

## Tribunal de première instance, 4 mai 2017, M. j-p. S. et M. I. PE. c/ La SA B

---

<i>Type</i>	Jurisprudence
<i>Jurisdiction</i>	Tribunal de première instance
<i>Date</i>	4 mai 2017
<i>IDBD</i>	16030
<i>Débats</i>	Audience publique
<i>Matière</i>	Civile
<i>Intérêt jurisprudentiel</i>	Fort
<i>Thématiques</i>	Procédures collectives et opérations de restructuration ; Dirigeant et associé

---

Lien vers le document : <https://legimonaco.mc/jurisprudence/tribunal-premiere-instance/2017/05-04-16030>

**LEGIMONACO**

[www.legimonaco.mc](http://www.legimonaco.mc)

## Abstract

Action en comblement de passif – Intervention volontaire – Associé commandité – Recevabilité (non)

Qualification – Dirigeant de fait (non) – Conditions

## Résumé

L'article 383 du Code de procédure civile dispose que « *Quiconque aura intérêt dans une instance suivie entre d'autres personnes aura le droit d'y intervenir* ». I. PE., s'appuyant sur ces dispositions soutient qu'en sa qualité d'associé commandité, il est indéfiniment et solidairement responsable du passif social de la SCS A ce qui établit selon lui son intérêt à agir aux côtés du syndic. Cependant, cet article doit être combiné avec les dispositions de l'article 530 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce suivant lesquelles « *dès l'ouverture de la procédure de liquidation des biens, le débiteur est dessaisi* » qui a pour effet de dessaisir le débiteur de ses droits et actions de nature patrimoniale, de sorte qu'il n'a plus qualité pour agir. En l'absence de toute modulation dans le texte, la jurisprudence a toutefois cantonné le dessaisissement aux actions patrimoniales. Il en résulte que son droit d'agir se limite à des droits propres qui ne se confondent pas avec celui du syndic. L'action en comblement du passif est engagée au nom et au profit exclusif de la masse des créanciers. L'intervention volontaire, initiée sous couvert d'appuyer le syndic, mais qui se traduit dans les conclusions ultérieures par une demande de condamnation à des dommages et intérêts à hauteur de la somme de 5.180.812,62 €, a donc, à l'évidence un objet patrimonial. Il est en outre indifférent que I. PE. tente de débattre de la motivation du syndic à cette fin de non-recevoir alors qu'il aurait pu selon lui s'abstenir de la soulever. Il convient en conséquence de déclarer I. PE. irrecevable en son intervention volontaire.

Selon l'article 560 du Code de commerce : « *Lorsqu'à la suite d'un jugement constatant la cessation des paiements d'une personne morale, il apparaît que l'actif est insuffisant pour faire face au passif, le Tribunal peut décider que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants saufs pour ceux-ci à justifier qu'ils ont apporté à la gestion toute l'activité et la diligence convenables* ». Ce texte pose une double présomption de faute dans la gestion et de relation causale. Il impose la réunion des conditions suivantes : un jugement constatant l'état de cessation des paiements d'une personne morale, l'insuffisance de l'actif pour faire face au passif, et l'existence de personnes pouvant être qualifiées de dirigeants. En l'espèce, la réunion des deux premières conditions n'est pas discutée. S'agissant de la troisième condition, dès lors que la SA B n'était pas dirigeant de droit de la SCS A, il appartient au syndic, demandeur à l'action, d'établir sa qualité de dirigeant de fait. Cette démonstration suppose la réunion des conditions suivantes : une activité de direction et de gestion caractérisée, l'exercice habituel ou régulier de cette activité, l'exercice indépendant de cette activité, notamment à l'égard des dirigeants de droit. Ces conditions, qui doivent être cumulées, sont appréciées strictement. La direction de fait s'établit par une activité effective de la personne à qui on l'oppose, c'est à dire des actes de gestion, habituels ou réguliers, et en toute indépendance vis à vis des dirigeants de droit. Ainsi, des dispositions contractuelles seules ne peuvent constituer une direction de fait puisqu'à ce stade, il n'est pas démontré d'actes particuliers d'immixtion régulière dans la gestion. En l'espèce, j-p. S., qui ne rapporte pas la preuve que la SA B dont le siège est à Paris, aurait de manière habituelle, et en toute indépendance pu accomplir et accompli des actes de gestion de la SCS I. PE. à Monaco, ne démontre pas qu'elle en était le dirigeant de fait. Il s'ensuit que les conditions de l'article 560 du Code de commerce ne sont pas réunies. Il convient en conséquence de débouter j-p. S. de sa demande tendant à faire supporter à la SA B l'insuffisance d'actif de la SCS I. PE. à hauteur de la somme de 3.715.000 €.

---

## TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

N° 2014/000630 (assignation du 8 mai 2014)

### JUGEMENT DU 4 MAI 2017

En la cause de :

- 1. M. j-p. S., né le 27 mai 1946 à Monaco (98000), de nationalité monégasque, demeurant à Monaco (98000), X1 agissant en qualité de Syndic à la liquidation des biens de la société en commandite simple A, immatriculée au répertoire du commerce et de l'industrie de Monaco sous le n° XX, ayant son siège social X2, nommé auxdites fonctions par jugement du Tribunal de Première Instance de Monaco en date du 8 mai 2013 ;

DEMANDEUR, ayant élu domicile en l'Étude de Maître Patricia REY, avocat-défenseur près la Cour d'appel de Monaco et plaidant par Maître Gilbert MANCEAU, avocat au Barreau de Paris ;

- 2. M. I. PE., né le 20 mars 1938 à Paris, de nationalité française, agissant tant à titre personnel qu'en sa qualité de gérant commandité de la SCS A, demeurant à Monaco, X3 ;

INTERVENANT VOLONTAIRE, ayant élu domicile en l'Étude de Maître Frank MICHEL, avocat-défenseur près la Cour d'appel de Monaco et plaidant par ledit avocat-défenseur ;

d'une part ;

Contre :

- La SA B, société anonyme au capital de XXX € immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Paris sous le numéro YY ayant son siège X4, 75007 Paris, France, prise en la personne de son Président - Directeur Général en exercice, domicilié en cette qualité audit siège.

DÉFENDERESSE, ayant élu domicile en l'Étude de Maître Olivier MARQUET, avocat-défenseur près la Cour d'appel de Monaco et plaidant par ledit avocat-défenseur ;

En présence de :

- M. le PROCUREUR GÉNÉRAL près la Cour d'appel de Monaco, Parquet Général, Palais de Justice, 5 rue Colonel Bellando de Castro à Monaco ;

COMPARAISSANT EN PERSONNE,

d'autre part ;

### **LE TRIBUNAL,**

Vu l'exploit d'assignation du ministère de Maître Marie-Thérèse ESCAUT-MARQUET, huissier, en date du 8 mai 2014, enregistré (n° 2014/000630) ;

Vu les conclusions de Maître Olivier MARQUET, avocat-défenseur, au nom de la SA B, en date des 16 septembre 2014, 20 février 2015, 2 octobre 2015, 18 décembre 2015 et 9 juin 2016 ;

Vu les conclusions de Maître Patricia REY, avocat-défenseur, au nom de j-p. S., en date des 28 novembre 2014, 8 mai 2015 et 25 février 2016 ;

Vu les conclusions de Maître Frank MICHEL, avocat-défenseur, au nom de I. PE., en date des 28 novembre 2014, 6 novembre 2015 et 14 avril 2016 ;

Vu les conclusions de Monsieur le Procureur Général en date du 27 juin 2016 ;

À l'audience publique du 26 janvier 2017, tenue en Chambre du Conseil, les conseils des parties ont été entendus en leurs plaidoiries, le Ministère Public en ses observations et le jugement a été mis en délibéré pour être prononcé le 30 mars 2017, délai qui a été prorogé au 4 mai 2017, les parties en ayant été avisées par le Président ;

### **EXPOSÉ DU LITIGE**

#### **LES FAITS ET LA PROCÉDURE ANTÉRIEURE**

La société en commandite simple A a été constituée le 21 janvier 2005 par I. PE., associé commandité, la SA C et la SA B en qualité d'associés commanditaires.

Par acte sous-seing privé du 15 décembre 2008, enregistrée le 30 décembre 2010, la SA C a cédé l'intégralité des 265 parts sociales qu'elle détenait dans le capital de la SCS A, dorénavant réparti comme suit sur un total de 1.000 parts sociales :

- 370 parts détenues par I. PE.,
- 630 parts détenues par la SA B.

Un contrat de distribution commerciale exclusive des produits de la marque D avec licence de marque avait été conclu le 27 juillet 2004, modifié le 10 janvier 2005 avec la SA B portant sur les produits de la marque D sur le territoire de la PRINCIPAUTE et le ravitaillement des navires et permettant à la SCS A d'utiliser la dénomination commerciale de la marque « D » pour un magasin et un restaurant.

Par jugement du 22 septembre 2009 le Tribunal de première instance a prononcé la cessation des paiements de la SCS A et de I. PE., son gérant commandité, dont il a fixé provisoirement la date au 1er mai 2009.

Le juge commissaire a, par ordonnance du 1er juin 2011, arrêté provisoirement l'état des créances de la SCS A à la somme de 5.128.099,06 €, sous réserve des droits non encore liquidés et des réclamations effectuées par la société à l'encontre des créances produites par les sociétés E, SA B, F, G, H, SARL I et SARL J.

Le Tribunal de première instance a admis à titre définitif la créance de la société E pour un montant de 206.689,47 € par jugement du 7 mars 2013.

La SCS A et I. PE. ont été déboutés de leur contestation de la créance de la SA B, laquelle a été admise à titre définitif par jugement du 17 janvier 2013 pour un montant de 3.239.958,02 €.

La SCS A et I. PE. ont interjeté appel de cette décision.

Suivant jugement de ce Tribunal en date du 6 juin 2013, les créances admises sous réserve des droits non encore liquidés, ont fait l'objet d'une admission définitive, pour les mêmes montants.

Le passif de la SCS A a été ainsi fixé à la somme de 5.109.509,02 €, sous réserve de l'appel concernant l'admission définitive de la créance de la SA B.

Par arrêt du 9 juin 2015, la Cour d'appel a déclaré cet appel irrecevable.

Par acte d'huissier en date du 22 octobre 2012 à la requête de la SCS A représentée par son gérant en exercice I. PE. et de I. PE., il était délivré assignation à la SA B et à a. PE., devant le Tribunal de Première Instance, afin d'obtenir leur condamnation à prendre en charge *in solidum* l'intégralité du passif de la SCS A représentant la somme de 5.180.812,62 € à payer entre les mains du syndic de la procédure collective, et subsidiairement à payer la même somme à titre de dommages-intérêts en l'état de leur comportement fautif, ainsi en toute hypothèse, qu'à payer à I. PE. la somme de 500.000 € en réparation des préjudices moraux et financiers causés par la déconfiture de la société et la procédure collective dont il a fait l'objet.

Par jugement rendu le 5 décembre 2013, le Tribunal de Première Instance a déclaré irrecevable l'action introduite par la SCS A et I. PE. à l'encontre de la SA B et de a. PE., et les a condamnés *in solidum* à payer la somme de 1.000 € à titre de dommages et intérêts aux défendeurs.

### **LA PRÉSENTE PROCÉDURE**

Sur sa requête enregistrée le 23 avril 2014, j-p. S. syndic à la cessation des paiements de la SCS A, a été autorisé par ordonnance du président de ce Tribunal en date du 29 avril 2014 à faire assigner, en présence du Procureur Général, la SA B à l'effet de la voir condamner sur le fondement des articles 560 et suivants du Code de commerce au paiement de l'intégralité de l'insuffisance d'actif de la SCS A.

Par acte d'huissier en date du 8 mai 2014, j-p. S. en sa qualité de syndic à la liquidation des biens de la société en commandite simple A a fait assigner la SA B devant le Tribunal de Première Instance, en présence du Procureur Général, afin de voir, sous le bénéfice de l'exécution provisoire :

- Constater que la SA D a dirigé la SCS A ;
- Condamner la SA D à supporter l'intégralité de l'insuffisance d'actif de la société SCS A, évaluée à 3.715.000 €, sauf à parfaire en les condamnant au paiement de ce montant ;

Par conclusions visées le 6 novembre 2015 I. PE. s'est constitué intervenant volontaire à la procédure.

Après évolution, les prétentions et moyens des parties s'établissent comme suit :

- j-p. S. a fait déposer des conclusions les 28 novembre 2014, 8 mai 2015, et 25 février 2016, par lesquelles il réitère ses demandes initiales et sollicite en outre que I. PE. soit déclaré irrecevable en son intervention volontaire.

Il expose, outre les faits sus énoncés, que :

- Le 28 décembre 2012, I. PE. avait introduit une action dirigée contre la SA B et a. PE. tendant à leur condamnation *in solidum* à la prise en charge de l'entier passif de la SCS A, et le cas échéant du sien, et subsidiairement au paiement de la somme de 5.180.812,62 €, montant du passif, à titre de dommages et intérêts, au profit de I. PE. et de la SCS I. PE. ;
- La vie sociale de la SCS I. PE. étant toujours déficitaire, seul le soutien de la SA B a retardé l'ouverture de la procédure collective, sans mesures de redressement mises en place pour éviter la défaillance de l'entreprise, le gérant I. PE. avouant lui-même dans l'assignation qu'il n'avait aucune expérience de l'activité de la société ;

Il soutient :

*Sur la recevabilité de l'intervention volontaire de I. PE. que :*

Celui-ci est dessaisi de ses droits et actions de nature patrimoniale du fait de sa propre liquidation judiciaire ;

Il n'a aucun intérêt à agir puisque l'action en comblement du passif est engagée dans l'intérêt exclusif des créanciers de la masse.

Au fond :

Il fait valoir en substance que les rapports entre les deux sociétés révèlent l'immixtion de la société commanditaire dans la gestion de la SCS A qui résulte de la volonté de la SA B de déployer ses activités à Monaco, par des contrats imposés à la filiale, créée à cette seule fin.

Ainsi le projet d'entreprise été conçu pour instaurer la mainmise de la SA B sur sa filiale par un contrat de fournisseur exclusif qui était assorti d'un cahier des charges établissant un ensemble de contrôles de la gestion du fonds de commerce dans tous ses aspects, en contrepartie du droit de commercialiser les produits des marques D et K et recouvrant l'activité quasi exclusive de la SCS A.

Au titre de la portée du contrat de distribution, la domination de la défenderesse était assurée au moyen de l'article 5.2 du contrat de distribution qui, selon lui, impose au distributeur l'obligation de respecter toutes les directives de la SA B pour la commercialisation de ses produits, du cahier des charges, soumettant à l'accord de la défenderesse les plans d'agencement, le projet de décor, les méthodes de vente, de préparation, de présentation, et au moyen de l'article 7 du contrat susvisé qui fait obligation au distributeur d'établir une projection annuelle de chiffre d'affaires soumise à discussion et accord de la SA B sous peine de résiliation, de réaliser au moins 80% du chiffre d'affaires projeté, du droit de contrôle instauré sur la commercialisation des produits à l'intérieur du magasin, sur la carte du restaurant, ainsi que les boissons.

Au titre de l'exécution du contrat, la SA B disposait d'un pouvoir de décision dans l'élaboration et le prix de la carte, elle a pris part à la gestion effective de la SCS A en contribuant activement à des licenciements de salariés, en mettant en place une obligation de rapport régulier.

La SA B avait également la mainmise sur les comptes de la SCS A à laquelle elle a imposé un expert et un mandataire afin de surveiller la gestion quotidienne, avec rapport aux fins de contrôle. Elle est ainsi apparue aux yeux des tiers comme cogérante.

La SA B a également soutenu à son seul bénéfice l'activité déficitaire de la SCS A notamment par des apports en comptes courants.

Ces éléments caractérisent la qualité de dirigeant de fait.

À l'appui de ces éléments elle reprend à son compte les moyens développés dans l'assignation délivrée le 22 octobre 2012 à la requête de I. PE., qu'elle cite amplement dans l'assignation.

La SA B a fait déposer des conclusions le 16 septembre 2014, puis des conclusions récapitulatives le 27 février 2015, le 2 octobre 2015, des conclusions récapitulatives n° 2 le 18 décembre 2015, n° 3 le 9 juin 2016.

Aux termes de ses dernières conclusions récapitulatives (n° 3) elle demande au Tribunal de :

À titre principal,

- Débouter Monsieur j-p. S. en sa qualité de syndic de liquidation de la SCS A de l'ensemble de ses demandes ;
- Condamner j-p. S. en la qualité susvisée à la somme de 10.000 € de dommages-intérêts pour procédure abusive ;
- Déclarer I. PE. irrecevable en son intervention volontaire ;

À titre subsidiaire,

- Débouter I. PE. de l'ensemble de ses demandes.

Elle rappelle que I. PE. a été déclaré irrecevable pour des prétentions identiques par jugement de ce Tribunal du 5 décembre 2013, qu'en l'état du dessaisissement opéré conformément à l'article 530 du Code de commerce, dont les dispositions sont d'ordre public, il est irrecevable à intervenir dans le cadre de la présente instance au soutien des demandes du syndic.

*Sur l'action engagée par le syndic, elle développe les moyens suivants :*

Le régime de la société en commandite simple fixé par les articles 30 et suivants du Code de commerce consacre le droit de l'associé commanditaire de défendre son investissement par « *des avis et conseils, des actes de contrôle et de surveillance* » qui ne l'engagent point ainsi qu'il résulte de l'article 35 du même code.

L'action en comblement du passif requiert d'apprécier préalablement l'existence de personnes pouvant être qualifiées de dirigeants, qu'ils soient de droit ou de fait ; la preuve de la qualité de dirigeant de fait incombe au demandeur, qui doit ainsi établir l'existence d'une activité de direction et de gestion effectives, l'exercice habituel ou régulier de cette activité, ainsi qu'une totale indépendance, notamment à l'égard des dirigeants de droit.

Elle conteste la qualité de dirigeant de fait, aux motifs essentiellement que :

- La qualité de fournisseur quasi exclusif n'est ni interdite, ni significative de la gestion de fait ;
- Les modalités de contrôle fixées au cahier des charges sont présentées de manière trompeuse puisqu'elles visent à des contrôles ponctuels, le distributeur ne s'étant réservé aucun droit de contrôle quotidien ;
- Les clauses relatives au plan d'agencement à la projection annuelle du chiffre d'affaires et aux objectifs à atteindre sont ordinaires dans les contrats de ce type avec licence de marques et d'enseigne et ne remettent pas en question les pouvoirs de direction et de gestion dévolus à I. PE. ;
- Les exigences de I. PE. lors de la négociation des contrats établissent que l'ensemble des clauses ne lui a pas été imposé dans un processus contractuel subi ;
- Les clauses protectrices du distributeur visent à l'équilibre du contrat au vu des licences de marques accordées et du caractère exclusif sur le territoire monégasque dudit contrat de distribution qui portait également sur les ventes en gros des produits D ;
- Le demandeur opère une confusion entre les deux qualités d'associé commanditaire dans la SCS A et de cocontractant de la SA B, les contrats ne pouvant être considérés comme des actes d'immixtion du commanditaire ;
- La jurisprudence de manière constante exige la démonstration d'une activité positive de direction exercée en toute indépendance, non retenue lorsque le franchiseur s'est conformé aux stipulations du contrat lui permettant d'examiner les lieux d'exploitation, les stocks, les contrats et comptes et de contrôler les équipements et installations ;

- Aucune activité de gestion et de direction permanente et habituelle n'est démontrée, le demandeur se bornant à contester des stipulations contractuelles ordinaires ;
- Il n'est pas établi une gestion indépendante de la SA B qui n'avait pas accès à la documentation comptable et commerciale de la SCS A ;
- En outre, une partie des clauses, présentées par le demandeur comme caractérisant l'emprise gestionnaire de la SA B, n'ont pas été mises en œuvre par la SCS A ;
- Ne peut être considéré comme un acte de gestion le recours à un cabinet de consultants pour procéder à un audit de la boutique et du restaurant, intervenu dans le cadre du changement d'actionariat en décembre 2008 (cession des parts de la SA C), dans un contexte de défaillance de paiements de la SCS A à l'égard d'un prêt bancaire, d'engagements de M. I. PE. d'y apporter des fonds (300.000 €), cet audit répondant à une finalité d'optimisation de la viabilité de la société dans laquelle elle a investi et l'intervention d'un « expert » n'étant que la poursuite de cette mission, et résultant d'une décision unanime des actionnaires pour restructurer l'entreprise et non de la seule volonté unilatérale de la SA B imposée à I. PE. ;
- M. GI. est faussement présenté comme un mandataire de la SA B alors qu'il était salarié de la SCS A, recruté par I. PE. ;
- Les allégations du demandeur relativement à la gestion du personnel par la SA B sont fausses ; les mails produits, cités de manière tronquée, établissent au contraire des échanges sur sollicitations de I. PE., lequel prenait les décisions ;
- En tout état de cause, il s'agit de deux mails isolés, insuffisants à démontrer une gestion régulière des ressources humaines ;
- I. PE. sollicitait régulièrement les conseils de a. PE. en tentant de se défaire sur lui de ses responsabilités ;
- Les arguments adverses relatifs à la mise en place d'un « reporting » régulier, et à une contribution de la SA B à la logistique de la SCS A doivent être écartés car ils ne sont appuyés sur aucune pièce ;
- Le droit de contrôle et de surveillance de la gestion appartient légalement à tous les associés non gérants ; la vérification des comptes par la SA B en sa qualité d'associé commanditaire n'a donc rien d'anormal et a été mis en œuvre de manière concertée et annuelle pour permettre la réconciliation annuelle des comptes des deux sociétés, notamment au regard des exigences comptables plus développées de la législation française pour la SA B ;
- La SA B n'avait que peu de visibilité sur les comptes de la SCS A en l'état de l'obstruction systématique de I. PE. à la transmission d'informations, ce que traduisent les demandes de la SA B demeurées sans réponse ;

Le demandeur opère à dessein une confusion entre les qualités d'associé et de fournisseur de la SA B.

En définitive, les pièces du demandeur se limitant à trois correspondances et au diagnostic de la situation de l'établissement effectué par la société M, il n'en ressort pas de répétition ou durée susceptible d'établir le caractère habituel des actes de gestion.

Les arguments relevant du soutien abusif d'une société déficitaire sont inexacts et inopérants dans le cadre d'une action en comblement de passif dont ils ne constituent pas une des conditions.

La SA B s'attache encore à démontrer, à titre subsidiaire, si elle devait être qualifiée de dirigeant de fait qu'elle a apporté à la gestion toute l'activité et la diligence nécessaires.

Elle estime enfin qu'en l'absence de fondement sérieux, le demandeur a abusé des voies de droit, lui causant ainsi le préjudice dont elle demande réparation.

I. PE. a fait déposer des conclusions d'intervention volontaire le 2 avril 2014, le 6 novembre 2015, le 14 avril 2016, aux termes desquelles il demande au Tribunal de :

- L'accueillir en son intervention volontaire comme recevable en la forme ;
- Débouter le syndic de sa demande tendant à voir déclarer irrecevable cette intervention volontaire ;
- Au fond, lui donner acte de ce qu'il s'associe aux demandes de l'organisation syndicale ;
- Subsidiairement condamner la SA B à lui payer ainsi qu'à la SCS I. PE., la somme de 5.180.812,62 € à titre de dommages et intérêts en réparation des préjudices, tant moraux que financiers que lui ont occasionnés la déconfiture de la société et la procédure collective dont ils ont fait l'objet ;
- En toute hypothèse, condamner également la SA B à lui payer la somme de 500.000 € à titre de dommages-intérêts.

Il rétorque sur la recevabilité de son intervention volontaire, qu'il entend appuyer l'action du syndic ; que ce dernier n'était pas obligé de soulever l'irrecevabilité née du dessaisissement et qu'il est étrange qu'il ait cru devoir le faire ; qu'il a un intérêt légitime à agir conformément à l'article 383 du Code de procédure civile car il est solidairement et indéfiniment responsable du passif de la SCS A ; qu'il dispose enfin du droit fondamental d'accès au juge consacré par l'article 6 de la CEDH.

*Sur le fond*, il fait valoir pour l'essentiel qu'il n'a été désigné gérant que parce qu'il était domicilié à Monaco et en mesure d'apporter le droit de bail du local choisi par la SA B, qu'il n'a aucune expérience de la restauration, et développe l'immixtion de cette société dans la gestion du commerce, caractérisée selon lui par sa contribution aux décisions de licenciement de salariés, à l'organisation, par la mise en place d'un « reporting » régulier et une intervention dans la logistique de l'entreprise.

Il relève ainsi que la SA B a imposé la présence dans l'entreprise de son mandataire ainsi que d'un expert.

Qu'elle avait la mainmise sur les comptes de la société qu'elle vérifiait et a soutenu l'activité déficitaire de l'entreprise, notamment en procédant à de nombreux apports en comptes courants.

Aux termes de ses conclusions écrites du 28 juin 2016, le Procureur Général s'en est rapporté à l'appréciation du Tribunal. À l'audience il a oralement conclu à ce qu'il soit fait droit à la demande du syndic.

## **SUR CE,**

*Sur la recevabilité de l'intervention volontaire de I. PE. :*

L'article 383 du Code de procédure civile dispose que « *Quiconque aura intérêt dans une instance suivie entre d'autres personnes aura le droit d'y intervenir* ».

I. PE., s'appuyant sur ces dispositions soutient qu'en sa qualité d'associé commandité, il est indéfiniment et solidairement responsable du passif social de la SCS A ce qui établit selon lui son intérêt à agir aux côtés du syndic.

Cependant, cet article doit être combiné avec les dispositions de l'article 530 alinéa 1er du Code de commerce suivant lesquelles « *dès l'ouverture de la procédure de liquidation des biens, le débiteur est dessaisi* » qui a pour effet de dessaisir le débiteur de ses droits et actions de nature patrimoniale, de sorte qu'il n'a plus qualité pour agir.

En l'absence de toute modulation dans le texte, la jurisprudence a toutefois cantonné le dessaisissement aux actions patrimoniales.

Il en résulte que son droit d'agir se limite à des droits propres qui ne se confondent pas avec celui du syndic.

L'action en comblement du passif est engagée au nom et au profit exclusif de la masse des créanciers.

L'intervention volontaire, initiée sous couvert d'appuyer le syndic, mais qui se traduit dans les conclusions ultérieures par une demande de condamnation à des dommages et intérêts à hauteur de la somme de 5.180.812,62 €, a donc, à l'évidence un objet patrimonial.

Il est en outre indifférent que I. PE. tente de débattre de la motivation du syndic à cette fin de non-recevoir alors qu'il aurait pu selon lui s'abstenir de la soulever.

Il convient en conséquence de déclarer I. PE. irrecevable en son intervention volontaire.

*Sur le fond :*

Selon l'article 560 du Code de commerce : « *Lorsqu'à la suite d'un jugement constatant la cessation des paiements d'une personne morale, il apparaît que l'actif est insuffisant pour faire face au passif, le Tribunal peut décider que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants saufs pour ceux-ci à justifier qu'ils ont apporté à la gestion toute l'activité et la diligence convenables.* ».

Ce texte pose une double présomption de faute dans la gestion et de relation causale.

Il impose la réunion des conditions suivantes :

- Un jugement constatant l'état de cessation des paiements d'une personne morale,
- L'insuffisance de l'actif pour faire face au passif,
- L'existence de personnes pouvant être qualifiées de dirigeants.

En l'espèce, la réunion des deux premières conditions n'est pas discutée.

S'agissant de la troisième condition, dès lors que la SA B n'était pas dirigeant de droit de la SCS A, il appartient au syndic, demandeur à l'action, d'établir sa qualité de dirigeant de fait.

Cette démonstration suppose la réunion des conditions suivantes :

- une activité de direction et de gestion caractérisée,
- l'exercice habituel ou régulier de cette activité,
- l'exercice indépendant de cette activité, notamment à l'égard des dirigeants de droit.

Ces conditions, qui doivent être cumulées, sont appréciées strictement.

Le syndic soutient à cette fin en premier lieu que la construction contractuelle entre les deux sociétés, qui avait pour objet de placer la SCS A sous son contrôle, pour en faire un instrument du déploiement de ses activités en Principauté a été imposée par la SA B.

Ces deux sociétés ainsi que I. PE. sont liées par un contrat de distribution des produits avec licence de marques et autorisations d'exploitation de l'enseigne « D » en date du 27 juillet 2004.

La SCS A est ainsi devenue le représentant local de la marque, avec une boutique de dégustation ainsi qu'une habilitation exclusive sur l'ensemble du territoire monégasque à la vente en gros vers les hôtels et traiteurs ainsi qu'au ravitaillement des navires.

Si j-p. S. soutient que le contrat a été « imposé » à la SCS par la SA B, il n'invoque aucun acte particulier au soutien de cette affirmation.

Elle n'est pas davantage établie par les pièces qu'il verse au débat, dont aucune n'est relative à une attitude ou un acte circonstancié de contrainte de la part de la SA B, tant préalablement qu'au moment de la signature du contrat.

La SA B démontre au contraire que les conditions contractuelles ont été négociées par I. PE. dirigeant de la SCS A alors en formation, assistée d'un avocat, en l'occurrence Maître Franck MICHEL, son conseil actuel, ainsi qu'il résulte d'un courriel adressé par un intermédiaire à a. PE. le 29 mars 2004 qui relate l'état des négociations en cours, en se référant aux amendements apportés par les clients de Maître Franck MICHEL sur le contrat proposé, tels que : un en-cours maximum de 35.000 €, la suppression de tout montant minimum de commande, la compétence des tribunaux monégasques, et qui se retrouvent en-tout ou partie dans le contrat signé : en-cours maximum finalement limité à 25.000 €, pas de clause d'obligation d'un montant minimal de commande, compétence des juridictions monégasques.

Alors que les échanges précontractuels se sont déroulés avec les associés, la SCS A n'étant pas encore formée, le délai de constitution a été dépassé et a donné lieu à un avenant du 10 janvier 2005, puis un second avenant le 18 octobre 2005 sur demande de I. PE., la SA B acceptant de proroger le délai de réalisation des conditions suspensives stipulées à son seul profit.

Il ne peut non plus être sérieusement reproché à la SA B d'être le fournisseur quasi exclusif de la SCS A dès lors qu'il s'agit d'une situation ordinaire de rapports commerciaux, non prohibée, et qu'elle n'est pas un des éléments de nature à caractériser une direction de fait.

Le syndic soutient encore que par le contrat la SA « a imposé » un cahier des charges « prévoyant un ensemble de contrôles dans la gestion quotidienne de l'entreprise » lui conférant des prérogatives dans tous les domaines de son fonctionnement tel que l'approvisionnement du magasin, le diagnostic financier, la désignation d'un expert financier, la gestion du personnel, la politique commerciale de l'entreprise, sa gestion comptable et financière.

I. PE. a été assisté de son avocat-défenseur et a négocié librement les conditions contractuelles préalablement à la signature du contrat ; il n'est donc pas plus établi qu'il ait pu être soumis par une contrainte quelconque aux clauses d'un cahier des charges, qui n'est au demeurant pas produit au débat.

En fait de cahier des charges, j-p. S. évoque les articles 5 et 7 du contrat - donc librement consentis - qui mentionnent l'obligation de respecter le cahier des charges.

Il est encore inexact d'affirmer que ces dispositions, qui ne le précisent ni ne l'induisent nullement, instaurent un contrôle quotidien de la SA.

L'article 5 du contrat comporte une clause numérotée 5.2 intitulée « *Respect du cahier des charges* » suivant laquelle le distributeur s'engage à assurer la commercialisation des produits dans le magasin conformément au cahier des charges et aux directives recommandations et conseils que lui fournira la SA B en exécution des dispositions de l'article 7, et prévoit diverses dispositions visant à garantir que l'agencement du magasin, la présentation et les modalités de mise en vente des produits seront compatibles avec l'image et le prestige de la marque.

Les annexes 3 et 6 au contrat sont intitulées « *cahier des charges* » et ne comprennent chacune qu'une brève disposition de quelques lignes concourant à cet objectif d'harmonisation.

L'article 7, sous l'intitulé « *OBJECTIFS* » stipule l'obligation pour le distributeur de remettre chaque année une projection du chiffre d'affaires de l'année à venir pouvant être rediscutée entre les parties, le désaccord persistant pouvant donner lieu à résiliation, étant précisé que le distributeur s'engage à réaliser au moins 80% de la projection annuelle.

L'article 8 intitulé contrôle et assistance, donne à la SA B la possibilité d'inspections et l'engage à fournir à la SCS A une assistance lui permettant de se conformer aux modalités du cahier des charges.

Il est usuel dans les contrats de distribution avec licence de marques ou de franchise d'unifier quel que soit le lieu, la présentation des produits à la vente, les modalités de conservation ou d'hygiène s'agissant de produits alimentaires, la politique de remises ou soldes, afin de préserver l'image de la marque et de garantir au consommateur un niveau comparable de prestations.

La SCS I. PE. bénéficiait d'une exclusivité de distribution sur le territoire de la Principauté de sorte que la convention conclue entre les deux sociétés, similaire à ce type de contrats, qui fragilise le titulaire de la marque et fournisseur en le privant de toute autre commercialisation sur le secteur ainsi concédé, est rééquilibré par des conditions de commercialisation détaillées et préfixées entre les parties, et ce d'autant plus que la SA B n'avait pu faire admettre au contrat une clause obligeant la SCS A à acheter des quantités minimales, puisque ses cocontractants s'y étaient opposés, ainsi que le précise le courriel susvisé (pièce n° 40 de la SA).

En tout état de cause, la direction de fait s'établit par une activité effective de la personne à qui on l'oppose, c'est à dire des actes de gestion, habituels ou réguliers, et en toute indépendance vis à vis des dirigeants de droit.

Ainsi, des dispositions contractuelles seules ne peuvent constituer une direction de fait puisqu'à ce stade, il n'est pas démontré d'actes particuliers d'immixtion régulière dans la gestion.

Au titre du déroulement de la relation contractuelle, j-p. S. fait valoir dans l'assignation que l'implication de la SA B dans la gestion a été déterminante « *au travers du soutien financier apporté puisqu'elle était titulaire de créances fournisseur et d'avances en compte courant arrêtées globalement à un montant de 3.239.958,02 € représentatif des deux tiers du passif de la procédure collective* ».

Il n'est nullement expliqué en quoi le seul fait d'être l'un des créanciers principaux de la procédure collective, ce qui est habituel s'agissant d'un fournisseur exclusif, serait constitutif d'un acte de gestion. Il en est de même pour les affirmations relatives à des avances en compte courant, alors que la société est associée commanditaire, qui ne sont corroborées par aucune pièce.

L'article 6 du contrat, relatif à la commercialisation des produits D dans le cadre du restaurant, conférait au fournisseur un droit de regard sur l'élaboration de la carte destiné à vérifier le respect de la mise en valeur prioritaire de ses produits.

Il ne peut se déduire d'un seul courriel daté du 11 mai 2009, alors que la relation contractuelle remonte à 2004, que l'avis donné sur la nouvelle carte dépasserait l'obligation d'assistance et le droit de contrôle résultant du contrat.

L'article 3 du contrat qui stipule, au titre de ses conditions suspensives, que les plans d'aménagement des locaux et les projets de décoration et d'ameublement du magasin devront être soumis à l'agrément de la SA B constitue également une clause ordinaire comportant une volonté d'harmoniser auprès de la clientèle une image de la marque commercialisée et il n'est pas établi en l'espèce que ladite clause ait finalement été mise en œuvre, de sorte que de ce chef également le demandeur ne démontre pas d'acte de gestion.

Au titre de l'administration, j-p. S. évoque le courriel précité du 11 mai 2009 visant la rémunération d'un serveur, ainsi qu'un courrier du 18 avril 2009 relatif au licenciement d'un membre du personnel pour faute lourde du fait qu'il n'aurait pas respecté ses directives (pièces 7 et 8 du demandeur).

Le courriel du 11 mai 2009 traduit un échange, notamment par les termes suivants : « *j'en ai discuté avec I. ce matin* » « *vos commentaires sont attendus* » « *concernant n. nous en avons reparlé, et il doit avoir exactement les mêmes conditions que les autres serveurs* ».

En l'état de la concertation que cet échange révèle et qui établit l'absence de décision, il ne peut être retenu à ce titre d'acte de gestion.

Le courriel du 18 avril 2009, émanant de a. PE., qui expose les fautes devant être retenues à l'encontre d'un salarié ayant contrevenu à une décision collective et se termine par une injonction d'agir suivant les instructions données, caractérise une volonté manifeste d'immixtion dans la gestion, en dehors des prérogatives consenties par le contrat.

Toutefois, il est également demandé au destinataire d'informer « *M. RE. et I. PE. pour action et si toutefois pour une raison ou pour une autre les choses ne devaient pas se faire exactement de la manière décrite, m'informer immédiatement* ».

Nonobstant le ton particulièrement directif, cette conclusion laisse la possibilité au dirigeant de la société d'agir autrement, de sorte qu'en l'absence de toute autre pièce démontrant une ingérence suivie sur ce projet de licenciement, il ne peut en être tiré la preuve d'un acte effectif de gestion.

L'assignation se limite à ces éléments ; le syndic a, par ses conclusions ultérieures du 8 mai 2015 invoqué la présence dans les effectifs de la SCS A, de m. GI., mandataire de la SA B, qu'elle a « *imposé* ». (pièce 21 de la SA).

Alors que la SA B indique sans être contestée que m. GI. était un salarié de la SCS A engagé par I. PE., il n'est fourni aucun autre élément qu'un courrier d'un fournisseur impayé adressé à m. GI. et le présentant comme « *mandaté* », insuffisant à établir la présence dans la SCS A d'un représentant de la SA B chargé d'assurer la gestion pour son compte, aux lieux et place du gérant commandité.

Le demandeur fait enfin état d'un audit de la SCS A demandé par la SA B courant mars 2009 (pièce n° 6 du demandeur) et de la présence d'un expert.

L'article 35 du Code de commerce dispose en son alinéa 2 que « *Les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance n'engagent point l'associé commanditaire* ».

Ce texte pose ainsi le principe d'un droit de contrôle et de surveillance de l'associé commanditaire sur le fonctionnement de la SCS.

En l'espèce, en confiant à une société de consultants une mission d'audit de fonctionnement de la boutique et du restaurant, alors que les comptes de l'exercice 2008, déficitaires n'étaient pas déposés par la SCS A qu'elle venait de prendre une participation plus importante dans le capital de celle-ci, il n'apparaît pas que la SA B ait excédé son droit de contrôle et de surveillance.

Etant rappelé qu'il appartient au demandeur de prouver la direction de fait et qu'elle s'apprécie strictement, l'appréciation de l'auditeur sur la SA B ressort des phrases suivantes extraites du dit rapport « *À ce jour l'organigramme n'est pas clairement défini. Le rôle des différents intervenants ainsi que des Associés n'est pas clair. Exemple : un associé est « en charge » de l'opération mais avec confusion des rôles* », sans autre précision.

Ce rapport d'audit, lapidaire, n'est ni argumenté ni documenté ; il n'indique ni la méthode d'analyse mise en œuvre, ni les documents consultés, ni les constats et les raisonnements conduisant à ces affirmations péremptoires.

Il n'apparaît pas non plus que son auteur ait eu connaissance de la forme sociale de l'entreprise, la formule « *changement d'actionnariat de la boutique et du restaurant* » posant nécessairement question sur sa compétence juridique à différencier une société et un magasin, à déterminer le rôle d'un associé d'une SCS, ou celui d'un fournisseur exclusif dans le cadre du contrat de distribution.

En définitive, j-p. S., qui ne rapporte pas la preuve que la SA B dont le siège est à Paris, aurait de manière habituelle, et en toute indépendance pu accomplir et accompli des actes de gestion de la SCS I. PE. à Monaco, ne démontre pas qu'elle en était le dirigeant de fait.

Il s'ensuit que les conditions de l'article 560 du Code de commerce ne sont pas réunies.

Il convient en conséquence de débouter j-p. S. de sa demande tendant à faire supporter à la SA B l'insuffisance d'actif de la SCS I. PE. à hauteur de la somme de 3.715.000 €.

*Sur les demandes reconventionnelles en dommages et intérêts pour procédure abusive :*

La SA B ne démontre pas que le droit d'agir tant de I. PE. que de j-p. S. ait dégénéré en abus de sorte que ses demandes en dommages et intérêts seront rejetées.

*Sur les dépens*

j-p. S., qui succombe ès-qualités, supportera la charge des dépens de la présente instance, avec distraction au profit de Maître Olivier MARQUET, Avocat-Défenseur, à l'exception de ceux afférents à l'intervention volontaire de I. PE. qui demeureront à la charge de celui-ci ;

**PAR CES MOTIFS,**

**LE TRIBUNAL,**

**Statuant publiquement, par jugement contradictoire et en premier ressort, après débats en Chambre du Conseil,**

Déclare I. PE. irrecevable en son intervention volontaire ;

Déboute j-p. S. en sa qualité de syndic de la SCS A de l'intégralité de ses demandes ;

Déboute la SA B de ses demandes reconventionnelles en dommages et intérêts pour procédure abusive ;

Condamne j-p. S. en la qualité susvisée aux dépens de la présente instance distraits au profit de Maître Olivier MARQUET, avocat-défenseur, sous sa due affirmation, à l'exception de ceux afférents à l'intervention volontaire de I. PE. qui demeureront à la charge de celui-ci ;

Ordonne que lesdits dépens soient provisoirement liquidés sur état par le Greffier en Chef, au vu du tarif applicable ;

Ainsi jugé par Madame Martine COULET-CASTOLDI, Président, Chevalier de l'Ordre de Saint-Charles, Madame Françoise DORNIER, Premier Juge, Madame Léa PARIENTI, Juge, qui en ont délibéré conformément à la loi assistées, lors des débats seulement, de Madame Emmanuelle PHILIBERT, Greffier ;

Lecture du dispositif de la présente décision a été donnée à l'audience du 4 MAI 2017, dont la date avait été annoncée lors de la clôture des débats, par Madame Martine COULET-CASTOLDI, Président, Chevalier de l'Ordre de Saint-Charles, assistée de Madame Isabel DELLERBA, Greffier, en présence de Mademoiselle Alexia BRIANTI, Substitut du Procureur Général, et ce en application des dispositions des articles 15 et 58 de la loi n° 1.398 du 24 juin 2013 relative à l'administration et à l'organisation judiciaires.