



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° H2510686	
Décision attaquée : 21 novembre 2024 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence	

La société Healey Swiss Investment C/ La société RX Venture	
Marie-Liesse Guinamant, avocat général référendaire Mélina Buquant, conseillère référendaire	AVIS de l'avocat général

Audience du 3 février 2026 - formation de section - dossier n° 2

1. Des faits et de la procédure, rappelés de manière circonstanciée par Mme le conseiller rapporteur, il ne sera retenu que l'essentiel.

Les sociétés de droit suisse Healey Swiss Investment, Founex Suisse, Arkoudi SA, Nemausus Sarl, Black Slope Holding AG SA, Zug & Balista 21 Sar et la société de droit français Fia Invest, constituant un pool d'investisseurs (les souscripteurs), ont conclu le 29 octobre 2021 un contrat d'émission d'obligations convertibles en actions (OCA) d'un montant maximum de 15 000 000 euros avec la société RX Venture. Seule la première tranche d'investissement a été réalisée à hauteur de 3 400 000 euros en septembre 2021 (OCA 2021). A titre de garantie, un nantissement des parts sociales de la société RX Venture, appartenant en totalité à la société Be@liv depuis le 20 avril 2022, a été concédé aux souscripteurs. En l'absence de paiement des intérêts, les souscripteurs ont réclamé le remboursement anticipé de leurs souscriptions aux OCA 2021.

Par ordonnance de référé du 19 octobre 2023, la société RX Venture a été condamnée à payer aux souscripteurs la provision de 3 638 000 euros, se décomposant en un principal de 3 400 000 euros et des intérêts de 238 000 euros dus au titre de la première année de la souscription. Le 9 novembre 2023, elle a interjeté appel de cette ordonnance. Il n'est pas soutenu que l'appel ne serait plus en cours. Au contraire, les souscripteurs font valoir dans

leur mémoire ampliatif que l'affaire a été radiée du rôle faute d'exécution de la décision attaquée.

Le 20 juin 2023, les souscripteurs ont assigné la société RX Venture en ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ou, à titre subsidiaire, de redressement judiciaire. Par jugement du 5 décembre 2023, leur demande a été rejetée. Par l'arrêt attaqué du 21 novembre 2024, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a confirmé ledit jugement.

Les souscripteurs ont pratiqué une saisie conservatoire, autorisée par le juge de l'exécution le 9 mai 2024, sur les comptes de la société RX Venture, qui s'est révélée infructueuse.

2. La question posée par le pourvoi porte sur le caractère certain de la créance invoquée par les créanciers pour solliciter l'ouverture de la liquidation judiciaire. Plus exactement, il est précisé que le renvoi de l'examen du pourvoi en formation de section a pour objet de déterminer s'il convient de maintenir la jurisprudence selon laquelle, en cas de condamnation en référé, l'appel interjeté contre l'ordonnance ou l'instance engagée au fond rend la créance litigieuse et partant incertaine. Ou au contraire, faut-il considérer que dès lors que la créance est constatée dans un titre exécutoire, elle doit être intégrée au passif exigible au sens de l'article L.631-1 du code de commerce ?

Après un bref rappel de l'état du droit (I), seront abordées les perspectives d'évolution de celui-ci (II) puis formulées des propositions (III).

I. État du droit

A. Exposé

3. En application de l'article L. 640-1 du code de commerce, une assignation en liquidation judiciaire implique que le créancier démontre que son débiteur est en état de cessation des paiements et que son redressement est manifestement impossible. Il est ajouté que la procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens. En redressement judiciaire, seule doit être démontrée la cessation des paiements, c'est-à-dire « l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible » (article L. 631-1 du même code).

4. Il n'est pas nécessaire de rappeler que les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective, redressement judiciaire et *a fortiori* liquidation judiciaire, sont lourdes pour le débiteur et les créanciers, même si son objectif qui est d'assurer la pérennité de l'entreprise et du tissu économique les justifie pleinement, voire exige une ouverture le plus en amont possible. Un équilibre est recherché entre ces différents impératifs, notamment lorsque notre chambre envisage la notion de passif exigible.

5. A cet égard, vous jugez que si le créancier n'a pas à justifier d'un titre exécutoire, il doit établir que sa créance est certaine, liquide et exigible ¹.

Vous en déduisez que n'est pas certaine une créance constatée par une ordonnance de référé dont le sort définitif est lié à une instance pendante devant le juge du fond ². De même, une créance consacrée par décision frappée d'appel, même assortie de l'exécution provisoire, n'est pas certaine ³.

6. En revanche, une condamnation en référé, confirmée en appel, sans qu'une instance au fond n'ait été engagée, doit être prise en compte au titre du passif exigible ⁴, de même qu'une condamnation en référé n'ayant pas fait l'objet d'un recours ⁵ ou d'une instance au fond.

B. Inconvénients et avantages

7. Cette appréhension du caractère certain de la créance a pu être critiquée ⁶. Néanmoins, ainsi que l'observe Mme le conseiller rapporteur en citant de nombreux auteurs ⁷, la doctrine majoritaire l'approuve ou du moins ne la remet pas en cause, sauf à envisager l'éventuel caractère dilatoire ou abusif des recours.

8. Certes, cette jurisprudence n'est pas totalement satisfaisante. Outre le risque d'ouverture tardive de la procédure collective, le créancier ayant pris l'initiative d'obtenir un titre exécutoire par le biais d'une instance en référé ou d'une instance au fond devra attendre l'issue de cette procédure pour assigner en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, contrairement au créancier ayant fait preuve de moins de diligences : en effet, dans l'hypothèse où une condamnation en référé est intervenue mais qu'un appel est interjeté - peu importe la radiation de l'affaire ⁸ comme en l'espèce - ou qu'une instance au fond a été engagée par le créancier, la créance sera litigieuse du fait de l'existence d'une telle instance.

9. La jurisprudence de notre chambre a cependant le mérite de la sécurité juridique : outre que son application est simple et connue, elle a pour objectif d'éviter que des procédures collectives non justifiées, avec leurs conséquences potentiellement dramatiques, pour le débiteur, comme pour les salariés et plus largement l'économie, puissent être ouvertes.

10. Par conséquent, la jurisprudence de notre chambre doit-elle être amendée, voire abandonnée ?

II. Perspectives d'évolution

A. La spécificité des ordonnances de référé

11. Lorsqu'une procédure collective est ouverte, l'ordonnance de référé dont il a été interjeté appel, qui n'est pas une instance en cours, sera nécessairement infirmée par la cour d'appel qui dira n'y avoir lieu à référé ⁹. Certes, cet événement est postérieur à la décision d'ouverture de la procédure et ne doit pas en tant que tel être pris en compte pour apprécier le passif exigible. Toutefois, il n'y a aucun suspens : on sait dès avant l'ouverture de la procédure, de manière certaine, que l'ordonnance sera mise à néant, que la condamnation qui en résulte ne pourra pas être prise en compte dans le cadre de la procédure qui va suivre. Seule pourra être déclarée, peut-être pour un montant plus important du reste, la créance à laquelle la condamnation en référé se rapporte sans s'y substituer.

12. En somme, si une évolution de notre jurisprudence devait avoir lieu, ne serait-ce pas pour écarter l'ordonnance de référé au profit de l'examen de la créance à laquelle elle se rapporte ?

On pourrait ainsi être tenté d'écarter systématiquement la condamnation en référé, qu'elle fasse ou non l'objet d'un recours, qu'elle soit ou non suivie d'une instance au fond :

l'ordonnance de référé, par définition, est provisoire.

13. A l'inverse, dès lors qu'une condamnation est prononcée en référé, ne faudrait pas juger que la créance qui s'y rapporte est au moins fondée pour le montant de cette condamnation, nonobstant appel ou instance au fond ? Car si l'ordonnance de référé n'a pas autorité de la chose jugée au principal, elle a autorité de la chose jugée au provisoire. D'un point de vue juridique, elle n'est pas temporaire ; d'un point de vue pratique, elle se suffit souvent à elle-même.

14. Cet automatisme n'est cependant guère plus convaincant. Par définition, une ordonnance de référé, prononcée au terme d'une procédure dont on salue à juste titre la célérité, n'a pas les caractéristiques de la certitude, surtout lorsqu'un appel est interjeté ou qu'une instance au fond est engagée.

B. Les jugements assortis de l'exécution provisoire

15. Faut-il prendre en compte au titre du passif exigible tous les jugements assortis de l'exécution provisoire ? Certes, une telle solution irait dans le sens de l'évolution de la procédure civile ¹⁰, qui tend à éviter les recours dilatoires, en donnant une réelle portée aux décisions de justice de première instance.

16. Toutefois, au regard des conséquences de l'ouverture d'une procédure collective, fût-ce un redressement judiciaire, sur assignation d'un créancier, des gardes-fous devraient être posées. Or il n'est pas évident de les déterminer.

Par exemple, lorsque le jugement assorti de l'exécution provisoire a été prononcé sans la présence du débiteur, qui ne s'est ainsi pas défendu, doit-on considérer que la créance est certaine, qu'un recours soit ou non formé ? Le défaut de comparution peut être lié à la citation, voire à d'autres circonstances indépendantes de la volonté du débiteur ¹¹. Certes, on dépasse l'appréhension classique du caractère certain de la créance, liée à son caractère litigieux, mais on le dépasse en toute hypothèse dès qu'on envisage de neutraliser l'existence d'un recours (ou d'une instance au fond pour une ordonnance de référé).

III. Propositions

A. Proposition de jurisprudence

17. D'une manière générale, des règles plus subtiles, plus différenciées, auraient, peut-être, le mérite d'appréhender la très grande diversité des situations à laquelle le tribunal saisi d'une assignation en redressement ou liquidation judiciaires peut être confronté. Mais ce presque sur-mesure aurait pour inconvénient une plus grande complexité, une moindre sécurité juridique, sans pour autant que la solution soit systématiquement plus satisfaisante dès lors que plusieurs directions opposées peuvent être envisagées en cas d'abandon de notre jurisprudence.

18. En particulier, accorder au tribunal de la procédure collective la possibilité d'écarter l'existence d'un recours aboutirait à lui donner indirectement une compétence pour statuer sur le bien-fondé de la créance, ou du moins les chances de succès du recours ou de l'instance au fond, compétence dont il ne dispose pas ¹². La seule hypothèse qui pourrait être discutée est celle d'un recours manifestement dilatoire ou abusif, mais encore, les motifs précédemment développés n'encouragent pas tellement une telle évolution.

19. Enfin, comment motiver un revirement de jurisprudence, alors que celle-ci est ancienne, peu critiquée, bien appliquée, et que les solutions alternatives n'apparaissent pas meilleures ?

20. Je vous propose par conséquent de considérer, aujourd'hui comme hier, que dès lors qu'un appel est interjeté à l'encontre d'un jugement assorti de l'exécution provisoire ou d'une ordonnance de référé, ou qu'une instance au fond est engagée après une ordonnance de référé, la créance qui s'y rapporte n'est pas certaine.

21. Pour autant, notre jurisprudence pourrait être précisée, voire affinée. La créance n'est litigieuse que si l'appel ou l'instance au fond porte sur la totalité de la créance. Si l'appel ou l'instance au fond ne porte que sur une partie de la créance, seule une partie de la créance est litigieuse. Très concrètement, si le débiteur ne conteste que le principal et pas les intérêts, la créance d'intérêts n'est pas litigieuse.

B. Proposition de rejet

22. Le mémoire ampliatif souligne à juste titre que l'arrêt attaqué ne précise pas si la société RX Venture contestait devoir des intérêts pour un montant de 238 000 euros.

Toutefois, dans ses conclusions d'appel, la société RX Venture précisait bien l'objet de son appel contre l'ordonnance de référé : « Tout de suite, appel a été interjeté de ladite ordonnance, tant sur le principal de la créance fixée provisoirement à hauteur de 3.400.000 euros, que sur les intérêts d'un montant de 238.000 euros » ¹³. L'objet de son appel n'était pas discuté par les souscripteurs, de sorte qu'il ne peut être reproché à la cour d'appel de ne pas avoir précisé si l'appel portait sur l'intégrité de la créance. Elle vise l'appel, tel qu'il était appréhendé par les parties, c'est-à-dire portant à la fois sur le principal et les intérêts.

Il ne peut davantage être reproché à la cour d'appel de ne pas s'être interrogée sur l'issue de l'instance d'appel puisque les deux parties s'accordaient sur l'existence d'une instance en cours.

23. S'agissant de l'instance au fond, le mémoire ampliatif précise à juste titre qu'elle n'a pas été engagée par la société RX Venture, mais par la société BE@LIV. Toutefois, et je rejoins Mme le rapporteur en ses développements relatifs au grief de dénaturation, les conclusions des souscripteurs évoquaient l'action de la société RX Venture, de sorte qu'il n'y avait pas non plus de discussion sur ce point. Ils ne peuvent par conséquent reprocher à la cour d'appel d'avoir dénaturé les conclusions afférentes à l'instance au fond.

Il exact néanmoins que les conclusions dans l'instance au fond ne portaient que sur l'exigibilité du principal, pas sur les intérêts dus.

Mais comme l'instance au fond ne concerne, ainsi que le mémoire ampliatif le souligne à juste titre, pas la société RX Venture, il me semble difficile de considérer qu'elle ne contestait que le principal : en réalité, elle ne contestait rien dans l'instance au fond, car elle ne demandait rien, la demanderesse étant la société BE@LIV. Il en résulte que seul l'appel en référé de la société RX Venture doit être pris en compte.

24. Par conséquent, si les créanciers bénéficient d'une ordonnance de référé, portant tant sur le principal que les intérêts, un appel a été interjeté, qui a été radié ¹⁴ faute d'exécution selon le mémoire ampliatif. En tout état de cause, le demandeur au pourvoi ne prétend pas

que cette instance d'appel serait achevée. La créance des souscripteurs n'est donc pas certaine.

25. J'incline ainsi au rejet du pourvoi.

Néanmoins, de nouveaux éléments, tels que la péremption de l'instance d'appel, pourraient permettre aux souscripteurs de saisir le tribunal d'une nouvelle demande d'ouverture d'une procédure collective.

Avis de rejet .

¹ Com., 12 mai 1992 , pourvoi n° 89-15.269 ; [Com., 28 juin 2017, pourvoi n° 16-10.025](#) , Bull. 2017, IV, n° 93.

² Com., 22 février 1994 , pourvoi n° 92-11.634, Bull. n° 75.

³ Com. 16 mars 2010 , n° 09-12.539, Bull. IV, n° 56 (sur la question du caractère certain de la créance, le rapport afférent à cet arrêt ne contient aucun développement dans la mesure où la solution est considérée par le rapporteur comme classique) ; Com., 13 mai 2014 , pourvoi n° 13-12.489 ; ou encore pour un jugement administratif faisant l'objet d'un recours : Com., 9 décembre 2020 , pourvoi n° 19-14.437 ; Com., 13 septembre 2023 , pourvoi n° 22-10.211. Il a pu cependant être jugé le contraire : Com., 13 mai 1980 , pourvoi n° 78-14.117, Bull. n° 198.

⁴ Com., 16 janvier 2019 , pourvoi n° 17-18.450.

⁵ Com., 3 décembre 2003 , pourvoi n° 01-00.014.

⁶ Ph. Petel, *Semaine juridique E* , 20 octobre 1994, n° 394.

⁷ Voir, par exemple, cités par le rapport, E. Mouial-Bassilana (*LEDEN* mai 2010, p. 3) ; F. Reille (*Gaz. Pal.* 3 juill. 2010, p. 17) ; P. Cagnoli (*Actualité des procédures collectives civiles et commerciales* n° 7, 9 avril 2010, alerte 97).

⁸ Com., 13 septembre 2023 , pourvoi n° 22-10.211.

⁹ Com., 2 juillet 2025 , pourvoi n° 24-17.279.

¹⁰ Voir notamment décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019.

¹¹ Dans un contexte certes différent, sur l'incidence de l'absence de l'avocat : Com., 5 février 2025 , pourvoi n° 23-22.407.

¹² Voir cependant B. Saintourens, « Report de la date de cessation des paiements et créance litigieuse », *BJE* , mars 2024.

¹³ Page 9.

¹⁴ Com., 13 septembre 2023 , pourvoi n° 22-10.211.