

ciés, ne constitue pas une faute de gestion pour le dirigeant⁶. Il est vrai qu'il ne s'agit pas au sens propre de gestion⁷.

La présente décision vient ainsi tempérer cette limite liée à un critère organique. Que le dirigeant ne puisse se voir reprocher un acte ou une abstention relevant des associés et non de la direction est une chose. Néanmoins, en tant que dirigeant, il se doit d'impulser les bonnes décisions et, par conséquent, de demander aux associés de se prononcer par exemple sur l'augmentation de capital. La solution est heureuse et nous semble cohérente au regard de la fonction de dirigeant. En l'occurrence, l'augmentation de capital aurait pu éviter la cessation des paiements. On retrouve l'idée de prévention des difficultés à laquelle le dirigeant doit être sensibilisé⁸. Bien gérer, c'est aussi anticiper et savoir préparer le navire avant la tempête.

II. L'avenir de la solution

L'article L. 651-2 du Code de commerce prévoit désormais à la fin de son premier alinéa : « Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée. »

La question se pose inévitablement : le fait de ne pas demander une augmentation de capital qui pourrait permettre à la société d'éviter la mise en redressement ou en liquidation judiciaires relèvera-t-il de la « simple négligence », assurant ainsi l'exonération du dirigeant ?

Toute négligence sera-t-elle forcément simple ou verra-t-on fleurir en jurisprudence de subtiles distinctions entre la

négligence coupable qui permettrait la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant et la négligence simple ? Celle-ci serait plus légère, telle une « poussière de faute »⁹ qui, en droit de la responsabilité délictuelle, engage la responsabilité de son auteur de la même manière que la faute grave dès lors que l'objectif est la réparation et non la répression du comportement fautif.

Il est à souhaiter que les juges du fond qui auront à apprécier ce nouveau tempérament sauront l'utiliser avec parcimonie. La responsabilité des dirigeants est une matière forcément casuistique. La faculté laissée au tribunal de prononcer ou non la responsabilité (C. com., art. L. 651-2 : « Le tribunal peut (...) décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté » par le(s) dirigeant(s)) permettait déjà la mise à l'écart de la responsabilité en cas de simple négligence. Était-il besoin de le préciser ?

La précision apportée par le législateur éloigne un peu plus l'article L. 651-2 du Code de commerce de la logique de la responsabilité civile de droit commun avec laquelle, est-il besoin de le rappeler, il ne peut se cumuler¹⁰. Il n'est pas certain que l'objectif affiché de « l'amélioration du parcours de croissance pour les entreprises » (Titre VII contenant l'article 146 de la loi du 9 décembre 2016 ayant modifié l'article L. 651-2 du Code de commerce) soit par ce biais atteint.

Eva MOUJAL-BASSILANA

Professeur à l'université de Nice-Sophia-Antipolis
GREDEG-CREDECO, CNRS UMR 7321

6 Cass. com., 10 mars 2015, n° 12-15505 : BJS mai 2015, n° 113m1, p. 244, note Parachkévova I. ; D. 2015, Actu., p. 678, obs. Lienhard A. ; Act. proc. coll. 2015, n° 107, obs. Vallansan J. ; LEDEN avr. 2015, n° 56, p. 5, obs. Rubellin P.

7 Lucas F.-X., *Manuel de droit de la faillite*, 1^{re} éd., 2016, PUF, n° 293.

8 V. sur ce point, Moujal Bassilana E., « Entreprise en difficulté (Responsabilités et sanctions) », spéc. n° 85 : Rép. com. Dalloz.

9 Malaurie P., Aynès L. et Stoffel-Munck P., *Droit des obligations*, 6^e éd., 2016, LGDJ-Lextenso, n° 56.

10 Défendant l'idée d'une suppression de ce régime spécial de l'article L. 651-2 du Code de commerce pour un retour à la responsabilité civile de droit commun pouvant être exercée pendant la procédure collective, v. Lucas F.-X., *Manuel de droit de la faillite*, préc., n° 305.

Actions en justice dérivant d'une procédure d'insolvabilité : une nouvelle pierre à l'édifice 116d0

— L'ESSENTIEL —

L'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité doit-il être interprété en ce sens que relève exclusivement de la compétence du tribunal ayant ouvert la procédure d'insolvabilité l'action en responsabilité par laquelle il est reproché au cessionnaire d'une branche d'activité acquise dans le cadre de cette procédure de s'être présenté à tort comme assurant la distribution exclusive des articles fabriqués par le débiteur ?

— EXTRAITS —

Cass. com., 29 nov. 2016, n° 14-23273, Sté Expert Maschinenbau, F-D

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 juin 2014), rendu en matière de contredit, que, par un jugement du 14 juillet 2006, le tribunal de Darmstadt (Allemagne) a ouvert une procédure d'insolvabilité à l'égard de la société de droit allemand Expert Maschinenbau GmbH (la société Expert Maschinenbau), un administrateur judiciaire (l'administrateur) étant désigné ; que,

le 13 septembre 2006, celui-ci a conclu un accord provisoire avec la société de droit allemand Tünkers Maschinenbau GmbH (la société Tünkers Maschinenbau), candidate à la reprise de l'activité de propulsion secteur « P » de la société Expert Maschinenbau ; que, les 19 septembre, 24 et 27 octobre 2006, la société Tünkers Maschinenbau a écrit directement aux clients de la société Expert France, filiale française de la société Expert Maschinenbau, distributeur exclusif en France des matériels de celle-ci, pour les inviter à s'adresser désormais à elle pour effectuer leurs commandes ; que, par un acte définitif du 22 septembre 2006, l'administrateur a cédé le secteur « P » à la société de droit allemand Wetzels Fahrzeugbau GmbH, filiale de la société Tünkers Maschinenbau ; que, le 25 février 2013, la société Expert France a assigné les sociétés Tünkers France et Tünkers Maschinenbau devant le tribunal de commerce de Paris en responsabilité pour avoir commis des actes de concurrence déloyale en s'appropriant sa clientèle ; que se fondant sur l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, les sociétés défenderesses ont décliné la compétence de la juridiction saisie et revendiqué celle du tribunal de Darmstadt ; que le tribunal de commerce de Paris ayant rejeté leur exception d'incompétence par un jugement du 8 novembre 2013, les sociétés Tünkers France et Tünkers Maschinenbau ont formé contredit ; que par l'arrêt attaqué, la cour d'appel a rejeté le contredit et renvoyé l'affaire devant le tribunal de commerce de Paris ;

Attendu qu'au soutien de leur pourvoi, les sociétés Tünkers France et Tünkers Maschinenbau font valoir que relève exclusivement du tribunal ayant ouvert la procédure d'insolvabilité l'action en justice découlant de la prise d'une décision qui dérive directement de cette procédure et s'y insère étroitement ; qu'elles estiment que tel est le cas d'une action, fût-elle qualifiée d'action en responsabilité délictuelle, par laquelle il est reproché à celui qui a bénéficié de la cession d'une branche d'activité dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité de s'être présenté, à tort, comme assurant la distribution exclusive des articles fabriqués par le débiteur, dès lors qu'il appartient au seul tribunal de la procédure d'insolvabilité de déterminer le périmètre de la cession ; qu'elles rappellent que la société Tünkers Maschinenbau soutenait que c'était en vertu de l'accord provisoire du 13 septembre 2006, confirmé par l'accord définitif du 22 septembre suivant, que les produits relevant du secteur « P » fabriqués par la société Expert Maschinenbau lui avaient été proposés exclusivement en vue de leur commercialisation et en déduisait que la société Expert France contestait le droit de distribution exclusive qui lui avait été conféré dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ; qu'elles considèrent qu'en retenant la compétence du tribunal de commerce de Paris pour connaître de cette action, quand seul le tribunal ayant ouvert la procédure d'insolvabilité était compétent pour se prononcer

sur le point de savoir si le cessionnaire s'était présenté, à tort, comme assurant la distribution exclusive des articles fabriqués par le débiteur, la cour d'appel a violé l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 ;

Attendu que ce grief pose la question de la compétence internationale du juge de l'État membre sur le territoire duquel a été ouverte la procédure principale d'insolvabilité pour connaître d'une action en responsabilité pour concurrence déloyale, dont les demanderesse au pourvoi soutiennent qu'elle dérive directement de cette procédure d'insolvabilité et s'y insère étroitement ;

Attendu que, s'agissant de la détermination de la juridiction compétente, l'article 3, paragraphe 1, du règlement dispose : « Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire ; »

Que la Cour de justice des Communautés européennes, devenue de l'Union européenne, juge (CJCE, 12 févr. 2009, n° C-339/07, point 21) que, compte tenu de l'effet utile du règlement, l'article 3, paragraphe 1, de ce dernier doit être interprété en ce sens qu'il attribue également une compétence internationale à l'État membre sur le territoire duquel a été ouverte la procédure d'insolvabilité pour connaître des actions qui dérivent directement de cette procédure et qui s'y insèrent étroitement ;

Que le pourvoi pose la question de savoir si la présente action en responsabilité pour concurrence déloyale s'analyse en une action de droit commun, étrangère à la procédure principale d'insolvabilité ouverte devant le tribunal de Darmstadt, ou si, au contraire, elle entre dans la catégorie des actions qui dérivent directement de cette procédure et qui s'y insèrent étroitement, relevant de la compétence de cette juridiction ;

Qu'il y a donc lieu de renvoyer cette question à la Cour de justice de l'Union européenne ;

Par ces motifs : Renvoie à la Cour de justice de l'Union européenne aux fins de répondre à la question suivante :

« L'article 3 du règlement (CE) du Conseil n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité doit-il être interprété en ce sens que relève exclusivement de la compétence du tribunal ayant ouvert la procédure d'insolvabilité l'action en responsabilité par laquelle il est reproché au cessionnaire d'une branche d'activité acquise dans le cadre de cette procédure de s'être présenté à tort comme assurant la distribution exclusive des articles fabriqués par le débiteur ? » ;

Sursoit à statuer sur le pourvoi jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée ; (...)

— NOTE —

L'inclusion ou l'exclusion d'une action en justice dans la catégorie de celles dérivant d'une procédure d'insolvabilité au sens du règlement (CE) n° 1346/2000, du 29 mai 2000, continue de susciter des interrogations¹. L'identification d'une telle typologie d'actions est pourtant essentielle en ce qu'elle déter-

mine la compétence du tribunal ayant ouvert la procédure d'insolvabilité pour connaître du litige.

Les esquisses d'une clef de répartition s'étant dessinées au fil des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, toute intervention nouvelle de cette dernière en la matière est attendue avec vif intérêt. Dès lors, il convenait de faire écho à sa récente saisine par la Cour de cassation sur le sujet.

1 V. CJUE, n° C-641/16 (affaire en cours).

Les circonstances de l'affaire sont les suivantes. Par jugement en date du 14 juillet 2016, le tribunal de Darmstadt (Allemagne) a ouvert une procédure d'insolvabilité au bénéfice de la société de droit allemand Expert Maschinenbau, laquelle exerçait une activité de fabrication pour l'industrie automobile dont la distribution était effectuée en France par le biais exclusif de sa filiale Expert France.

Le 13 septembre 2016, un accord provisoire tendant à la cession de l'un des sous-secteurs d'activité a été conclu entre l'administrateur et la société allemande Tünkers Maschinenbau. La cession allait permettre au groupe Tünkers de faire distribuer en France, par l'intermédiaire de la filiale Tünkers France, des produits anciennement fabriqués par la société Expert Maschinenbau. Le 22 septembre suivant, la cession est définitivement intervenue au profit de la société Wetzlar Fahrzeugbau, filiale de la société Tünkers Maschinenbau. Entre-temps, cette dernière avait contacté les clients de la société Expert France pour les inviter à s'adresser désormais à elle pour effectuer leurs commandes.

C'est dans ce contexte que la société Expert France a assigné Tünkers Maschinenbau et Tünkers France devant le tribunal de commerce de Paris, sur le fondement des articles 1371 et 1382 du Code civil, aux fins de voir leur responsabilité engagée pour avoir commis des actes de concurrence déloyale en s'appropriant sa clientèle.

Les défenderesses ont soulevé l'incompétence de la juridiction saisie au visa des articles 3 et 4 du règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000. Elles se sont vues déboutées de leur exception², la cour d'appel de Paris ayant par la suite rejeté leur contredit³. Valablement saisie, la Cour de cassation relève que « le pourvoi pose la question de savoir si la présente action en responsabilité pour concurrence déloyale s'analyse en une action de droit commun, étrangère à la procédure principale d'insolvabilité ouverte devant le Tribunal de Darmstadt, ou si, au contraire, elle entre dans la catégorie des actions qui dérivent directement de cette procédure et qui s'y insèrent étroitement, relevant de la compétence de cette juridiction » avant de conclure qu'il y a lieu de renvoyer cette question à la Cour de Justice de l'Union européenne.

Si cette question préjudicielle est l'occasion de revenir sur les principes consacrés en matière d'identification des actions dérivant de la procédure d'insolvabilité (I), elle invite surtout la Cour de justice de l'Union européenne à prendre une position ferme sur le critère du fondement juridique de l'action considérée (II).

I. Les critères acquis en matière de détermination des actions en justice dérivées

Toute action qualifiée de dérivée d'une procédure d'insolvabilité relèvera de la compétence matérielle du tribunal qui aura ouvert cette dernière (A). Si des critères ont été définis, ceux-ci laissent une large place à l'interprétation en raison de leur généralité (B).

A. La dualité du critère d'identification des actions dérivées

L'identification d'une action dérivant d'une procédure d'insolvabilité entraîne l'application du règlement n° 1346/2000 et la compétence subséquente du tribunal de la procédure pour connaître du litige. Le principe a été posé par le célèbre arrêt *Gourdain*⁴, décision fondatrice depuis lors consacrée⁵. Il est ainsi acquis que seules les actions qui dérivent directement d'une procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement relèvent du champ d'application du règlement *Insolvabilité*⁶. Il a d'ailleurs été jugé que ledit règlement ne devrait pas faire l'objet d'une interprétation large à cet égard⁷.

Par ses décisions, la Cour de justice de l'Union européenne est progressivement venue affiner la définition des actions dérivées. Les formules employées n'ont cependant pas permis de créer une stricte ligne de partage entre les différentes typologies d'actions. En effet, c'est l'intensité du lien existant entre une action juridictionnelle et la procédure d'insolvabilité qui va être déterminante, critère laissant une large place à l'interprétation.

B. La généralité du double critère d'identification des actions dérivées

Le caractère autonome ou non d'une action juridictionnelle par rapport à la procédure d'insolvabilité est délicat à déterminer. C'est donc au travers d'une appréciation *in concreto* des litiges dont elle a eu à connaître que la Cour de justice de l'Union européenne est venue qualifier ou disqualifier certaines actions. De telles décisions sont bienvenues puisqu'elles constituent des réponses pragmatiques pour les praticiens mais ces illustrations ne sont pas encore suffisantes pour mettre fin aux interrogations propres au périmètre de ces actions spécifiques.

L'affaire en cause en est un parfait exemple. Alors que le tribunal de commerce et la cour d'appel de Paris ont refusé la compétence du tribunal ayant ouvert la procédure d'insolvabilité, la Cour de cassation a quant à elle estimé que la qualification de l'action juridictionnelle ainsi intentée n'était pas si évidente. L'incertitude était en effet plus que fondée compte tenu des derniers arrêts très remarquables de la Cour de justice de l'Union européenne.

4 CJUE, 22 févr. 1979, n° 133/78.

5 Règl. (UE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, consid. n° 6.

6 CJUE, 19 avr. 2012, n° C-213/10, F-TEX SIA : BJE juill. 2012, n° 127, p. 245, note Henry L.-C. – CJUE, 12 févr. 2009, n° C-339/07, Seagon.

7 CJUE, 10 sept. 2009, n° C-292/08, German Graphics.

2 T. com. Paris, 8 nov. 2013, n° 201318920.

3 CA Paris, P. 1, ch. 2, 19 juin 2014, n° 13/23057.

II. Le critère incertain du fondement juridique en matière de détermination des actions en justice dérivées

Après avoir lié la qualification d'action dérivant de la procédure d'insolvabilité au fondement juridique utilisé au soutien de la demande, la Cour de justice de l'Union européenne a semblé se raviser (A). La Cour de cassation invite précisément la haute juridiction communautaire à trancher (B).

A. La consécration avortée d'un critère empreint de clarté

Par son arrêt *Nickel*⁸, la Cour de justice de l'Union européenne affirmait que « le critère déterminant pour identifier le domaine dont relève une action est non pas le contexte procédural dans lequel s'inscrit cette action, mais le fondement juridique de cette dernière ». Que partant, « il convient de rechercher si le droit ou l'obligation qui sert de base à l'action trouve sa source dans les règles communes du droit civil et commercial ou dans des règles dérogatoires, spécifiques aux procédures d'insolvabilité ». La consécration d'un tel critère laissait présager la fin des incertitudes. La sérénité n'aura toutefois été que de courte durée puisque trois mois plus tard, la Cour faisait fi de cette clef de répartition en admettant qu'une action fondée sur une règle de droit allemand des sociétés reçoive la qualification d'action dérivant de la procédure d'insolvabilité et s'y insérant étroitement⁹.

La ligne de démarcation est depuis lors redevenue mouvante au gré des espèces et la refonte du règlement n° 1346/2000 n'aura à cet égard apporté aucune précision objective. La formule nouvelle demeure générale et donc sujette à interprétation, l'article 6 du règlement *Insolvabilité bis*¹⁰ visant « toute action qui découle directement de la procédure d'insolvabilité et y est étroitement liée, telles les actions révocatoires ». Si d'autres exemples d'actions reconnues par la Cour de justice de l'Union européenne comme étant soumises à l'empreint

de ce règlement sont par ailleurs cités¹¹, le critère du fondement juridique de l'action n'est pas expressément envisagé.

B. Le sort réservé d'un critère empreint de clarté

La Cour de justice de l'Union européenne se trouve ainsi invitée par la Cour de cassation à préciser l'éligibilité ou non d'une action fondée sur le droit commun de la responsabilité civile délictuelle à intégrer la catégorie des actions dérivées. Dans l'affirmative, le critère posé par la jurisprudence *Nickel* ne serait plus, à lui seul, de nature à fonder ou exclure la compétence du tribunal de la procédure d'insolvabilité mais il n'est pas impossible qu'il demeure un indice pertinent. Dans la négative, le champ d'application du règlement *Insolvabilité* se verrait utilement délimité, ce qui œuvrerait en faveur d'une plus grande sécurité juridique.

La consécration expresse du critère du fondement juridique de l'action apparaît cependant à date incertaine. Depuis quelque temps, la Cour s'est en effet montrée encline à une interprétation extensive du champ d'application matérielle du règlement n° 1346/2000 et à une concentration du contentieux au profit du tribunal de l'insolvabilité¹². Affirmer la force du critère du fondement juridique s'inscrirait dans un courant contraire mais probablement plus respectueux de la délimitation de l'application de la *lex concursus* qui doit présider aux procédures d'insolvabilité, tant elle est de nature à réduire la compétence du tribunal ayant ouvert la procédure. En ce qu'il constituera une pierre supplémentaire au précieux édifice jurisprudentiel de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'actions dérivées, l'arrêt *Tinkers* se fait déjà attendre puisque le législateur européen n'a pas tranché la question par le règlement (UE) n° 2015/848.

Jean-Emmanuel KUNTZ

Avocat à la Cour, Kuntz & Associés

Chloé GOTZORIDES

Avocat à la Cour, Kuntz & Associés

8 CJUE, 4 sept. 2014, n° C-157/13.

9 CJUE, 4 déc. 2014, n° C-295/13 : BJS févr. 2015, n° 113a8, p. 95, note Jault-Seseke F. et Robine D.

10 Règl. (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité.

11 Règl. (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 2015, cons. n° 35.

12 V., en ce sens, CJUE, 16 janv. 2014, n° C-328/12, Schmid : BJE mars 2014, n° 111a0, p. 108, note Henry L.-C. – CJUE, 11 juin 2015, n° C-649/13, Nortel : BJS oct. 2015, n° 114c1, p. 514, note Robine D. et Jault-Seseke F.

À SIGNALER ÉGALEMENT

Responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif 116e1

Lorsqu'un dirigeant d'une personne morale est déjà soumis à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, le montant du passif mis à la charge de ce dirigeant est déterminé par le tribunal qui a prononcé le redressement ou la liquidation judiciaire de la personne morale après mise en cause du représentant des créanciers ou du liquidateur désigné dans la procédure ouverte à l'encontre du dirigeant.

Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-13119, F-D