'emploi du LBO (*Leveraged Buy Out*), d'ailleurs étrangère à l'action du dirigeant lui-même et antérieure au moment où les dirigeants visés par l'action en comblement étaient en activité ;

Que, par contre, la SELARL S..., ès qualité, considère que les erreurs stratégiques exclues par le jugement entrepris peuvent être retenues dès lors que les dirigeants n'ont pas pris les mesures de réorganisation que la situation exigeait ;

Attendu que les erreurs de stratégie particulièrement stigmatisées sont celles qui ont été consécutives à :

- la perte du marché des PMU,
- la perte des contrats FRANCE TELECOM ;

Sur l'absence de prise de décision concernant la restructuration de la société

Attendu qu'il convient d'abord de déterminer l'autonomie de décision des dirigeants visés par le liquidateur judiciaire, s'agissant de ces orientations stratégiques erronées ;

Que cela étant, il est nécessaire de rappeler qu'en dehors du strict respect de la légalité, les obligations du dirigeant en matière d'efficacité de gestion ne peuvent être que de moyen, et non de résultat comme le liquidateur judiciaire et même les premiers juges ont pu implicitement le retenir ;

Attendu que Michel T..., président de la S.A.S. H... de 1985 au 19 juin 2003, n'en était plus actionnaire au moment où les difficultés ci-dessus soulignées sont survenues, celui où la S.A. H... en a acquis la quasi-totalité des actions (dans le cadre du LBO), alors qu'il a oscillé entre 2.259.998 € et 2.340.000 € d'actions dans cette société holding sur un capital totalisant varié sur la même période entre 9.010.000 € et 12.314.102 €;

Qu'il a été président du conseil de surveillance de cette holding jusqu'au 19 juillet 2003, la présidence du directoire, dès son institution à la fin de l'année 2002 ne lui ayant jamais été confiée ;

Attendu que François M..., président de la S.A.S. H... du 19 juin 2003 au 27 octobre 2004 n'a jamais été actionnaire de l'une des sociétés H..., alors que Régis , président de cette société, à compter du 27 octobre 2004 et jusqu'au prononcé de la liquidation judiciaire n'a détenu que 300.752 € d'actions de la S.A. H... qu'à compter du 25 juin 2004 ;

Attendu que la S.A. H... disposait du contrôle total de sa filiale H... en détenant 99.994 actions sur 100.000, alors que le dispositif même du LBO supposait, par nature, une remontée de dividendes suffisante pour couvrir l'endettement dû à l'acquisition de cette filiale ;

Attendu que la critique faite de l'absence de réorientation de la S.A.S. H... à la suite de la perte du client PMU, suppose pour être pertinente que le liquidateur judiciaire établisse que les dirigeants effectifs de cette société n'aient pas pris les décisions nécessaires à cette fin, sans tenir compte du résultat maintenant connu de l'évolution de son activité ;

Attendu que, notamment, l'acquisition en juillet 2003 par les sociétés H... et H... de la société J..., est d'ailleurs effectuée en vue de permettre une

réorientation vers une clientèle « Grands Comptes » moins importante et surtout en liaison avec des produits IBM ;

Que les décisions prises ont permis en 2003 de faire progresser le chiffre d'affaires ;

Que, suivant Henri E..., la base même de l'opération, faisant intervenir le LBO et la création de la société holding H... , est la réorientation vers un autre fournisseur de matériel (IBM au lieu de BULL), les actionnaires de la holding connaissant dès l'origine cette nécessité adossée à la perte prévisible en particulier du marché PMU (matériel BULL) ;

Qu'en page 17 de son rapport il relève par ailleurs qu'« *il ressort des documents analysés que les organes de direction sont en perpétuelle recherche de solution et dans de perpétuelles tentatives de réorganisation.* » ;

Attendu que seul Michel T..., comme participant aux décisions de la holding disposait d'une faculté d'influer sur les résolutions de cet actionnaire quasi unique de la S.A.S. qu'il dirigeait également, alors que les deux autres dirigeants dans la cause n'avaient pas l'autonomie suffisante pour ce faire ;

Que cependant sa responsabilité ne peut ici être recherchée en qualité de dirigeant de la S.A.S. H... pour une période où il n'y exerçait pas comme dirigeant et alors que le liquidateur judiciaire n'a pas tenté de mettre en cause la société holding comme dirigeant de fait ;

Attendu que surtout, l'activité de cette société était encore « équilibrée », du fait de l'existence des réserves que Michel T... avait constituées avant de céder son entreprise ;

Attendu que les résultats de la S.A.S. H..., durant la période de direction de François M... ont été gravement influencés par la décision prise par cet actionnaire unique de faire remonter des dividendes lui permettant de faire face à ses propres obligations, alors que Michel T... avec moins de 23 % des actions (avec son épouse) ne pouvait s'opposer à de telles décisions ;

Que le liquidateur judiciaire ne peut ainsi stigmatiser ces remontées tout en concédant que le LBO n'est pas susceptible d'être retenu comme fautif ;

Que François M... est lui-même à l'origine de la saisine du Tribunal de Commerce pour la désignation d'un mandataire ad'hoc ;

Attendu que, comme les premiers juges l'ont motivé à juste titre, il est facile de critiquer *a posteriori* des choix stratégiques, en connaissant leurs résultats, alors que le technicien comptable commis n'a pas relevé dans ses investigations que des opportunités commerciales aient été délaissées ou que des options de restructuration s'ouvraient de manière évidente ;

Attendu que Régis A... a pour sa part tenté de trouver de nouveaux moyens de restructuration et a été à l'initiative de la désignation d'audits ou de tentatives en ce sens, dans les limites de la marge de décision qui lui était ouverte ;

Attendu qu'aucune faute ne peut dès lors être retenue contre ces dirigeants concernant ces orientations stratégiques ;

Sur la poursuite d'une activité déficitaire et la perte des capitaux propres

Attendu que sur ces points également, il est nécessaire de discerner les pouvoirs effectifs des dirigeants dans la décision de poursuivre une exploitation de la S.A.S. H..., en connaissance d'un caractère déficitaire ;

Que les décisions stratégiques étaient prises, au vu notamment du procès-verbal de décisions de l'associé unique du 27 octobre 2004 (pièce 19 du liquidateur judiciaire) au niveau de la S.A.S. H... INVESTISSEMENTS ;

Attendu que Maître N..., désigné mandataire ad'hoc par ordonnance du 12 novembre 2003 jusqu'au 12 février 2004 (pièce 20 du liquidateur judiciaire), s'il visait une baisse du chiffre d'affaires entre les exercices 2002 et 2003, ne concluait pas à un état de cessation des paiements au début de l'année 2004, sous réserve des pourparlers en cours concernant un redressement fiscal ;

Que ce mandataire ad'hoc conditionne la poursuite à moyen terme à un apport des actionnaires, soit en l'espèce de la société holding ;

Attendu que les pertes d'exploitation 2002 et 2003 ont été intégralement amorties par les réserves, alors que la décision qui a engagé la trésorerie de la société H... était constituée de la remontée des dividendes malgré des exercices déficitaires ;

Attendu que pour les exercices 2004 et 2005, le chiffre d'affaires était retombé à un niveau à peine supérieur à celui de l'exercice 2002, avec des pertes ayant connu une ampleur inégalée, la remontée de dividendes faite en 2004 ayant largement contribué à l'amplification des difficultés financières de la société ;

Attendu que les investigations d'Henri E... confirment sans équivoque que ces remontées de dividendes ont constitué le noeud des difficultés ayant conduit à la cessation des paiements;

Que les dirigeants successifs de la S.A.S. H..., comme il a été retenu plus haut, ne pouvaient s'opposer à cette décision de son associé unique, surtout à compter de l'année 2004 où les réserves étaient épuisées et qu'aucun d'entre eux n'avait les parts suffisantes dans la société holding pour influencer sur ses décisions ;

Attendu que le liquidateur judiciaire ne peut stigmatiser les dirigeants dans leurs tentatives peu efficaces à redresser l'activité de la société sans démontrer que leurs décisions personnelles étaient dépourvues de toute pertinence ou de toute adéquation avec la situation qu'ils affrontaient alors ;

Qu'aucun des éléments mis en avant par la SELARL S..., ès qualité, ne permet de discerner une telle incurie fautive de ces dirigeants à trouver la solution du redressement, les professionnels ayant examiné la situation concluant d'une même voix que le système même du LBO, en l'état des incertitudes sur les produits BULL, conditionnait totalement, et dès l'origine, la réussite de l'opération ;

Attendu que le liquidateur judiciaire n'a dès lors pas caractérisé de faute de gestion de ces dirigeants concernant la poursuite de l'activité déficitaire de la S.A.S. H... et sur la perte de ses capitaux propres, fautes qui auraient contribué à cette insuffisance ;

Que l'absence de reconstitution de son capital social, même en l'état d'une obligation légale, n'est pas plus la cause première de l'accroissement de l'insuffisance d'actif, si tant est que les dirigeants visés disposaient des pouvoirs effectifs à cette fin ;

Sur l'absence de comptabilité fiable et d'outil de gestion fiable

Attendu que pour constituer une faute, il est nécessaire que le liquidateur judiciaire établisse que les dirigeants n'ont pas fait établir de comptes ou les auraient délibérément émaillés d'irrégularités de nature à modifier la perception par les tiers et les créanciers de l'état de santé de la société ;

Attendu qu'une comptabilité a été tenue et a même fait l'objet d'approbations par un commissaire aux

comptes, les réserves émises par ce dernier sur deux exercices n'étant pas de nature à appuyer la thèse de l'absence de tout outil de gestion fiable ;

Que l'absence de communication rapide de cette comptabilité au liquidateur judiciaire n'est pas plus susceptible de caractériser une faute du dirigeant, en l'absence de démonstration d'une volonté délibérée de ce dernier d'occulter des éléments au mandataire judiciaire qui ne justifie d'ailleurs pas de mises en demeure en ce sens, peu important que ces documents soient quérables ou portables ;

Attendu que les erreurs commises dans la valorisation, notamment des titres de la société J..., comme dans l'absence de provisions suffisantes, ne sont pas plus à même de soutenir la thèse du liquidateur judiciaire sur la fiabilité de la comptabilité, alors que ces erreurs ne sont pas celles qui ont contribué à l'insuffisance d'actif, due plus que majoritairement à l'absence d'efficacité ou d'adéquation des mesures de restructuration et aux remontées inopportunes pour la société filiale des dividendes à sa société mère ;

Attendu que s'agissant des outils de gestion, le technicien commis a pour sa part insisté sur les nombreux « *appels à plusieurs conseils extérieurs* » (page 17 de son rapport) qui contredisent cette affirmation péremptoire du liquidateur judiciaire ;

Que surtout ce dernier ne rapporte en rien la preuve de ce que ces erreurs, volontaires ou non, aient contribué à l'insuffisance d'actif ;

Sur le retard du dernier dirigeant à déclarer la cessation des paiements

Attendu que cette question étant indubitablement liée à celle de la poursuite d'une activité déficitaire, non retenue ci-dessus, la détermination du moment où cet événement est intervenu ne peut résulter que des éléments fournis par le liquidateur judiciaire et les parties ;

Que la détermination de cette date, dans le cadre d'une telle action en comblement n'a pas les mêmes objectifs que ceux qui conduisent une juridiction à fixer, dans les limites légales rappelées par les parties, cette cessation des paiements, pivot d'une partie des événements d'une procédure collective ;

Attendu que comme l'a souligné la SELARL S..., ès qualité, et pour cette raison, la cour n'est pas en l'espèce tenue par la date butoir de report prévue par le Code de Commerce et par celle retenue par le Tribunal de Commerce ;

Attendu qu'il appartient à ce liquidateur judiciaire de rapporter la preuve de l'état de cessation des paiements avancé comme « *certain au troisième trimestre 2005* » ;

Attendu que le propre tableau de ce liquidation judiciaire en page 47 de ses écritures ne permet pas de le suivre dans son postulat, compte tenu de ce que ces créances étaient échues en grande partie postérieurement à cette date du 30 septembre 2005 ;

Qu'il est fait état de disponibilités au 31 décembre 2005 à hauteur de 343.475 € (valeur au bilan de 342.474 € au titre des disponibilités) pour un passif global estimé à 500.000 €, s'agissant de raccourcis bien approximatifs, au regard des chiffres et encours mensuels, pour déterminer à la fois le passif immédiatement exigible et l'actif disponible dans le même délai ;

Que, par exemple, la somme de 370.000 €, déclarée à titre provisionnel au titre de la TVA, ne pouvait par nature être enregistrée comme échue à cette fin d'année 2005 ;

Attendu que la date du 13 février 2006 retenue par le Tribunal de Commerce ne peut ainsi être revue en l'état de l'absence de toute autre démonstration chiffrée et concrète du liquidateur judiciaire ;

Attendu, en conséquence, qu'en l'absence de tout établissement d'une faute de gestion caractérisée ayant directement contribué à l'insuffisance d'actifs, la SELARL S..., ès qualité, ne peut qu'être déboutée de ses demandes en comblement de l'insuffisance d'actifs dirigées contre les appelants ;

Qu'au surplus la demande de condamnation solidaire, maintenue en cause d'appel s'avérait en tout état de cause totalement inappropriée du fait même des différences particulières existant entre les trois dirigeants visés, et surtout du fait de l'impact réel des résultats comptables enregistrés sur les périodes où ils ont exercé des responsabilités ;

Attendu que le jugement entrepris doit être infirmé en ce sens ;

Sur les dépens et les indemnités au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile

Attendu que l'article L 641-13 du Code de Commerce, invoqué par la SELARL S..., ès qualité, ne fait que régir l'existence et le mode de paiement des créances nées postérieurement à la liquidation judiciaire, une indemnité au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile étant par nature fixée au jour où la juridiction la consacre ;

Que ce texte ne peut en aucune façon interdire au juge de faire application de ce texte, dont les motifs ne portent en réalité que sur l'absence d'équité à prévoir une telle indemnité au titre des frais irrépétibles ;

Attendu qu'en l'état de ce que le liquidateur judiciaire succombe dans son action qu'en raison de son échec à établir le caractère fautif et délibéré des actes de gestion des trois appelants, l'équité ne commande nullement de faire application de ce texte à leur profit ;

Attendu que les dépens, de première instance comme d'appel, devront demeurer à la charge de la liquidation judiciaire de la S.A.S. H... et employés en frais privilégiés de procédure collective ;

Que les termes de l'article 699 du Code de Procédure Civile n'ont dès lors pas à recevoir application ;

PAR CES MOTIFS

La Cour,

Vu les conclusions récapitulatives déposées par les parties,

Vu les réquisitions du Ministère Public,

Statuant sur l'incident de sursis à statuer joint au fond,

Le rejette.

Infirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions et statuant à nouveau :

Rejette l'exception d'irrecevabilité soulevée par Michel T..., comme celle d'inopposabilité touchant au rapport d'Henri E...,

Déboute la SELARL S..., représentée par Maître W..., ès qualité de liquidateur judiciaire de la S.A.S. H... de toutes ses demandes dirigées contre François M..., Régis A... et Michel T...,

Dit n'y avoir lieu à faire application de l'article 700 du Code de Procédure Civile au profit des

appelants,

Dit que les dépens de première instance et d'appel seront employés en frais privilégiés de liquidation judiciaire.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,