

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LES VENTES DE GRÉ À GRÉ DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE : ACTUALITÉ ET
PERSPECTIVES **

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 27, 1er Juillet 2004, 1311

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LES VENTES DE GRÉ À GRÉ DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE : ACTUALITÉ ET PERSPECTIVES *

Destinées à faciliter la vente des actifs de l'entreprise en liquidation au meilleur prix, les ventes de gré à gré ont été assez largement permises par la loi de 1985, laquelle, toutefois, ne les a guère réglementées. Les incertitudes pesant sur leur nature et leur régime continuent de susciter une jurisprudence nourrie. Par ailleurs, le projet de loi de sauvegarde des entreprises contient des dispositions les concernant : outre leur soumission aux dispositions générales visant à " assainir " l'ensemble des réalisations d'actifs, elles font l'objet d'une réglementation particulière dans la nouvelle liquidation simplifiée.

1.

1. - 1 - Très singulières, puisqu'elles consistent à revêtir la forme, l'apparence de la vente amiable dans un contexte judiciaire, celui de la procédure collective, proche au stade de la liquidation d'une mesure d'exécution, les ventes de gré à gré suscitent des discussions toujours d'actualité, que la réforme prochaine devrait nourrir à nouveau. L'actuel projet de réforme contient, en effet, diverses mesures relatives aux ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire.

2. - Ces perspectives que le projet de réforme nous laisse entrevoir retiendront plus particulièrement notre attention. Toutefois, la vision en perspective commande, comme chacun le sait, de prendre un peu de recul.

3. - Quelle est aujourd'hui la place des ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire ?

4. - La vente des actifs de l'entreprise exsangue constitue l'issue inéluctable de la procédure de liquidation judiciaire, dont la finalité est le désintéressement des créanciers grâce à la répartition du produit de vente de ces actifs. C'est précisément le souci de les désintéresser mieux qui a conduit le législateur à permettre de vendre les biens de l'entreprise à l'amiable, les ventes aux enchères publiques n'aboutissant pas, en pratique, à dégager le prix espéré, contrairement au but recherché par la loi. Ainsi, la

loi a permis de recourir, soit à une adjudication amiable devant notaire conduisant à des enchères privées, soit à une vente de gré à gré au profit d'un acquéreur déterminé.

5. - À s'en tenir à la terminologie utilisée par le législateur, la vente de gré à gré est envisagée, d'une part pour les immeubles par l'article L. 622-16, alinéa 3, du Code de commerce et, d'autre part, pour les meubles (ou plus exactement pour les autres biens que les biens immeubles et les cessions d'unités de production) par l'article L. 622-18 du Code de commerce, c'est-à-dire à la cession d'actifs isolés. Dans chacune de ces hypothèses, le recours à la vente de gré à gré nécessite une décision du juge-commissaire, autorisant la vente dans la première hypothèse, l'ordonnant dans la seconde. La décision du juge-commissaire est ensuite mise en œuvre par le liquidateur qui intervient avec l'acquéreur aux actes ultérieurs de cession.

6. - Au-delà de ces seules ventes désignées sous le vocable de ventes de gré à gré par la loi, certains auteurs considèrent que constituent également des ventes de gré à gré les cessions d'unités de production ^{Note 1}, cessions portant sur un ensemble de biens, meubles et/ou immeubles, pouvant être effectuées dans la liquidation judiciaire en application de l'article L. 622-17 du Code de commerce (plus connu sous son ancienne numérotation : L. 25 janv. 1985, art. 155) tout en concédant cependant que leur caractère aléatoire les rapproche de la cession d'entreprise, dont l'originalité a été reconnue par la jurisprudence.

7. - 2 - Que faut-il donc entendre par vente de gré à gré ? L'expression " gré à gré " signifie, selon la définition du Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, " par accord direct entre les intéressés, sans intervention d'une autorité de contrôle ni formalité particulière ".

8. - Il semble, à s'en tenir à cette définition, que le législateur ait commis un véritable contresens en utilisant cette expression pour les ventes d'actifs opérées dans la procédure de liquidation judiciaire. Le juge-commissaire intervient bien comme autorité de contrôle. Aucun accord direct n'est conclu entre les intéressés : le consentement du propriétaire débiteur n'est pas requis, seul l'acquéreur formulant une offre d'acquisition, les conditions de la vente étant enfin déterminées par le juge.

9. - En poursuivant la lecture du Vocabulaire juridique précité, pour licitation de gré à gré figure la définition suivante " licitation dont les conditions sont discutées et établies librement et sans formes entre parties intéressées, sans appel au public, enchères ni adjudication ".

10. - Dans notre domaine, celui des procédures collectives, le législateur, pour qualifier certaines opérations de ventes de gré à gré paraît n'avoir retenu que les exigences négatives posées par cette dernière définition (absence d'appel au public, d'enchères, d'adjudication) à l'exclusion de l'exigence positive qu'elle énonce, celle d'une discussion libre des conditions par les parties intéressées.

11. - Il a été précédemment indiqué que non seulement la libre discussion était exclue ici, mais qu'au-delà faisait défaut la volonté du propriétaire de vendre. D'où l'hésitation très forte d'une partie de la doctrine à assimiler ces ventes à des ventes volontaires et à admettre l'application des dispositions du droit commun de la vente ainsi que des dispositions propres à la vente de certains biens (telles que celles relatives à la vente du fonds de commerce). Cette hésitation n'est toutefois pas générale, un autre courant de doctrine étant au contraire plutôt favorable à l'analyse contractuelle et à l'application du droit commun ou spécial de la vente aux ventes de gré à gré, sous réserve des dispositions légales contraires.

12. - Pour revenir à notre interrogation initiale (les ventes d'unités de production sont-elles des ventes de gré à gré ?) l'application du critère ayant, semble-t-il, guidé intuitivement le législateur, devrait conduire à considérer les ventes d'unités de production, qui ne sont pas des ventes aux enchères (publiques ou privées), comme des ventes de gré à gré. Néanmoins, leur caractère global et aléatoire, de même que la finalité qui est encore la leur (la sauvegarde de ce qui reste d'activité et d'emploi) amène à les distinguer des ventes d'actifs isolés et devrait exclure à leur encontre l'application du droit commun, exclusion qu'a énoncée un important arrêt de 1993 ^{Note 2}, mais qui n'est pas totalement admise compte tenu, il est vrai de l'ambiguïté du législateur ^{Note 3}.

13. - Au demeurant, les dispositions contenues dans le projet de réforme quant aux cessions d'unités de production, excluront à l'avenir tout problème de qualification et de détermination de leur régime. Elles sont en effet vouées à disparaître, ce qui nous conduit naturellement à en exclure l'examen.

Il convient néanmoins désormais de préciser de manière générale comment les ventes d'actifs sont appréhendées par ce projet.

14. - 3 - Le projet de loi de sauvegarde des entreprises modifie de manière considérable la place des ventes d'actifs au sein de la procédure ou plutôt des nouvelles procédures qu'il institue.

15. - Le plan de cession n'est plus conçu comme une solution de la procédure de redressement judiciaire, laquelle ne pourra aboutir qu'à un plan de continuation de l'entreprise. Le plan de cession, envisagé comme une solution liquidative, les dispositions le régissant sont intégrées dans le Chapitre II relatif à la liquidation judiciaire, où elles font l'objet au sein " de la réalisation des actifs " d'une nouvelle section (section 1) intitulée " De la cession de l'entreprise ". Corrélativement, disparaissent les dispositions réglementant les cessions d'unités de production ^{Note 4}, dont il est vrai, la distinction avec la cession des branches complètes et autonomes d'activité n'est pas d'une netteté évidente.

16. - Une section 2 " de la cession des actifs ", contient ensuite les différentes dispositions réglementant les ventes d'actifs isolés, immeubles ou meubles et notamment les ventes de gré à gré de ces biens, auxquelles le législateur paraît apporter peu de modifications. Toutefois, en poursuivant la lecture du projet de loi, il apparaît qu'il faut également compter avec les dispositions d'une nouvelle section (IV) du chapitre II (De la liquidation judiciaire) relative à la liquidation judiciaire simplifiée, dispositions qui définissent notamment des règles particulières de cession des actifs, de telle sorte qu'il conviendra si le projet de loi est adopté en l'état de distinguer entre les ventes réalisées dans la procédure de liquidation judiciaire " ordinaire " et celles réalisées dans la procédure de liquidation judiciaire dite simplifiée.

17. - 4 - Alors qu'il supprime le régime simplifié de la procédure de redressement judiciaire ^{Note 5}, le projet institue une liquidation simplifiée, liquidation simplifiée et accélérée, dont la durée, en effet, ne saurait en principe excéder un an, sous réserve d'une prolongation exceptionnelle de trois mois nécessitant un jugement spécialement motivé du tribunal.

18. - La liquidation judiciaire simplifiée est applicable à l'issue d'un certain délai à compter de l'ouverture de la liquidation que l'on qualifiera désormais d'" ordinaire ". Dans le mois de l'ouverture de la liquidation judiciaire, une décision pourra être prise, en principe sur rapport fait par le liquidateur sur la situation de l'entreprise, d'appliquer les dispositions de la liquidation judiciaire simplifiée si certaines conditions sont réunies. La liquidation judiciaire simplifiée peut être appliquée même lorsque la liquidation aura été prononcée après ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Dans cette hypothèse, l'établissement du rapport sur la situation de l'entreprise par le liquidateur n'est pas requis.

19. - La première exigence posée pour l'application de la liquidation judiciaire simplifiée est l'absence d'actif immobilier, dont la réalisation est trop longue pour être compatible avec la durée de la liquidation simplifiée.

20. - Par ailleurs, des conditions de seuils à fixer par décret devront être remplies.

21. - La liquidation judiciaire simplifiée repose sur une accélération, non seulement des ventes d'actifs auxquelles nous nous limiterons ici, mais également de la vérification des créances par une diminution significative des créances vérifiées. Seules seront vérifiées les créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions et les créances salariales selon un article L. 644-3 (dérogant à l'article L. 622-4). Contrairement à la liquidation judiciaire ordinaire, ce ne sont pas uniquement les créances chirographaires pour lesquelles la vérification est écartée. Des créances garanties, celles ne venant pas en rang utile, pourront ne pas être vérifiées.

22. - Quant aux ventes d'actifs mobiliers, elles sont soumises en très large partie à un régime propre, plus souple que celui qui demeure applicable aux ventes opérées dans la liquidation judiciaire ordinaire, dont les règles particulières ne sont guère modifiées sous réserve de quelques précisions relatives aux ventes de gré à gré. Pour ces dernières, il apparaît que le projet de réforme instaure un processus de formation différencié selon la procédure de liquidation applicable.

23. - Par ailleurs, le projet contient diverses mesures qui viennent compléter le régime de ces ventes tant en amont qu'en aval de leur formation et dont certaines ont une grande importance.

24. - Il conviendra ainsi dans un premier temps d'exposer le processus de formation différencié auquel devraient être soumises les ventes de gré à gré, puis de présenter les mesures complémentaires envisagées par le projet.

2. 1 - Le processus différencié de formation des ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire

25. -

26. - Les règles actuelles de réalisation des actifs demeureront théoriquement le principe, la liquidation judiciaire simplifiée n'étant applicable que sous réserve de la réunion de certaines conditions. Il importe de rappeler ces règles et de faire état des quelques modifications que le projet de réforme contient à leur égard pour mieux mesurer l'ampleur des modifications apportées à la vente des actifs dans le cadre de la liquidation simplifiée.

A. - A - Le processus de formation des ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire ordinaire

27. -

28. - Ces ventes obéissent actuellement à un régime complexe et incertain, qui résulte de la combinaison de règles spécifiques posées par la loi (soit dans le livre VI du Code de commerce, soit dans des textes spéciaux) et de certaines règles régissant le droit commun de la vente ou encore des règles spéciales à la vente de certains biens (telles que par exemple la vente du fonds de commerce). La difficulté demeure de la détermination exacte des dispositions du droit commun applicables à ces ventes. Cette difficulté résulte de l'incertitude pesant sur la nature exacte de ces ventes (ventes amiables ou ventes judiciaires) ^{Note 6}, laquelle n'a pas été véritablement levée par la jurisprudence, dont l'analyse conduirait plutôt à conclure à une nature hybride des ventes de gré à gré, ni véritablement volontaires, ni totalement

judiciaires. Quels changements apporte le projet de loi s'agissant de la formation de ces ventes ? Les modifications contenues dans le projet de loi sont très peu nombreuses et paraissent être de pure forme. Elles sont cependant susceptibles de relancer le débat à cet égard, même si à notre sens, elles ne devraient pas ou guère remettre en question les solutions actuelles, en dépit du sentiment éprouvé d'une volonté des rédacteurs du projet de loi de déplacer le curseur du côté du caractère volontaire.

1° 1° Le processus actuel de formation des ventes de gré à gré

29. -

30. - 5 - Les ventes de gré à gré obéissent à un processus de formation original, respectivement prévu par les dispositions des articles L. 622-16, alinéa 3, du Code de commerce (et 153 du décret) pour les immeubles et de l'article L. 622-18 pour les meubles (les biens autres que les immeubles et les unités de production). En matière immobilière, la loi privilégie toujours la réalisation par voie de saisie immobilière ^{Note 7} mais permet au juge-commissaire d'autoriser une adjudication amiable ou une vente de gré à gré, " si la consistance des biens, leur emplacement ou les offres reçues sont de nature à permettre une cession amiable dans de meilleures conditions ". Aucune autre modalité n'étant prévue par la loi, certains juges du fond ont exclu la pratique des enchères privées sous pli cacheté ^{Note 8}, tandis que d'autres l'ont admise ^{Note 9}. En cas de vente amiable, la loi précise que le juge-commissaire détermine le prix et les conditions de la vente. En matière mobilière, la loi permet au juge-commissaire de choisir entre une vente aux enchères publiques ou de gré à gré, vente qu'il " ordonne " selon l'article L. 622-18, alinéa 1er. Le juge-commissaire peut ensuite vérifier que les conditions qu'il a posées ont été respectées, en demandant, conformément au second alinéa de ce texte, que le projet de vente amiable lui soit soumis. Quelle que soit la nature du bien, le processus de formation des ventes de gré à gré est caractérisé par deux étapes, la première étape réside dans l'ordonnance du juge, la seconde dans les actes de vente.

a) a) La première étape : l'ordonnance du juge-commissaire

31. -

32. - 6 - Saisi par le liquidateur d'une offre présentée par un candidat acquéreur, le juge-commissaire doit, quelle que soit l'hypothèse, rendre une ordonnance, laquelle va former la vente. À défaut, la vente est nulle de nullité absolue, ainsi que l'a affirmé un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 27 octobre 1998 ^{Note 10}. L'ordonnance confère un caractère parfait à la vente ^{Note 11}, de telle sorte que l'offre du candidat acquéreur ne saurait être rétractée en l'absence de motif légitime ^{Note 12}, lequel motif légitime pourrait, par exemple, résider dans la disparition d'une partie du matériel cédé. Le pollicitant a par ailleurs la possibilité d'assortir son offre de conditions suspensives ^{Note 13}. Le caractère parfait de la vente suppose que l'ordonnance soit devenue définitive. On rappellera que cette ordonnance notifiée au débiteur et aux créanciers inscrits en matière immobilière du moins ^{Note 14}, dont la doctrine s'accorde à considérer qu'elle a un caractère juridictionnel, malgré sa nature gracieuse ^{Note 15}, est susceptible de recours : opposition du débiteur (et plus généralement des personnes qui auront dû se faire notifier par le greffe la décision du juge-commissaire) ^{Note 16}, tierce opposition devant le tribunal. Est en revanche exclu le recours réformation, sous réserve de l'appel du Ministère public ^{Note 17}. Un recours en nullité demeure possible en cas d'excès de pouvoir du juge-commissaire ou de violation grave d'un principe fondamental du droit ou de la procédure. Ce recours est néanmoins fermé à l'acquéreur évincé ^{Note 18}. L'autorité de la chose jugée dont cette ordonnance est revêtue, interdit au juge-commissaire de rendre une nouvelle ordonnance si une deuxième offre meilleure que la première est formulée ^{Note 19}. 7- La nécessité d'une telle ordonnance imprime à la vente de gré à gré un caractère judiciaire, ce qui a conduit à l'exclusion de certains droits de préemption, ceux qui ne peuvent s'exercer qu'en cas d'aliénation volontaire, selon une décision du Conseil d'État en date du 6 octobre 1995 relative au DPU ^{Note 20}, dont l'analyse a été reprise par la Cour de cassation ^{Note 21}, y compris concernant le droit de préemption du preneur à bail rural dans les DOM-TOM ^{Note 22}. Le droit de préemption du preneur à bail rural en métropole pouvant en revanche être exercé même à l'occasion d'une adjudication forcée, doit être purgé ^{Note 23}. On observera que la jurisprudence concernant le DPU a été brisée par le législateur venu réglementer l'exercice du droit de préemption urbain en cas de redressement ou liquidation judiciaires dans une loi du 13 décembre 2000, dite loi SRU, pour en exclure l'application uniquement en cas de plan de cession et de cession d'unité de production ^{Note 24}, l'article L. 213-1 du Code de l'urbanisme ne visant plus désormais les aliénations volontaires pour définir le champ d'application du DPU. À la suite de l'ordonnance du juge-commissaire ainsi rendue, un acte de cession doit être passé.

b) b) La deuxième étape : les actes de cession

33. -

34. - 8 - Nécessaire à la validité de la vente, l'ordonnance du juge-commissaire ne vaut pas vente, contrairement au jugement d'adjudication. Elle doit en effet être suivie d'un acte d'exécution ^{Note 25}, acte auquel intervient le liquidateur d'une part et, d'autre part, l'acquéreur. L'ordonnance, en effet, n'emporte pas transfert de propriété, ce qui accuse sa différence avec la vente ordinaire ^{Note 26}. Il en résulte que le transfert des risques est également retardé en principe ^{Note 27}. L'absence de transfert de propriété au moment de l'ordonnance manifeste également le caractère non exclusivement judiciaire de la vente, compte tenu précisément de la nécessité de passer un acte ultérieur de cession. Elle traduit ainsi l'originalité profonde de l'opération et son ambiguïté fondamentale.

9 - L'existence d'un acte de cession, tout à fait comparable à celui qui est dressé en présence d'une vente amiable " ordinaire ", conduit la doctrine majoritaire à considérer que doivent être appliquées les règles du droit commun des contrats et les règles spéciales à certains contrats de vente, sauf dérogation expresse ^{Note 28}. Telle est plutôt la tendance en jurisprudence, laquelle n'a toutefois pas été saisie de l'ensemble des questions soulevées à cet égard. Ainsi, l'annulation de la vente pour vice du consentement de l'acquéreur devrait-elle être admise ^{Note 29}. De même, est défendu le respect des mentions prescrites par la loi en matière de vente de fonds de commerce (L. 1935, art. 12 devenu C. com., art. L. 141-1 I), solution posée par un arrêt de la Cour de Rouen du 5 août 1992 ^{Note 30} (et pouvant être implicitement déduite d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 novembre 2003, non publié au bulletin) ^{Note 31}. Il est encore préconisé en matière immobilière d'observer les dispositions de la loi SRU instaurant un droit de rétractation au profit de l'acquéreur d'un immeuble ancien à usage d'habitation ^{Note 32}, ce qui toutefois contraste avec l'exclusion de l'application des dispositions relatives à la protection du logement familial ^{Note 33}, exclusion fondée sur le caractère forcé de ces ventes. Enfin, doivent être respectées les clauses d'agrément ou de préemption sous la limite toujours d'une exclusion expresse. Le respect des clauses d'agrément est incontestable dès lors qu'il a été imposé à l'administrateur chargé de passer les actes nécessaires à la réalisation de la cession ordonnée par le tribunal dans le cadre d'un plan ^{Note 34}. A fortiori, ces clauses doivent-elles être observées au stade de la liquidation judiciaire. L'observation vaut y compris en matière de bail, alors qu'en cas de plan de cession, la clause d'agrément prévue au bail a pu être écartée ^{Note 35}, exclusion justifiée dans cette dernière hypothèse par les dispositions légales permettant au tribunal d'imposer la cession forcée de certains contrats au cessionnaire, parmi lesquels le contrat de bail ^{Note 36}. Le respect des droits de préemption conventionnels ^{Note 37} et légaux a également été assuré par la jurisprudence, celle-ci s'étant prononcée surtout à propos de cessions d'unités de production, quelquefois concernant des ventes de gré à gré d'actifs isolés. S'agissant de certains droits de préemption légaux, pour lesquels la jurisprudence a rendu plusieurs décisions récentes, elle en a imposé l'application en l'absence de disposition légale contraire. C'est le droit de préemption

institué au profit de la SAFER par l'article L. 143-1 du Code rural en cas d'aliénation à titre onéreux qui a donné lieu à cette jurisprudence. Il a été reconnu applicable en l'absence de disposition expresse contraire, telle que le législateur en a adoptée pour le plan de cession (C. rural, art. L. 143-4 7°). La solution a été posée tant pour la vente de gré à gré d'un immeuble isolé qu'en matière de vente d'unités de production, à la fois par la chambre commerciale ^{Note 38} et par la troisième chambre civile ^{Note 39} de la Cour de cassation, cette dernière ayant par ailleurs refusé d'appliquer les règles prévues par l'article L. 143-11 du Code rural pour l'exercice du droit de préemption jouant en cas d'adjudication forcée. Cette dernière jurisprudence est fort intéressante car elle refuse de voir dans ces ventes (ici une cession d'unités de production, mais la solution vaut a fortiori pour les ventes d'actifs isolés) des ventes sur saisies, des ventes uniquement judiciaires. S'agissant des cessions d'unités de production, la solution ainsi retenue pour le droit de préemption de la SAFER est radicalement contraire à celle qui régit le DPU dont l'exercice a été, dans ce cas, écarté par la loi SRU. Les modalités de formation des ventes de gré à gré ainsi décrites ne devraient pas être bouleversées par le projet de réforme dès lors que ces ventes seront réalisées dans la liquidation judiciaire " ordinaire ".

2° 2° L'incidence du projet de loi sur le processus de formation des ventes de gré à gré

35. -

36. - 10 - Les articles 125 et 127 du projet apportent, en apparence, de très menues modifications aux dispositions des articles L. 622-16 et L. 622-18 du Code de commerce (dispositions devenant les articles L. 642-18 et L. 642-19), dont elles harmonisent la rédaction. Celles-ci consistent à préciser que les ventes des meubles sont " autorisées " et non plus ordonnées par le juge-commissaire, le terme étant réservé aux ventes aux enchères publiques, autre modalité de vente de ces biens. Quant aux ventes d'immeubles, les mots " autoriser la vente soit par adjudication amiable ..., soit de gré à gré " seraient remplacés par les termes ordonner dans le premier cas et autoriser dans le second. Quelle que soit la nature des biens qui en seront l'objet, les ventes de gré à gré ne seront plus qu'autorisées par le juge-commissaire et non ordonnées par ce dernier. Quelle pourrait-être l'incidence de ce changement de terminologie ? A priori aucun. La différence actuelle de terminologie utilisée pour les ventes de gré à gré est à peine soulignée en doctrine. La jurisprudence semble totalement l'ignorer. Qu'il s'agisse d'autoriser seulement ou d'ordonner, l'ordonnance du juge est, il est vrai, à la fois nécessaire et insuffisante pour procéder à la vente de gré à gré des actifs. Nécessaire, y compris en matière immobilière, où la réalisation doit en principe

avoir lieu sur saisie immobilière et où le juge-commissaire doit déterminer le prix de chaque immeuble et les conditions essentielles de la vente (C. com., art. L. 622-16, al. 3 et 138, al. 1er, D). Non suffisante, même en matière mobilière, où le juge " ordonne " de telles ventes, et où il n'a pas été considéré cependant que sa décision, rendant la vente parfaite, valait vente. Sans doute aucune disposition du décret n'indique, contrairement à celles de l'article 138, alinéa 3, pour les immeubles que " le liquidateur passe les actes nécessaires à la réalisation de la vente ". Néanmoins, lorsque la loi indique que le projet de vente doit lui être soumis pour vérification de sa conformité aux conditions qu'il a fixées, elle induit de manière certaine le recours à un acte de vente et l'intervention du liquidateur à celui-ci. Que le juge ordonne ou autorise la vente de gré à gré ne change par conséquent pas fondamentalement celle-ci de nature. Tout au plus peut-être de degré. En effet, quelle que soit l'hypothèse, la volonté du propriétaire du bien étant absente, il paraît artificiel de qualifier une telle vente de vente amiable. C'est pourquoi, même ceux qui considèrent que le critère de distinction autorisation/ordre est pertinent pour la qualification de certaines ventes mobilières effectuées aux enchères (ventes de meubles dont le régime a été modifié par une loi du 10 juillet 2000), en écartent l'application pour les ventes de gré à gré effectuées dans la liquidation judiciaire. Telle est l'opinion de M. Sermier. Si cet auteur s'emploie à distinguer les ventes ordonnées des ventes seulement autorisées par décision judiciaire, pour analyser les premières en ventes judiciaires et les secondes en ventes volontaires, il ne rattache pas les ventes de gré à gré effectuées dans la liquidation judiciaire à la catégorie des ventes volontaires car, selon lui, " le fait que le juge-commissaire puisse opter pour la vente de gré à gré plutôt que pour la vente aux enchères ne change rien au fait que, quel que soit le mode de réalisation des actifs retenu, la vente est forcée, le propriétaire de l'entreprise en liquidation judiciaire n'ayant aucun pouvoir de décision " ^{Note 40}. Dans la liquidation ordinaire, il est ainsi permis de conclure à l'absence de modification véritable des ventes de gré à gré par le projet de réforme ; il n'en va pas de même pour ces mêmes ventes dans la liquidation judiciaire simplifiée.

B. - B - Le processus de formation des ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire simplifiée

37. -

38. - 11 - Les rédacteurs du projet de loi manifestent la volonté de raccourcir la durée de la liquidation judiciaire dans certaines hypothèses pour accélérer d'autant le paiement des créanciers et également permettre au chef d'entreprise de se retrouver in bonis, " de rebondir plus vite " précise l'exposé des motifs. La vente de gré à gré paraît constituer l'instrument idéal pour parvenir à une telle accélération,

mais à condition d'en simplifier le processus de formation. C'est ce à quoi s'emploient les auteurs du projet de réforme. Toutefois, avant d'indiquer ce processus, il faut observer que bien qu'adaptée à la volonté tant de simplification que d'accélération de la procédure, la vente de gré à gré n'en constitue pas le mode obligé. De même, elle ne concerne pas tous les biens composant l'actif du débiteur. Le domaine des ventes de gré à gré doit ainsi être rappelé avant que ne soit exposé leur processus de formation.

1° 1° Le domaine des ventes de gré à gré simplifiées

39. -

40. - 12 - Le domaine des ventes de gré à gré simplifiées apparaît restreint. Une double restriction est posée, d'ordre temporel, d'une part, et quant à la nature des biens, d'autre part. Réaliste, en effet, le législateur met une nouvelle fois en "compétition" la vente de gré à gré et la vente aux enchères publiques. Cette compétition est, qui plus est, limitée dans le temps à une période de trois mois à compter de l'ouverture de la procédure de liquidation simplifiée (nouvel art. L. 622-36, al. 1er), période au terme de laquelle, la vente aux enchères publiques est seule possible pour les actifs subsistants (nouvel art. L. 622-36, al.2). Sans doute, au-delà de trois mois, y-a-t-il moins de chances que des acquéreurs potentiels se manifestent, d'autant qu'une publicité des actifs à réaliser aura été effectuée. En second lieu, il doit être rappelé qu'en aucun cas la vente de gré à gré ne peut concerner des immeubles, l'existence d'immeubles dans l'actif du débiteur étant exclusive de la liquidation simplifiée. Seuls des actifs mobiliers seront donc touchés par ces règles simplifiées. Mais, a priori tous les actifs mobiliers pourront être réalisés de la sorte, le texte ne distinguant pas ^{Note 41}. Ainsi, la présence d'un fonds de commerce ne fera pas obstacle à la liquidation simplifiée et la vente de ce fonds aura lieu selon le processus établi par un nouvel article L. 644-2 (devenant l'article L. 642-11) du Code de commerce, dérogeant aux dispositions de l'article L. 622-18. Le seuil du chiffre d'affaires limitera peut-être cependant, de facto, l'application de ces dispositions simplifiées aux fonds de valeur modeste. Son importance apparaît d'ores et déjà nettement.

2° 2° La formation des ventes de gré à gré simplifiées

41. -

42. - 13 - Selon l'alinéa 1er d'un nouvel article L. 644-2 :

43. - Le liquidateur procède à la vente des biens mobiliers de gré à gré ou aux enchères publiques, dans les trois mois suivant l'ouverture de la procédure ". Dans sa version originaire (où elle instituait un article L. 622-3) cette disposition comportait un alinéa 3 ajoutant " les ventes prévues aux alinéas qui précèdent sont réalisées par un officier ministériel habilité.

44. - Cet alinéa ne figure plus dans la version définitive du projet de loi. Disparaît ainsi toute intervention judiciaire, aucune ordonnance, même aux seules fins d'autorisation, n'ayant plus à être rendue par le juge-commissaire qui perd toute maîtrise des ventes au profit du liquidateur. C'est en effet le liquidateur qui choisira le mode de réalisation des actifs mobiliers. Un tel changement est considérable et constitue en partie un retour en arrière, un retour aux dispositions de la loi de 1967 dont l'article 81 disposait que le syndic poursuit seul la vente des marchandises et effets mobiliers du débiteur ^{Note 42}. Il avait été alors discuté de la possibilité pour le syndic de recourir à la vente amiable en l'absence de texte le permettant, possibilité contestée par les uns, admise par d'autres, suivie par bon nombre de juridictions ^{Note 43}. Ce système a précisément été l'objet de critiques, d'où sa modification en 1985... Même les auteurs qui reconnaissent de réels mérites aux ventes de gré à gré (lesquelles assurent notamment de l'existence d'un acquéreur), considèrent que, compte tenu des inconvénients présentés par ces dernières, l'intervention judiciaire a une importance capitale. Il est vrai que l'observation est surtout formulée pour les ventes d'immeubles ^{Note 44}. En l'absence d'ordonnance, aucune notification n'aura plus lieu et aucune voie de recours ne pourra plus être exercée. Il devrait en résulter une accélération significative de la réalisation des actifs concernés, ce que recherchent précisément les auteurs du projet. Ainsi, la première phase du processus de formation des ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire " ordinaire " est-elle ici supprimée, une seule phase subsistant, celle des actes de vente. Néanmoins le projet de réforme, dans sa rédaction initiale, en contrepartie sans doute de l'abandon du contrôle judiciaire, imposait que l'acte de vente soit passé ou plus exactement " réalisé " par officier ministériel habilité (commissaire-priseur en cas de ventes aux enchères publiques, notaire ou huissier pour les ventes de gré à gré). Or, l'intervention de l'officier public était susceptible de ralentir quelque peu les opérations et aurait eu un coût pouvant paraître excessif pour les ventes de meubles de faible valeur. Par ailleurs, il était permis de s'interroger sur la portée de cette intervention. L'intervention de l'officier public consistait-elle une condition de validité de l'opération ou une simple condition d'exécution (sens souvent donné dans la pratique au terme de " réalisation " utilisé

ici) ? Le liquidateur n'aurait-il été engagé qu'au moment de la réalisation devant cet officier public, de même que le pollicitant, de telle sorte qu'une rétractation de celui-ci, comme du liquidateur aurait été possible jusqu'à la réalisation de l'acte ? Le liquidateur aurait pu ainsi changer d'avis et préférer un nouvel acquéreur ayant présenté une offre plus avantageuse... Les conditions et le moment de la formation de ces ventes méritent d'être éclaircies. Ces questions, désormais, ne se posent plus, l'intervention de l'officier public n'étant plus exigée, probablement par un souci de simplification.¹⁴ - Quelles conséquences peut-on tirer de l'absence de décision judiciaire ? Peut-elle conduire à affirmer la nature volontaire de la vente de gré à gré ainsi décidée par le liquidateur ? Moins judiciaire sans doute que la vente de gré à gré autorisée dans la liquidation ordinaire, elle n'en est pas moins une vente passée " sous autorité de justice ", le liquidateur agissant, lorsqu'il décide des modalités de la vente, incontestablement en tant qu'organe de la procédure chargé de la réalisation des actifs pour le compte des créanciers. Ce n'est tout au plus qu'au moment de la passation des actes, que le liquidateur endosse également la qualité de représentant du débiteur ^{Note 45}, quoique de manière tout à fait artificielle compte tenu de l'absence de volonté de vendre du débiteur ^{Note 46}. Il paraît en effet difficile de faire abstraction du contexte dans lequel se déroule cette vente. Il a été fort bien souligné que " vendre à l'amiable " dans un contexte - la liquidation - dominé par les techniques d'exécution " était une " initiative inhabituelle " ^{Note 47}. On ajoutera que, par conséquent, l'hésitation quant à la détermination de leur nature que soulèvent les ventes simplement autorisées par le juge-commissaire ne fait pas défaut ici et que fondamentalement, quoique à un degré moindre, les questions posées demeurent les mêmes. Le régime de ces ventes ne devrait pas différer, sous réserve des règles particulières prévues pour leur formation. Très spectaculaire en raison de la disparition de tout contrôle judiciaire a priori, cette simplification du recours à la vente de gré à gré des actifs mobiliers est accompagnée de mesures complémentaires, dont les plus importantes tendent à leur transparence et à leur moralisation.

3. 1 - Les mesures complémentaires applicables aux ventes de gré à gré

45. -

46. - Parmi ces différentes mesures, certaines concernent l'ensemble des cessions d'actifs et ont vocation à s'appliquer en amont de la vente elle-même. Elles sont destinées à écarter la suspicion qui pèse sur ces cessions, en particulier sur les ventes d'actifs de gré à gré, ce qui leur confère un poids

considérable. D'autres mesures sont d'une ampleur plus limitée. Intervenant en aval des opérations de vente, elles intéressent les répartitions et ne concernent que la liquidation judiciaire simplifiée.

A. - A - Les mesures prévues en amont de la formation de la vente

47. -

48. - Le projet de loi, en écho aux critiques quasi unanimes et récurrentes, s'efforce d'assurer à la fois la transparence des ventes d'actifs et leur moralisation, mesures qui, pour la première fois, concernent des ventes d'actifs isolés et plus particulièrement des ventes de gré à gré.

1° 1° La transparence des ventes

49. -

50. - 15 - En amont, le projet de loi, répondant ainsi aux vœux tant de la doctrine ^{Note 48} que de la pratique qui déplorait une insuffisante transparence des ventes d'actifs, organise une publicité générale de ces ventes. La mesure résulte d'une toute première disposition de la section relative aux dispositions communes à la réalisation des actifs (section 3), un nouvel article L. 642-21. Ce texte prescrit, en principe, l'accomplissement d'une publicité relative à la cession de l'entreprise et à la réalisation des actifs du débiteur. Il prévoit cependant, et de manière fort mystérieuse pour l'instant, qu'une décision contraire du juge-commissaire pourrait exclure cette publicité. Aucune condition n'est en effet imposée par la loi quant à une telle exclusion. Si l'édiction de ce principe est tout à fait satisfaisante, il faudra toutefois attendre le décret pour en apprécier l'effectivité concrète. En effet, le texte renvoie au décret pour la détermination des modalités de ladite publicité. Il est permis d'espérer qu'outre les modes classiques, JAL, BODACC, d'autres supports soient imaginés grâce aux moyens informatiques modernes et à Internet. Le moment de la publicité n'est pas non plus précisé. Il conviendra qu'elle soit effectuée assez tôt. Toutefois, il ne sera sans doute pas si facile de l'organiser de manière très précoce : par hypothèse au début de la procédure, on ignorera si l'on s'oriente vers une cession d'entreprise ou une cession d'actifs. Or, les acquéreurs potentiels

ne sont certainement pas les mêmes. S'agissant de ces derniers, le projet de loi contient par ailleurs des règles nouvelles.

2° 2° La moralisation

51. -

52. - 16 - Un article L. 622-15-3, relatif aux offres de cession d'entreprise, reprendrait en effet en les modifiant les restrictions légales instaurées en matière de cession d'entreprise en vertu d'un plan de cession ou de cessions d'unités de production quant à la qualité de l'auteur de l'offre de cession. Or, cette disposition sera applicable aux ventes d'actifs isolés effectuées dans la liquidation judiciaire en vertu d'un renvoi opéré par une nouvelle disposition. Cette disposition s'appliquera également aux ventes d'actifs opérées dans la procédure de liquidation judiciaire simplifiée. L'article L. 644-2 indique, en effet, qu'il ne déroge qu'à l'article L. 642-19 et par ailleurs, l'article L. 644-1 précise que " la procédure de liquidation judiciaire simplifiée est soumise aux règles de la liquidation judiciaire, sous réserve des dispositions de la présente section ". Cette extension est d'autant plus opportune que ces restrictions sont elles-mêmes revues et corrigées par le projet de réforme, qui, ici encore, se fait l'écho de la pratique et de la doctrine, conjugue à la fois rigueur et souplesse.¹⁷ - Au titre de la rigueur, une double extension est envisagée : quant aux personnes et dans le temps. S'agissant des personnes, la loi ne se contenterait plus d'empêcher le chef d'entreprise ou le dirigeant ou leurs proches (parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement) de formuler des offres directement ou par personne interposée. Le projet l'interdit également aux contrôleurs (très privilégiés jusqu'ici puisqu'ils avaient accès aux offres de cession). Une telle interdiction s'impose de manière impérieuse, d'autant plus que les pouvoirs des contrôleurs sont accrus, au point, semble-t-il, d'accéder quasiment au rang d'organe de la procédure, ces derniers étant habilités à exercer des voies de recours en cas d'inertie du représentant des créanciers. Ces restrictions s'ajoutent à l'interdiction faite par décret (art. 138, al. 3) au liquidateur de se porter acquéreur en son nom personnel ou en sa qualité de représentant des créanciers des immeubles du débiteur. En outre, le projet de loi entend interdire à l'ensemble de ces personnes d'acquérir les biens dépendant de la liquidation (de même que des parts ou actions de société les ayant acquis en tout ou partie directement ou indirectement) pendant une durée de 5 ans suivant la cession. Cette interdiction est de nature à renforcer la première en dissuadant sans doute le recours à de faux tiers, à des personnes interposées.¹⁸ - La rigueur ainsi manifestée n'est cependant pas exclusive d'une certaine souplesse. La loi laissera en effet au tribunal en cas de cession d'entreprise, au

juge-commissaire en cas de cession d'actifs isolés, et toujours par décision spécialement motivée et après avis du ministère public et des contrôleurs, la possibilité de déroger à l'ensemble de ces interdictions au profit des personnes visées, à l'exception des contrôleurs. De la sorte, le projet de loi étend une possibilité réservée jusque là aux seuls exploitants agricoles, extension dont on ne peut que se féliciter, tant il est vrai que certaines petites entreprises artisanales ou commerciales n'ont guère de chance de trouver de repreneur en dehors du cercle familial dont les membres, quelquefois salariés ou apprentis dans l'entreprise, ont toutes les compétences et l'honnêteté requises. Ces dérogations pourront, au demeurant, être d'autant plus facilement accordées qu'est instituée une publicité relative à la cession de l'entreprise et des actifs ainsi qu'il a précédemment été indiqué, publicité permettant aux tiers intéressés de se manifester. Le non-respect de ces règles sera sanctionné, comme aujourd'hui, par une nullité absolue, que tout intéressé pourra invoquer dans les trois ans de l'acte ou de sa publicité lorsque celui-ci est soumis à publicité. Très soucieux de favoriser les ventes d'actifs de gré à gré par ces diverses mesures, les auteurs du projet ont également songé aux suites de ces ventes pour les créanciers, en particulier à la répartition de leur prix.

B. - B - Les mesures prévues en aval de la vente des actifs

53. -

54. - La situation des créanciers a retenu l'attention des rédacteurs du projet, lesquels se désintéressent, en revanche, de celle des " parties " à la vente, pourtant bien incertaine.

1° 1° Des mesures intéressant les seuls créanciers

55. -

56. - 19 - Les auteurs du projet organisent la répartition du produit des ventes de meubles effectuées dans la procédure de liquidation simplifiée. Ces règles spéciales seraient contenues dans un article L. 644-4 du Code de commerce : S'inspirant de la procédure d'ordre établie en matière immobilière par le décret, les auteurs du projet de loi prévoient l'établissement d'un projet de répartition, publié,

susceptible de contestation et aboutissant à la répartition effective des fonds. En premier lieu, une fois les créances visées vérifiées et les actifs réalisés, le liquidateur établit un projet de répartition déposé au greffe. Ce projet fait l'objet d'une mesure de publicité (non précisée encore, une telle précision incombant au décret). Tout intéressé peut ainsi en prendre connaissance et le contester. La contestation doit être formée dans un délai dont la durée sera fixée par décret. Les contestations élevées sont tranchées par le juge-commissaire dont l'ordonnance est publiée et notifiée aux créanciers intéressés, ce qui permet un recours (dans un délai déterminé par décret). Enfin, conformément au projet de répartition ou à la décision rendue en cas de contestation, le liquidateur procédera à la répartition.²⁰ - Si les auteurs sont muets sur l'application du droit commun au bénéfice des créanciers inscrits, c'est-à-dire quant à la possibilité de former surenchère en cas de vente de gré à gré, c'est parce que celle-ci a lieu en amont de l'établissement du projet de répartition. Ce sont, en principe, les mêmes règles qui s'imposent, que la vente de gré à gré ait lieu dans la liquidation judiciaire simplifiée ou dans la liquidation judiciaire ordinaire. Or, dans cette dernière hypothèse, s'applique le droit commun pour les créanciers inscrits. L'acquéreur doit procéder à la purge (sauf dispense de purge consentie par ces derniers), à défaut de quoi ils pourront faire valoir leurs droits. Sommés de prendre parti, ils pourront ou bien accepter le prix proposé ou bien former une surenchère du dixième ^{Note 49}. La solution résulte des dispositions légales et réglementaires tant en matière mobilière qu'en matière immobilière ^{Note 50}. En matière de vente de fonds de commerce, la surenchère du sixième est également possible de la part des créanciers opposants ^{Note 51}. La solution s'imposera de manière certaine si les textes du projet de réforme sont adoptés. En effet, en cas de plan de cession, toute surenchère est soigneusement écartée par le projet de loi, ce qui signifie qu'en cas de vente isolée d'un fonds, elle doit au contraire être admise. On ne concevrait pas à ce stade que puisse être écartée une règle protectrice des intérêts de créanciers offerte par le droit commun. Attentif aux conséquences de ces ventes pour les créanciers, les auteurs du projet de réforme se désintéressent en revanche du sort des " parties ", qui n'est malheureusement pas tranché pour l'heure.

2° 2° Le mutisme du projet sur la situation des " parties "

57. -

58. - 21 - C'est encore la nature de ces ventes qui domine la question de la détermination des effets des ventes de gré à gré au regard des " parties " et plus particulièrement celle de la détermination des obligations du propriétaire du bien, contraint de vendre. Les opinions divergent profondément en doctrine

sur l'application des règles du droit commun de la vente ou du droit spécial applicables à certaines ventes. S'agissant des ventes autorisées par le juge-commissaire, un courant majoritaire considère " qu'une fois conclues, ces ventes relèvent en principe du droit commun " ^{Note 52}, les règles du droit commun offrent une protection à l'acquéreur, nécessaire en l'absence des garanties attachées à la vente aux enchères publiques. A fortiori la même analyse devrait être adoptée pour les ventes de gré à gré " simplifiées ". À l'opposé, une autre partie de la doctrine soutient que ces ventes étant " conduites sous l'autorité de la justice sont purgées de leurs vices, ce qui éteint les garanties habituelles " ^{Note 53}, ou du moins que l'acquéreur, compte tenu du contexte très particulier dans lequel il achète, ne saurait prétendre bénéficier de la protection ordinaire ^{Note 54}. Par ailleurs, le débiteur peut-il être considéré comme un vendeur alors que la décision de vendre n'a pas été prise par lui et qu'il n'intervient pas à l'acte, seul le liquidateur y étant présent ? Si pour les uns le liquidateur est censé représenter le débiteur ^{Note 55}, cette opinion est contestée par d'autres ^{Note 56}. La présence du seul liquidateur à l'acte justifie que soit mise à sa charge l'obligation de délivrance du bien vendu ^{Note 57}, obligation qui s'entend de la délivrance d'une chose conforme à ce qui était prévu dans l'ordonnance rendue par le juge-commissaire, à défaut de quoi l'acheteur peut agir en résolution de la vente ^{Note 58}. De même, le liquidateur doit répondre de l'inexactitude des mentions prescrites par la loi en matière de vente de fonds de commerce, obligation qu'il partage avec le rédacteur de l'acte. Quant au débiteur, peut-on considérer qu'il est tenu, au titre de la garantie d'éviction, d'une obligation de non-concurrence envers l'acquéreur. Ce dernier peut-il également le poursuivre en garantie des vices cachés, sachant que l'article 1649 du Code civil écarte la garantie des vices cachés pour " les ventes faites par autorité de justice ". Inversement, il est permis de s'interroger sur la possibilité pour le vendeur d'agir en rescision pour lésion alors que, de manière voisine, l'article 1684 exclut la rescision pour lésion " en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice ". En application de cette disposition, il est vrai plus restrictive que la précédente, la jurisprudence semble retenir la conception la plus étroite de la vente sous autorité de justice. Elle a ainsi admis l'application de la rescision pour lésion à une vente de gré à gré conclue sur autorisation du juge des tutelles dans une hypothèse d'administration de biens de mineurs sous contrôle judiciaire ^{Note 59}, de même qu'à une vente d'immeuble effectuée pendant la période préparatoire du règlement judiciaire par un débiteur assisté de son syndic, la vente ayant été autorisée par le tribunal ^{Note 60}. En considération de cette jurisprudence, il conviendrait de considérer que la garantie des vices cachés pèse bien sur le débiteur en cas de ventes de gré à gré effectuées dans la liquidation judiciaire, lesquelles ventes ne sont pas effectuées en justice. Ajoutons que l'exclusion des garanties du droit commun de la vente formulée par la Cour de cassation dans un arrêt remarqué rendu en 1993 ^{Note 61} concernait une cession d'unités de production et reposait sur le caractère global et forfaitaire, aléatoire de l'opération. Elle ne saurait être transposée pour les ventes d'actifs isolés.

22 - De manière générale, la protection du droit commun, qu'elle intéresse les

créanciers ou l'acquéreur, devrait s'appliquer aux ventes de gré à gré, d'autant que, par hypothèse, elles sont censées offrir un meilleur prix que la vente aux enchères publiques. Sans doute les auteurs du projet de loi l'ont-ils pensé. Il peut leur être reproché de ne l'avoir pas nettement précisé. Il serait regrettable que le législateur ne saisisse pas l'occasion qui lui est ainsi fournie de clarifier le sort des " parties ", lequel est encore bien trop incertain. Une telle clarification si elle n'est pas encore à tous égards d'actualité, demeure néanmoins pour l'heure une perspective

Note 1 F. Aubert, Les réalisations de gré à gré in Les réalisations d'actif dans les procédures de redressement et liquidation judiciaires : LPA 2000, n° 8, p. 27.

Note 2 Cass. com., 12 oct. 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 331 ; RTD com. 1994, p. 559, note J.-P. Haehl.

Note 3 Ainsi le législateur n'exclut-il pas l'exercice du droit de suite par les créanciers inscrits contrairement à la solution adoptée en matière de plan de cession.

Note 4 Abrogation C. com., art. L. 622-17 par projet de loi.

Note 5 Tout en maintenant cependant la possibilité pour le tribunal de ne pas désigner d'administrateur.

Note 6 Sur la question V. M.-A. Rakotovahiny, Les ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire : Rev. Lamy dr. aff. mai 2003, n° 60 supplément, p. 47.

Note 7 Ce qui n'a pas empêché certaines juridictions du fond de considérer que la loi n'établissait aucune hiérarchie au profit de la vente sur saisie et que le juge-commissaire pouvait dès lors choisir librement de recourir à la vente de gré à gré V. CA Paris, 27 févr. 1990 : Gaz. Pal. 1991, 1, 314, note Marchi ; RTD com. 1990, p. 479, note J.-P. Haehl ; CA Paris, 22 févr. 1991 : D. 1992, somm. p. 89, note Derrida contra T. com. Bayonne, 23 nov. 1990 : RJ com. 1992, p. 132, note Gallet.

Note 8 CA Orléans, 8 nov. 2001 : JCP N 2002, n° 28, 1423, note J.-P. Garçon.

Note 9 CA Paris, 21 févr. 2003 cité par F. Vauvillé in De la jurisprudence à la pratique notariale : JCP N 2003, n° 47, 1596.

Note 10 Cass. com., 27 oct. 1998 : Bull. civ. 1998, IV, n° 105.

Note 11 Cass. com., 11 mars 1997 cité par J.-P. Garçon in La formation de la vente de gré à gré dans la procédure de liquidation judiciaire des entreprises : JCP N, 1997, I, p. 1283 ; Defrénois 1997, art. 36621, spéc. p. 941, note J.-P. Sénéchal ; JCP E 1997, I, 681, n° 8, note Ph. Pétel.

Note 12 Cass. com., 14 juin 1994 : Bull. civ. 1994, IV, n° 210 ; D. 1994, inf. rap. p. 205 ; Rev. pr. coll. 1995, p. 342, note Dureuil ; RD bancaire et bourse 1995/47, n° 7, note M.-J. Campana et J.-M. Calendini. Cet arrêt contenait une formulation qui a attiré l'attention : " les dispositions de l'article 156 font échapper, par leur caractère d'ordre public, l'offre d'achat de gré à gré d'un élément de l'actif mobilier d'un débiteur en liquidation judiciaire aux dispositions d'ordre privé du code civil régissant la nature et la forme de la vente ".

Note 13 Cass. com., 25 mai 1993 cité par M. Cabrillac et P. Pétel in Redressement et liquidation judiciaire des entreprises : JCP G 1993, I, 3721 ; RTD com. 1994, p. 563, note J.-P. Haehl.

Note 14 D., art. 153, al. 2, renvoyant à l'article 126 de ce même décret concerne les ventes d'immeubles. En matière mobilière, le décret prévoit seulement une notification au débiteur et aux contrôleurs D., art. 151-2 ; la notification aux créanciers inscrits est en revanche prévue en cas de cession d'une unité de production. La réforme pourrait opportunément combler cette lacune.

Note 15 Sous réserve cependant de l'hypothèse où l'ordonnance autorise le principe de la vente de gré à gré sans qu'un acquéreur se soit manifesté. P.-M. Le Corre, J.-Cl. Procédures collectives, Fasc. 2706, n° 26 ; Cass. com., 22 janv. 2002 : RJDA 2002/5, n° 534.

Note 16 P.-M. Le Corre, J.-Cl. Procédures collectives, Fasc. 2709, n° 18.

Note 17 V. C. com., art. L. 623-4 2° et L. 623-5 pour les recours ouverts au ministère public.

Note 18 Cass. com., 3 déc. 2003 : Act. pr. coll. 2004, comm. 27. La Cour de cassation considère, comme elle l'a jugé en matière de plan de cession, que " le candidat repreneur évincé n'a aucune prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 du Nouveau Code de procédure civile quelles que soient les modalités de son intervention " et que " l'arrêt en déduit, à bon droit que l'appel-nullité de la société ... n'est pas recevable ".

Note 19 Solution affirmée dans une espèce où était en cause une cession d'unités de production mais formulée de manière générale par Cass. com., 16 mars 1999 : Bull. civ. 1999, IV, n° 65 ; JCP E 1999, p. 1533, n° 12, note Ph. Pétel.

Note 20 CE, 6 oct. 1995 : Juris-Data n° 1996-600171 ; JCP N 1996, II, p. 238, note M.-C. Rouault ; Defrénois 1996, art. 36318, note S. Pérignon ; D. 1996, somm., p. 277, note H. Charles.

Note 21 Cass. 3e civ., 10 nov. 1998 : Constr.-urb. 1999, comm. n° 61, note P. Cornille. Bien que rendue sous l'empire des dispositions de la loi de 1967, la solution est transposable à la procédure de liquidation judiciaire relevant de la loi de 1985.

Note 22 Cass. com., 1er avr. 1998 : RJDA 6/1998, n° 771 ; RTD com. 1998, p. 928, note C. Saint-Alary Houin.

Note 23 Cass. 3e civ., 5 févr. 2003 : Rev. loyers 2003, p. 160, note B. Peignot.

Note 24 V. J.-P. Garçon, Le droit de préemption urbain et les procédures collectives après la loi SRU du 13 décembre 2000 : JCP N 2001, n° 43, p. 1593.

Note 25 Cass. com., 8 janv. 2002 : RJDA mois 6/2002, n° 669.

Note 26 F. Aubert, Les réalisations de gré à gré, op. cit., note 1.

Note 27 Cass. com., 29 oct. 2002 : RJDA 3/2003, n° 288.

Note 28 V. en ce sens Ph. Pétel, obs. à propos de Cass. com., 23 janv. 1996 : JCP E 1996, I, 554, n° 10 ; Bull. civ. 1996, IV, n° 22, " la Cour de cassation confirme la portée générale du principe qui s'en dégage : les restrictions conventionnelles et légales au droit de disposer qui affectent les biens du débiteur trouvent application lorsque ces biens sont cédés dans le cadre d'une procédure collective. Il n'en va

autrement qu'en présence d'une disposition légale expresse ". L'incompatibilité avec les règles de la procédure pourrait également venir limiter l'application des règles de droit commun ou les règles spéciales à certaines ventes. Cette dernière limite présente un intérêt pour la cession d'unité de production dont la logique voudrait qu'elle ne puisse être remise en question par l'application de règles du droit commun de la vente ou du droit spécial applicable à certaines ventes susceptibles d'en compromettre la réalisation.

Note 29 F. Aubert, Les réalisations de gré à gré, préc. supra note 1, p. 23. Pour l'annulation d'une offre d'achat V. CA Douai, 13 janv. 2000 : D. 2000, act. jurispr., p. 116.

Note 30 CA Rouen, 2e ch. civ., 5 août 1992 : Juris-Data n° 1992-048156.

Note 31 Cass. com., 19 nov. 2003, pourvoi n° 00-22220, inédit. Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, la vente de gré à gré d'un fonds de commerce avait été ordonnée par le juge-commissaire. L'acquéreur n'avait pas obtenu le financement nécessaire à l'acquisition du fonds et avait refusé de passer l'acte dans lequel le liquidateur voulait insérer une clause l'exonérant de sa responsabilité en raison de l'impossibilité de faire figurer les mentions de l'article 12. La résiliation du bail fut ensuite constatée et le liquidateur assigna l'acquéreur en réparation pour perte d'une chance de cession du fonds. Son action fut écartée par la cour d'appel, laquelle selon la Cour de cassation, avait dans son pouvoir souverain jugé que le défaut de passation des actes était tout autant imputable à l'acquéreur, " M. Z qui n'a pas obtenu les fonds dans délai qu'il escomptait qu'au liquidateur qui ne pouvait transmettre les éléments essentiels à la rédaction des documents ".

Note 32 En ce sens, F. Vauvillé, Liquidation judiciaire et loi SRU : Dr. et patrimoine déc. 2001, p. 52 : " l'acquéreur d'un immeuble figurant à l'actif d'une procédure collective doit pouvoir se rétracter, mais de manière très originale en raison des modalités spécifiques de la vente dans une telle hypothèse, à l'intérieur du délai de réflexion ouvert par la loi au profit de ceux qui en principe, ne se sont pas engagés. Concrètement, la rétractation prendra ici la forme d'un refus de signer l'acte authentique préparé par le notaire ". V. de manière très voisine H. Périnet-Marquet, Les difficultés de délimitation du champ d'application des droits de rétractation et de réflexion offerts à l'acquéreur immobilier : JCP N 2002, n° 26, 1390, spéc. p. 961, n° 37 et note 62, considérant que " le dispositif protecteur doit jouer le plus en amont de la procédure, dès la première acceptation, par l'acquéreur, du prix et des conditions fixées ".

Note 33 Cass. 1re civ., 21 mai 1997 : D. affaires 1997, p. 105 ; JCP E 1997, I, 681, n° 14, note P. Pétel ; Dr. et patrimoine avr. 1998, p. 53, note F. Vauvillé ; CA Grenoble, 23 nov. 1999 : RD banc. et fin. 2000, p. 177, n° 122, note F.-X. Lucas. La conséquence en est, selon l'arrêt du 21 mai 1997, que l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la vente de gré à gré du logement familial n'a pas à être notifiée au conjoint in bonis.

Note 34 Cass. com., 31 janv. 1995 : Bull. civ. 1995, IV, n° 31 ; D. 1995, jurispr. p. 426, note Parléani ; JCP G 1995, II, 22460, note Y. Guyon ; Bull. Joly 1995, 342, note Couret ; Defrénois 1995, art. 36091, spéc. p. 696, note H. Hovasse.

Note 35 D. 1995, inf. rap. p. 18 ; JCP E 1995, I, 455, n° 35, note Ph. Pétel ; Rev. pr. coll. 1995, p. 170, note B. Soinne.

Note 36 On ajoutera que le respect de la clause d'agrément s'impose même en cas de cession d'unités de production, la loi ne permettant pas la cession forcée des contrats à l'occasion de cette opération qui se trouve ainsi affaiblie.

Note 37 Concernant des droits sociaux, V. Cass. com., 23 janv. 1996 : LPA 1996, n° 47, p. 9, note F. Derrida. La décision est néanmoins critiquée en ce qu'il est permis aux associés de soulever l'inopposabilité de la cession des parts ordonnée au mépris de leur droit de préemption alors qu'ils n'avaient pas contesté la décision du juge-commissaire, la Cour de cassation indiquant que les règles relatives à l'autorité de la chose jugée ne faisaient pas obstacle à l'application de la clause.

Note 38 Cass. com., 15 oct. 2002 cité par M.-A. Rakotovahiny in La singularité du droit de préemption de la SAFER dans le cadre d'une liquidation judiciaire (À propos de Cass. com., 15 oct. 2002 [2 arrêts]) : JCP N 2003, n° 17, 1296, p. 660.

Note 39 Cass. 3e civ., 30 avr. 2003 : Rev. loyers 2003, p. 422, note F. Macorig-Venier.

Note 40 R. Sermier, Comment distinguer les ventes aux enchères volontaires des ventes judiciaires ? : LPA 2003, n° 54, p. 13, n° 11.4.

Note 41 L'exposé des motifs indique qu'elle est " destinée à des entreprises à faibles actifs facilement réalisables ", avant d'évoquer la seule exclusion des immeubles.

Note 42 R. Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, t. II, éd. LGDJ, 9e éd., 1981, n° 3060.

Note 43 CA Paris, 15 déc. 1980, D. 1981, 281, concl. Jéol, note Derrida. En ce sens B. Soinne, Les modalités de constatation et de réalisation des actifs mobiliers : fonction essentielle des juridictions consulaires et de leurs mandataires : Rev. pr. coll. 1988, p. 1, n° 13.

Note 44 J.-J. Barbiéri, note sous CA Toulouse, 11 mars 1991 : D. 1991, jurispr. p. 401.

Note 45 En ce sens V. J.-M. Calendini, La vente des immeubles du débiteur, la liquidation judiciaire dans la loi du 25 janvier 1985 et le décret du 27 décembre 1985 : LPA 1986, n° 50, p. 52 et s., spéc. p. 64 ; J.-J. Barbiéri, préc. supra note 44.

Note 46 B. Soinne, Traité des procédures collectives, éd. Litec, 2e éd. 1995, n° 2442.

Note 47 J.-J. Barbiéri, préc. supra note 44.

Note 48 Par exemple V. Y. Guyon, La transparence dans les procédures collectives : LPA 1999, n° 79, p. 8, n° 13 in fine.

Note 49 Cass. com., 20 oct. 1998 : Bull. civ. 1998, IV, n° 248 ; Dr. et patrimoine févr. 1999, p. 111, note M.-H. Monsérié-Bon.

Note 50 La surenchère peut être formée sans que le créancier ait pour se faire à former opposition contre l'ordonnance du juge-commissaire V. CA Douai, 24 juill. 2001 : RTD com. 2003, p. 59, note B. Saintourens.

Note 51 Lesquels ne pourraient être, selon Mme Aubert, des créanciers antérieurs car leurs poursuites sont interdites et l'opposition conduit à la surenchère du sixième, c'est-à-dire à la vente aux enchères publiques (F. Aubert, op. cit., p. 28 ; en ce sens, implicitement mais certainement, V. J.-P. Sénéchal, obs. sous RM : JO Sénat, 3 déc. 1998, p. 3879 : Defrénois 1999, art. 36942, spéc. p. 252).

Note 52 F. Pérochon, Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de Paiement, éd. LGDJ, Manuel, 6e éd., 2003, n° 389.

Note 53 C. Saint-Alary Houin, La cession d'un site pollué, Lamy Droit des affaires, Supplément mai 2003, p. 55, n° 30 et 31.

Note 54 C. Saint-Alary Houin, préc., n° 31.

Note 55 En ce sens V. J.-M. Calendini, La vente des immeubles du débiteur en liquidation judiciaire : LPA 1986, n° 50, p. 52 et s., spéc. p. 64 affirmant " la vente sera conduite et conclue par le liquidateur qui agit dans le cadre du dessaisissement en représentant le débiteur pour tout ce qui concerne son patrimoine " ; J.-J. Barbiéri, préc. supra note 44, selon lequel " le système reste contractuel : le vendeur est bien le liquidateur qui en vertu du dessaisissement représente le débiteur ".

Note 56 B. Soinne, Traité des procédures collectives, éd. Litec 1995, 2e éd., n° 2442 et P.-M. Le Corre, J.-Cl. Procédures collectives, Fasc 2709, n° 35, selon lesquels le liquidateur en procédant aux réalisations d'actifs du débiteur exerce un droit propre.

Note 57 P.-M. Le Corre, J.-Cl. Procédures collectives, Fasc. 2709, n° 35.

Note 58 Cass. com., 3 oct. 2000 : Dr. et patrimoine juin 2001, p. 111, note M.-H. Monsérié-Bon.

Note 59 CA Paris, 13 sept. 1994 : D. 1996, somm. p. 10, note G. Paisant.

Note 60 Cass. com., 8 juill. 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 290.

Note 61 Cass. com., 12 oct. 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 331.* Communication Colloque Toulouse, CRFPA, Actualités et perspectives du droit des entreprises en difficulté, 19 mars 2004.** Centre de Droit des Affaires et de l'IEJUC Institut des Études juridiques de l'urbanisme et de la construction