

18 Les créances de frais irrépétibles et de dépens : créances postérieures « méritantes »¹, bien qu'inutiles ! (À propos de l'arrêt Cass. 3^e civ., 7 oct. 2009)

Geoffroy BERTHELOT,

mandataire judiciaire stagiaire, doctorant,
chargé de cours à l'université Jean-Moulin – Lyon III

L'arrêt du 7 octobre 2009 de la troisième chambre civile de la Cour de cassation sur la nature et le régime des dépens et frais de l'article 700 du CPC dans le cadre des procédures collectives présente un intérêt pratique important. Voici donc l'éclairage critique apporté par un professionnel sur cette décision.

1 - « Ce sont souvent les problèmes les plus pratiques qui postulent le recours aux concepts fondamentaux »².

L'idée d'opérer une distinction de traitement entre les créances antérieures et postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective est résolument bonne. Mais, toute distinction postule un objectif déterminé. En effet, si les créances postérieures bénéficient d'un tel traitement préférentiel, c'est dans le dessein d'« appâter »³ les fournisseurs et les apporteurs de crédits, en leur accordant en contrepartie de leurs concours, un paiement à l'échéance ou à défaut une priorité de paiement. Il s'agit de parvenir à financer la période d'observation et ainsi la continuation de l'exploitation gage de la réussite de la procédure et à terme de la pérennité de l'entreprise.

En 1985, le législateur avait considérablement accru l'avantage accordé aux nouveaux créanciers dits créanciers postérieurs ou créanciers de la procédure. Mais, la doctrine a relevé la principale raison de la médiocre efficacité de la priorité des créances postérieures qui était leur volume excessif. En effet, la plupart des créances nées pendant la procédure ou qualifiées comme telles, bénéficiaient du régime de faveur, indépendamment de la finalité de l'opération qui en était la source et donc en contradiction manifeste avec l'objectif de redressement de l'entreprise. La doctrine⁴ avait dénoncé cette incohérence, encore aggravée par l'extension prétorienne de la catégorie des créances postérieures, et suggérait l'ajout d'un critère téléologique. La Cour de cassation l'appela également de ses vœux : « il paraît excessif que la créance fasse l'objet d'un paiement prioritaire du seul fait qu'elle est née après le jugement d'ouverture ; il serait plus favorable au redressement des entreprises que seules les créances nécessaires à la poursuite de l'activité après le jugement d'ouverture bénéficient d'un tel traitement de faveur »⁵.

2 - Le législateur de 2005 a suivi cette suggestion et les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce réservent le régime de faveur aux créances postérieures certes, mais qui sont « utiles » au déroulement de la procédure ou la contrepartie d'une presta-

tion fournie au débiteur. Les autres créances postérieures doivent désormais se soumettre aux règles de l'arrêt des poursuites individuelles et de la déclaration au passif, à l'instar des créances antérieures. Ainsi, pour bénéficier du régime préférentiel, les créances doivent satisfaire cumulativement à trois conditions. Elles doivent être postérieures, régulières et utiles à la procédure.

3 - Dans son arrêt du 7 octobre 2009⁶, la Haute juridiction rappelle que la créance de frais irrépétibles et de dépens est éligible à l'article L. 622-17 (ou L. 641-13) du Code de commerce lorsque la décision statuant sur ces derniers est postérieure au jugement d'ouverture.

En l'espèce, la SCI Artemis a acquis, par l'intermédiaire de son crédit bailleur, la société Locindus, un tènement immobilier, par acte du 31 juillet 2001. À cette occasion, il lui a été présenté par la SCI de la Chantourne, son vendeur, d'une part une attestation de la SA Bureau Veritas concluant qu'« il n'y a aucune trace de stockage de produits ou matières premières et les cuves stations-services sont visiblement ensablées » et d'autre part un rapport établi par la SARL EDL Conseil indiquant que les recherches effectuées « n'ont pas révélé la présence d'amiante ».

Pendant, par courrier en date du 31 août 2001, l'entreprise SAEC, chargée par la SCI Artemis, des travaux de démolition, l'informait qu'elle avait trouvé des matériaux « contenant usuellement de l'amiante » et annonçait sa décision de différer les travaux. Ces derniers éléments sont corroborés par un rapport déposé le 19 septembre 2001 par le cabinet Socotec, mandaté aux fins de vérification, et aux termes duquel il concluait que « de l'amiante a été décelée lors de notre diagnostic ». De plus, lors de travaux de réhabilitation du site, la SCI Artemis constate la présence de résidus d'hydrocarbures dans les différentes cuves.

Dès lors, la SCI Artemis a assigné la société venderesse, la SCI Chantourne, sur le fondement de la garantie des vices cachés des articles 1641 et suivants du Code civil. Cette dernière a appelé en garantie les sociétés Veritas et EDL Conseil représentée par son mandataire liquidateur. En effet, la société EDL Conseil a été placée en liquidation judiciaire par jugement du 6 février 2006.

Le mandataire liquidateur ès qualités se pourvoit en cassation aux motifs que la cour d'appel l'a condamné ès qualités de liquidateur de la société EDL Conseil au paiement des frais irrépétibles et aux dépens. Or, selon lui, dès lors que la Société EDL Conseil faisait

1. Selon la formule de P.-M. Le Corre.

2. H. Motulsky, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage* : Dalloz, 1974, p. 44.

3. F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficultés – Instruments de crédits et de paiement* : LGDJ, 8^e éd. 2009, n° 303 et s.

4. V. notamment, P. Pétel, *Pour une relecture de l'article L. 621-32*, *Mél. Guyon* : Dalloz-Sirey 2003, p. 917. – G. Jazottes : *Rev. Lamy dr. aff. mars 2005*, p. 132, spéc. p. 135. – C. Saint-Alary-Houin : *LPA* 9 nov. 2004, p. 11, n° 22 et s. – M. Cabrillac et P. Pétel : *JCP E* 2003, 1396. – F. Pérochon : *LPA* 10 juin 2004, n° 17.

5. *Cour de cassation, rapport pour 2002*, p. 30.

6. Cass. 3^e civ., 7 oct. 2009, n° 08-12.920, FS-P+B, SCI La Chantourne c/ M^e J.-Y. Bermond ès qual. et a. : *JurisData* n° 2009-049871 ; *Act. proc. coll.* 2009, comm. 287 ; *JCP E* 2009, 2194, obs. J. Vallansan ; *D.* 2009, p. 2548, obs. A. Lienhard ; *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 2010, p. 19, obs. L.-C. Henry.

l'objet d'une liquidation judiciaire, les juges du fond ne pouvaient enjoindre au liquidateur de garantir la SCI de la Chantourne, alors que la dette étant antérieure à l'ouverture de la procédure, ils auraient simplement dû constater et fixer une créance au passif de la liquidation judiciaire, puisqu'une telle créance tombait sous le coup de la prohibition de la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent prévue à l'article L. 622-21 du Code de commerce.

La créance de dépens et de frais irrépétibles a-t-elle la nature d'une créance postérieure éligible au traitement préférentiel des articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce dès lors que le jugement qui la prononce est postérieur au jugement d'ouverture ?

4 - La Cour de cassation rejette l'analyse du mandataire liquidateur et juge que la créance de dépens et de frais résultant de l'application de l'article 700 du Code de procédure civile mise à la charge du débiteur trouve son origine dans la décision qui statue sur ceux-ci et entre dans les prévisions de l'article L. 622-17 du Code de commerce lorsque cette décision est postérieure au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire.

5 - Ainsi, la Haute juridiction réaffirme sa position qui demeure contestable selon laquelle la créance de dépens et de frais irrépétibles naît dans le jugement qui la prononce (1). Mais, surtout, elle maintient que dès lors qu'elle naît postérieurement au jugement d'ouverture cette créance bénéficie de l'article L. 622-17 du Code de commerce (2).

1. Le jugement : fait générateur de la créance de frais et dépens

6 - La créance de dépens et de frais irrépétibles trouve naissance dans le jugement qui la prononce. La Cour de cassation pose un critère chronologique de détermination de la nature de cette créance (A). Cependant, il n'est pas satisfaisant au regard de la théorie processuelle qui fixe l'origine des dépens et des frais dans l'action en justice initiale (B).

A. - Un critère chronologique de détermination de la nature de la créance

7 - La Haute juridiction postule uniformément depuis 2002 que la créance de dépens mise à la charge du débiteur trouve son origine dans la décision qui statue sur son sort. En effet, la chambre commerciale⁷ tout d'abord, puis la troisième chambre civile⁸ ensuite et la chambre sociale⁹ enfin, affirment que « la créance des dépens et des frais résultant de l'application de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile mise à la charge du débiteur trouve son origine dans la décision qui statue sur ces dépens et frais et entre dans les prévisions de l'article L. 621-32 du Code de commerce lorsque cette décision est postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective ». *A contrario*, si la créance de dépens et de frais est fixée dans une décision antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective, cette créance est soumise aux règles de l'interdiction des poursuites individuelles et de la déclaration au passif. Cette position peut paraître logique,

puisque la créance de dépens et d'indemnité procédurale ne peut naître sans le jugement qui la prononce¹⁰.

Mais, cette simplification saluée par certains auteurs¹¹ demeure critiquable et surtout néfaste aux procédures collectives et aux objectifs qu'elles tendent à satisfaire. De surcroît, la simplification ne saurait valablement être la résultante d'un raisonnement simpliste tant les enjeux pratiques sont importants. Cette analyse prétorienne semble présenter quelques lacunes au regard de la théorie processuelle qui tend à conférer une origine plus préalable, voire *in limine* des dépens et frais. C'est d'ailleurs sous cette influence processuelle que la jurisprudence antérieure¹² au revirement de 2002 précisait que la créance de dépens et de frais trouvait son origine dans l'action en justice.

B. - Une origine dans l'action en justice elle-même

8 - La loi de n° 77-1468 du 3 décembre 1977 énonce le principe de la gratuité des actes de justice devant les juridictions. Or, la réalité est tout autre.

Le terme « dépens » *lato sensu* désigne les sommes qui sont dues finalement par la partie contre laquelle un jugement est intervenu. La liste des dépens est fixée par l'article 695 du Code de procédure civile. Elle comprend notamment les indemnités dues aux témoins, les honoraires des experts, et les émoluments dus aux officiers ministériels. Autrement dit, les dépens sont « les frais juridiquement indispensables à la poursuite du procès et dont le montant fait l'objet d'une tarification, soit par voie réglementaire, comme les émoluments des officiers publics ou ministériels, soit par décision judiciaire, ce qui est le cas des techniciens d'une mesure d'instruction »¹³. On peut donc légitimement penser que la créance de dépens soit envisagée par le législateur comme une créance d'acquiescement des frais engagés par les parties durant la procédure et dont la charge est une conséquence de la perte du procès.

9 - Ensuite, pour les autres frais, qualifiés d'irrépétibles, en particulier les honoraires de l'avocat, le temps, les soucis et l'argent dépensé par les parties dans le cadre du déroulement du procès restent normalement à la charge de la partie les ayant engagés¹⁴. Mais, dans un souci d'équité dans le traitement de la partie gagnante, l'article 700 du Code de procédure civile dispose que « lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine ». L'expression « les sommes exposées par elle » présuppose que lesdits frais sont nés avant le jugement, et que c'est justement au moment du jugement qu'il sera décidé de qui de l'une ou l'autre des parties devra effectivement les assumer forfaitairement.

Il est donc loisible de penser que les frais irrépétibles de nature *sui generis* ont un caractère indemnitaire¹⁵ fondé sur l'équité¹⁶ inspirée par le postulat de la gratuité de la justice.

7. Cass. com., 11 juin 2002, n° 00-12.289 : Bull. civ. 2002, IV, n° 104 ; JCP E 2003, 231, n° 13, obs. M. Cabrillac et P. Pétel ; D. 2002, p. 2121, obs. A. Lienhard et p. 2642, obs. N. Fricero ; RTD com. 2002, p. 724, obs. A. Martin-Serf ; RD bancaire et fin. 2002, comm. 145, obs. F.-X. Lucas.

8. Cass. 3^e civ., 12 juin 2002, n° 00-19.038 : Bull. civ. 2002, III, n° 138 ; JCP E 2003, 231, n° 13, obs. M. Cabrillac et P. Pétel ; D. 2002, p. 2121, obs. A. Lienhard et p. 2642, obs. N. Fricero ; RTD com. 2002, p. 724, obs. A. Martin-Serf ; RD bancaire et fin. 2002, comm. 145, obs. F.-X. Lucas.

9. Cass. soc., 12 févr. 2003, n° 99-42.985 : Bull. civ. 2003, V, n° 50 ; D. 2003, p. 768 ; RTD com., 2003, p. 371, n° 6, obs. A. Martin-Serf ; Procédures 2003, note C. Laporte.

10. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives* : Dalloz-Action 2010-2011, p. 769.

11. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives* : Dalloz-Action 2010-2011, p. 768.

12. Cass. com., 9 déc. 1997, n° 95-18.300 : Bull. civ. 1997, IV, n° 328 ; D. 1998, p. 381, note M. Pasturel ; RTD com. 1998, p. 931, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 1998, p. 296, n° 14, obs. C. Saint-Alary-Houin. – Cass. com., 17 févr. 1998, n° 95-18.686 : Bull. civ. 1998, IV, n° 76 ; RTD com. 1998, p. 940, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 1999, p. 158, n° 9, obs. M.-H. Monsérié. – Cass. com., 24 nov. 1998, n° 94-19.698 : Bull. civ. 1998, IV, n° 280 ; D. 1999, somm. p. 188, obs. A. Honorat ; RTD com. 1999, p. 977, obs. A. Martin-Serf. – Cass. com., 4 janv. 2000, n° 97-12.628. – Cass. soc., 18 juill. 2000, n° 98-42.864. – Cass. com., 3 avr. 2002, n° 99-15.174 : Rev. proc. coll. 2002, p. 265, n° 13, obs. M.-P. Dumont.

13. S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile* : Dalloz-Action 2009-2010, n° 6710.

14. V. Cunha, *Le fondement discuté des dépens et frais dans les procédures collectives (analyse critique d'une jurisprudence incertaine)* : Gaz. Pal. 2004, p. 1795.

15. Sofiac, *Frais et dépens en matière civile et commerciale, ss la dir. de J. Bailly, P. Jacquet et A. Nowwak*, F. 11, n° 17, cité par V. Cunha, *préc.*, p. 1795.

16. Y. Hermann, *Le fondement de la condamnation aux dépens en matière civile* : thèse Aix-en-Provence 1942, p. 96 et s. – C. Loyer-Laher, *L'article 700 du*

10 - Ces acceptions démontrent leur lien étroit avec l'action à l'origine du jugement qui les fixe définitivement. En effet, ces frais et dépens vont naître tout au long de la procédure en fonction de sa durée et de sa complexité, dans l'unique dessein de voir reconnaître ou non l'existence d'un droit cause de l'action. Ainsi, ils sont directement liés au déroulement de la procédure et en ce sens, ils constituent indéfectiblement un accessoire de la procédure et donc de l'action en justice. Dès lors, ils ne peuvent pas naître du jugement qui statue définitivement sur leur sort. De plus, dans ce jugement, les juges du fond n'apprécient aucunement la réalité des dépens mais déterminent seulement qui en supportera la charge.

11 - Subséquemment, la créance de frais et dépens semble bien être un accessoire de l'action, certes « en germe » au moment de l'introduction de ladite action, tant le lien entre cette créance et le droit préexistant paraît évident¹⁷. Et le jugement qui détermine la personne tenue de s'en acquitter ne fait que la rendre exigible. Ainsi, cette jurisprudence qui retient à tort que la créance de frais et dépens trouve son origine dans le jugement qui statue sur son sort, paraît confondre la date de naissance et l'exigibilité de la créance¹⁸.

12 - En vertu de l'adage « *accessorium sequitur principale* », la créance de frais et dépens naît au moment de l'action en justice. Ainsi, le jugement qui la prononce la rend seulement exigible.

Cette théorie aujourd'hui remise en cause par la Cour de cassation, a pourtant déjà été retenue par la Haute juridiction dans des arrêts qui affirmaient que « *la créance de dépens et les sommes allouées en application de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile ont, comme la créance principale elle-même, leur origine antérieurement au jugement d'ouverture, dès lors qu'elles sont nées de l'action engagée avant ce jugement* »¹⁹.

Mais, par cette décision du 7 octobre 2009, la Cour de cassation vient confirmer son revirement intervenu en 2002.

13 - Pourtant cette jurisprudence de 2002 n'aurait pas dû résister à l'avènement de la loi de sauvegarde, en raison de la réécriture de l'ancien « article 40 », codifié à l'article L. 621-32 et réformée à l'article L. 622-17 pour la sauvegarde et le redressement judiciaire et à l'article L. 641-13 pour la liquidation judiciaire.

En effet, la Cour de cassation ne saurait sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, maintenir que la créance de dépens et de frais irrépétibles demeure éligible au traitement de faveur prévu à l'article L. 622-17 ou L. 641-13 du Code de commerce du seul fait qu'elle naisse postérieurement au jugement d'ouverture.

2. Une créance postérieure éligible à l'article L. 622-17

14 - En liminaire, il faut relever qu'en l'espèce, le débiteur étant placé en liquidation judiciaire, la disposition applicable est l'article L. 641-13 et non l'article L. 622-17 du Code de commerce réservé à la sauvegarde et au redressement judiciaire.

La Cour de cassation considère en application de sa théorie selon laquelle le fait générateur de la créance de frais et dépens est le jugement qui la prononce, que lorsque cette créance est née régulièrement par voie judiciaire, et postérieurement, elle relève de l'article L. 622-17 du Code de commerce (A). Or, si sous l'empire

de la loi de 1985 cette analyse discutable pouvait être retenue, il en va différemment depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, qui restreint la catégorie des créances postérieures dites privilégiées aux seules créances nées pour les besoins de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Ainsi, l'adjonction du critère téléologique à ceux de la régularité et de la postériorité de la créance conduit au rejet du traitement préférentiel de la créance de frais et de dépens (B), sauf à considérer que cette dernière est utile à la procédure.

A. - Un traitement préférentiel contestable

15 - Cet arrêt s'inscrit dans le courant jurisprudentiel initié en 2002²⁰ par lequel la Cour de cassation affirmait que « la créance des dépens et des frais résultant de l'application de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile, mis à la charge du débiteur, trouve son origine dans la décision qui statue sur ces dépens et frais et entre dans les prévisions de l'article L. 621-32 du Code de commerce lorsque cette décision est postérieure au jugement d'ouverture ». Le fait générateur des créances de dépens et frais irrépétibles se situe désormais dans la décision les prononçant, devenue du coup « constitutive » et non plus « déclarative ».

Pourtant certains auteurs avaient vivement critiqué ce revirement en précisant que l'on assistait à un « mouvement de dilatation »²¹ du terrain de l'ex-article 40 de la loi de 1985 devenu l'article L. 621-32 du Code de commerce. En effet, cette évolution engendre un décalage entre le domaine de ce texte et son fondement. La double règle qui y est édictée, à savoir le paiement à l'échéance et à défaut le paiement prioritaire, a pour objet le financement de l'entreprise débitrice dans le dessein de la sauvegarder, voire de la pérenniser. Ainsi, le législateur donne, à travers cette disposition, les moyens financiers de son redressement à l'entreprise débitrice. Pourtant, la priorité accordée par la jurisprudence, à la créance de dépens et de frais irrépétibles ne semble pas en corrélation avec cette finalité, puisque ces créances sont bien étrangères à la poursuite de l'activité.

De plus, le nouveau critère de qualification, confirmé par l'arrêt du 7 octobre 2009, fait dépendre la nature de la créance de la durée de la procédure, voire de la durée du délibéré, et donc de circonstances extérieures et aléatoires, échappant à toute rationalité. Autrement dit, on peut être réservé sur ce critère lorsque le statut de la créance de dépens et des frais irrépétibles dans la procédure collective est tributaire du degré d'encombrement du rôle.

16 - Mais, d'autres auteurs avaient accueilli favorablement ce revirement en affirmant que cette distinction avait le mérite de la simplicité²² et de la cohérence²³. Le Professeur F.-X. Lucas justifiait que la créance de frais et de dépens n'étant pas qu'une excroissance de la créance dont le paiement est réclamé, elle doit pouvoir être regardée comme née après le jugement d'ouverture si le jugement qui la prononce a été rendu après le début de la procédure collective²⁴. Mais, le critère de l'accessorialité admis auparavant²⁵ remplissait également les vertus de la simplicité et de la cohérence.

17 - Cependant, quand bien même l'affirmation de ce nouveau critère par cette jurisprudence fort critiquable subsisterait, ses effets quant à la détermination de l'éligibilité au traitement préférentiel de l'article L. 622-17 du Code de commerce issu de la loi de sauvegarde ne devraient pas résister à l'analyse des nouveaux critères d'éligibilité au paiement à l'échéance, et à défaut, au paiement privilégié.

Nouveau Code de procédure civile et le remboursement des frais non compris dans les dépens : D. 1977, chron., p. 206.

17. En ce sens, A. Honorat, note ss Cass. com., 24 nov. 1998 : D. 1999, p. 188. – G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile* : PUF 1996, n° 112 et s., p. 499. – J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile* : Dalloz, 27^e éd. 2003, n° 1573 et s., p. 1059.

18. G. Endréo, *Fait générateur des créances et échanges économiques* : RTD civ. 1984, p. 225. – E. Putmann, *La formation des créances* : thèse Aix, 1987, n° 10, p. 12 qui considère que le jugement de condamnation est simplement déclaratif et non constitutif.

19. V. supra note 12.

20. V. supra n° 7, 8 et 9.

21. M. Cabrillac et P. Pétel : JCP G 2003, p. 351. – F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficultés – Instruments de crédits et de paiement* : LGDJ, 8^e éd. 2009, n° 303 et s.

22. A. Lienhard : D. 2002, p. 2123.

23. A. Martin-Serf et J.-L. Vallens : RTD com. 2004, p. 159.

24. F.-X. Lucas : RD bancaire et fin. 2002, p. 197.

25. V. supra n° 12.

En effet, la consécration du critère téléologique aurait dû sonner le glas de cette jurisprudence fort contestable.

B. - Un revirement inéluctable

18 - La règle selon laquelle, bénéficie du paiement à l'échéance ou de la priorité de paiement institués à l'article L. 621-32 ancien du Code de commerce, les créances de frais et dépens résultant d'une décision postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective du succombant, tandis que celles résultant d'une décision antérieure au jugement devront être déclarées au passif en application de l'article L. 621-129 ancien, ne saurait être maintenue sous l'empire de la loi de sauvegarde.

En effet, cette théorie bien que contestable²⁶ dans son fondement, reposait sur l'analyse purement chronologique de l'article L. 621-32 du Code de commerce, qui conférait ce droit de paiement prioritaire. Il suffisait pour en bénéficier d'être titulaire d'une créance née, certes régulièrement, mais surtout postérieurement au jugement d'ouverture. Ainsi, l'analyse temporelle du fait générateur de la créance était nécessaire et suffisante pour déterminer la nature antérieure ou postérieure de la créance par rapport au jugement d'ouverture de la procédure collective.

19 - Mais, cette analyse trop littérale de l'ancien « article 40 » a conduit au gonflement du passif prioritaire, peu importait que l'on s'éloigne de son fondement originel qu'est le financement de l'entreprise permettant son sauvetage. Pourtant, déjà sous l'empire de la loi de 1967, les dettes de masse résultaient le plus souvent de la poursuite directe de l'activité ou de la continuation des contrats en cours. Et, la jurisprudence recherchait déjà une finalité puisque ces dettes devaient être nées « pour le compte », « dans l'intérêt » ou encore « au profit » de la masse²⁷.

Cet élargissement manifestement excessif oriente la doctrine, tout d'abord, puis le législateur à s'interroger sur la véritable utilité économique du passif « article 40 ». Ce débat déjà en germe lors de la codification de la loi de 1985, a été poursuivi lors des travaux préparatoires de la loi de sauvegarde.

20 - Cette réflexion a donné naissance à un nouveau critère d'éligibilité au traitement préférentiel qui vient s'ajouter aux deux critères préexistants²⁸. Ainsi, le bénéfice de l'article L. 622-17 nouveau du Code de commerce est ouvert aux créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, comme auparavant, et pour les besoins de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Ce nouveau critère téléologique vient rendre sa véritable essence, trop longtemps bafouée, de l'article relatif aux créances bénéficiant du traitement préférentiel. Le législateur en profite pour ériger ce paiement prioritaire en véritable privilège. En effet, la participation au sauvetage de l'entreprise mérite sans aucun doute l'attribution d'un tel privilège. Dès lors, cet article constitue assurément l'arme²⁹ du sauvetage de l'entreprise. Quant aux autres créances, si elles n'apportent aucun concours au sauvetage de l'entreprise débitrice, il reste indifférent qu'elles soient nées régulièrement et postérieurement au jugement d'ouverture.

21 - Pourtant malgré cette évolution de la loi, la Cour de cassation dans cet arrêt du 7 octobre 2009, (ré)affirme que « la créance de frais et dépens entre dans les prévisions de l'article L. 622-17 lorsque la décision qui statue sur ces derniers est postérieure au jugement d'ouverture ». Dès lors, la troisième chambre civile de la Haute juridiction fait fi du nouveau critère d'utilité consacré par la loi de sauvegarde, en se bornant à une simple vérification du critère chronologique du fait générateur de la créance. Or, depuis la loi de sauvegarde ce critère chronologique bien que nécessaire n'est plus déterminant, ni suffisant.

En effet, la créance considérée doit être utile à la procédure collective.

Mais, ce silence sur le critère téléologique laisse perplexe. En effet, une analyse sommaire de l'attendu laconique de la Cour de cassation pourrait laisser entendre que la créance de dépens et de frais observe toujours le critère téléologique, comme si son caractère postérieur faisait naître à lui seul une présomption d'utilité. Pourtant, il n'est pas acquis que les créances de dépens et de frais soient par principe élues. En effet, de sérieux doutes affectent l'élection de ces créances au rang de créances « méritantes », puisque par définition elles ne sont pas nées pour les besoins de la procédure collective et ne constituent pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Autrement dit, la formule imprécise de la Cour de cassation semble davantage relever de la volonté de la Haute juridiction de ne pas modifier sa jurisprudence relative au fait générateur de la créance de dépens et de frais qui reste la décision qui la prononce. Et sur ce point, en vertu de la théorie prétorienne, la créance est bien, en l'espèce, née postérieurement. Pourtant, n'étant pas née pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité, elle n'aurait pas dû entrer dans les prévisions de l'article L. 641-13³⁰. Mais, la Haute juridiction en a décidé autrement, malgré l'évidence qui tend à considérer que ces créances nées postérieurement au jugement d'ouverture faute d'utilité ne constituent pas des créances « méritantes » et sont donc contraintes de se soumettre au régime des créances antérieures.

22 - Il est idoine que la Haute juridiction opère un revirement de sa jurisprudence antérieure, quant à l'éligibilité des créances de dépens et de frais irrépétibles au rang des créanciers méritants, voire qu'elle revienne sur son analyse discutable et discutée du fait générateur desdites créances, même si au regard du nouveau critère téléologique des articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce, cette analyse n'aura plus qu'une portée théorique.

Le même raisonnement paraît tout à fait transposable à la jurisprudence relative aux dommages et intérêts réclamés pour procédure abusive qui considère que ces derniers trouvent leur origine dans la condamnation qui les prononce et rentrent dans les prévisions de l'article L. 621-32 lorsque cette décision est postérieure au jugement d'ouverture. Cette jurisprudence devrait donc également succomber à la réforme de l'article L. 622-17 et la consécration du critère téléologique. Enfin, on peut se prendre à imaginer qu'*in fine* cette analyse conceptuelle puisse s'appliquer à toutes dettes d'origine délictuelle, qui par définition ne présentent aucune utilité *lato sensu* pour le débiteur et sa procédure et ainsi éviter toute dilution de ce nouveau privilège qui entraînerait son affaiblissement. À suivre donc... ■

Mots-Clés : Créances - Instance en cours - Dépens - Article 700 CPC
Frais de justice - Nature et régime - Fait générateur
Privilège de l'article L. 622-17 (L. 641-13)

26. *V. supra.*

27. *Cass. com.*, 21 nov. 1972 : *D.* 1974, p. 213, note Rodière ; *Gaz. Pal.* 1973, II, p. 603. – *Cass. com.*, 15 janv. 1973 : *Bull. civ.* 1973, IV, n° 21 ; *Banque* 1973, p. 1053, note Martin. – *Cass. com.*, 17 déc. 1973 : *Bull. civ.* 1973, IV, n° 364 ; *D.* 1974, inf. rap. p. 70 ; *RTD com.* 1973, p. 883, n° 16, obs. Houin.

28. « Si nous n'avons guère d'indications sur l'appréciation de ces nouveaux critères, force est de constater que les contentieux sont (encore) assez rares » : *Ph. Roussel Galle, note ss CA Limoges, ch. civ.*, 4 févr. 2010 : *Rev. sociétés* 2010, mai, p. 197.

29. *P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz-Action* 2010-2011, p. 778.

30. En ce sens, *P. Cagnoli, Réflexions sur l'articulation du privilège des frais de justice et du Livre VI du Code de commerce : Rev. proc. coll.* 2010, étude 9.