

Le juge commissaire et l'ordonnance de référé ayant condamné le débiteur au paiement d'une provision

Gérard Jazottes
Professeur des universités
Toulouse 1 Capitole
Centre de droit des affaires

L'ordonnance de référé condamnant le débiteur au versement d'une provision, parce que dépourvue de l'autorité de la chose jugée au principal, ne peut fonder l'admission par le juge-commissaire de la créance déclarée dans la procédure collective du débiteur.

Cass. com. 23 mars 2022, n° 20-22753

La rencontre entre deux domaines du droit interroge ou révèle les caractéristiques d'une règle ou d'un régime propre à l'un des deux. En témoigne l'arrêt du 2 mars 2022 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation où se rencontrent la procédure civile et le droit des entreprises en difficulté.

En l'espèce, était contesté l'arrêt d'une cour d'appel confirmant l'ordonnance rendue par un juge commissaire qui, pour admettre une créance déclarée, s'était fondé sur une ordonnance du juge des référés condamnant la société débitrice soumise à la procédure à payer au créancier une provision. La créance en cause représentait des redevances pour la rémunération d'un mandat social, à laquelle s'ajoutait une indemnité de 1500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile. Bien que l'arrêt ne le précise pas, il faut comprendre que cette ordonnance de référé a été rendue antérieurement à l'ouverture de la procédure, en raison de l'arrêt des poursuites qui s'applique aux actions en référé pour des raisons que cet arrêt permet de rappeler. L'arrêt d'appel est cassé au visa des articles L.624-2 du code de commerce et 488 du code de procédure civile. Ce visa permet de rappeler l'absence de portée d'une ordonnance de référé condamnant le débiteur au paiement d'une provision dans la procédure collective ouverte à son encontre, parce que dépourvue de l'autorité de la chose jugée au principal (I) et de procéder à quelques remarques sur la décision à venir (II).

I – L'absence d'autorité de la chose jugée au principal de l'ordonnance de référé

En vertu de l'article 488 du code de procédure civile « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée », le juge des référés n'étant pas saisi du principal comme le précise l'article 484 de ce même code. Cette caractéristique de l'ordonnance de référé emporte deux conséquences : d'une part, chacune des parties doit pouvoir saisir le juge du fond pour obtenir un jugement définitif¹ et, d'autre part, le juge du fond saisi aux mêmes fins n'est pas tenu par cette décision provisoire². C'est pourquoi, pour la Cour de cassation, le juge-commissaire saisi de la contestation d'une créance déclarée « doit se prononcer sur l'existence, la nature et le montant de cette créance sans pouvoir fonder sa décision sur une ordonnance de référé » accordant une provision au créancier sur l'obligation en cause. En effet, s'agissant de l'admission des créances, le juge du fond compétent, cette compétence étant exclusive, est le juge-commissaire, comme le rappelle la Cour de cassation par le visa de l'article L. 624-2 du code de commerce.

¹ Cass. 2^e civ. 13 novembre 2014, n° 13-26708

² Cass. 3^e civ. 9 janvier 1991, n° 89-13790.

La cour d'appel ne pouvait donc pas confirmer la décision du juge-commissaire en retenant, notamment, que l'ordonnance de référé était exécutoire et n'avait été remise en cause par aucune décision au fond. En effet, le caractère exécutoire de l'ordonnance de référé doit être distingué de l'absence d'autorité de la chose jugée au principal : si les « décisions du juge des référés n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée, elles sont néanmoins exécutoires »³. L'une concerne la portée de la décision au fond, l'autre l'exécution de la mesure prononcée. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation insiste sur cette distinction en prenant le soin d'indiquer que l'impossibilité pour le juge-commissaire de se fonder sur une ordonnance de référé joue même si celle-ci est exécutoire.

En outre, l'absence de décision au fond, qui peut certes laisser penser que les parties ont accepté la condamnation à une provision, n'ajoute rien à la portée de l'ordonnance, privée de l'autorité de la chose jugée au principal. Seule l'hypothèse contraire aurait pu modifier la situation. En effet, une action au fond, engagée avant l'ouverture de la procédure par le créancier, aurait constitué une instance en cours, qui, constatée par le juge-commissaire, l'aurait dessaisi⁴. Le montant de la créance aurait alors été fixé par la juridiction saisie et porté sur l'état des créances. Il sera rappelé qu'une instance en référé n'est pas une instance en cours, définie par la jurisprudence comme étant « celle qui tend à obtenir, de la juridiction saisie du principal, une décision définitive sur le montant et l'existence de cette créance »⁵. Or « tel n'est pas le cas de l'instance en référé, qui tend à obtenir une condamnation provisionnelle... »⁶. C'est pourquoi l'instance en référé provision est soumise à l'arrêt des poursuites, ce qui contraint le créancier à déclarer sa créance pour en faire constater le principe et fixer le montant suivant la procédure de vérification des créances⁷.

II - La décision à venir

La cour d'appel de renvoi, statuant dans la procédure de vérification et d'admission des créances, devra donc se prononcer sur l'existence, la nature et le montant de la créance en cause, sans pouvoir se fonder sur l'ordonnance de référé accordant une provision au créancier. La société débitrice soumise à la procédure étant à l'origine de la contestation de la créance déclarée, le créancier sera contraint de verser aux débats des pièces autres que l'ordonnance de référé, sans que la cour d'appel soit tenue de l'y inviter⁸. Mais cette contestation pourrait être sérieuse, même si le prononcé de l'ordonnance de référé paraît indiquer le contraire, et avoir une incidence sur l'existence ou le montant de la créance déclarée, conduisant la cour de renvoi à surseoir à statuer et à inviter la société débitrice à saisir le juge compétent⁹.

Par ailleurs, la déclaration de créance mentionnait également la condamnation par le juge des référés de la société débitrice au versement d'une indemnité de 1500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, condamnation dont le sort justifie une remarque. En effet, si l'ordonnance de référé n'a pas l'autorité de la chose jugée au principal, il devrait en aller différemment de la condamnation au versement de cette somme. Le créancier a formulé une demande sur ce point devant le juge des référés, ce qui constitue une contestation¹⁰ que

³ Cass. 2^e civ. 11 octobre 2007, n° 06-19085, Procédures 2007, comm. 279, note J.Perrot.

⁴ Cass. com., 6 juill. 2010, n° 09-16.403 ; Rev.proc.coll. 2011, comm. 30, obs. O.Staes.

⁵ Cass.com. 3 juillet 2007, n° 05-20519 et 05-21030 ; Rev.proc.coll, 2008, comm.131, obs. O.Staes.

⁶ Ibid.

⁷ Cass.com. 13 septembre 2017, n° 16-12949.

⁸ Cass.com. 2 juin 2015, n° 14-10391, LEDEN 2015-8, n° 120, obs. O.Staes.

⁹ Cass.com. 21 novembre 2018, n° 17-18978.

¹⁰ L'application de l'article 700 doit être demandée (Cass. 3^e civ. 5 avril 1978, n° 76-14655) et cette demande relève des termes du litige (Cass. 2^e civ. 23 mars 2017, n° 16-60095)

le juge des référés a tranchée en condamnant le débiteur. Cette condamnation devrait être revêtue de l'autorité de la chose jugée et fonder l'admission de cette partie de la créance déclarée.